

Ole Hasselbalch

Arbejdsretlige Funktioner

Udgivet med støtte
fra Statens samfundsviden-
skabelige Forskningsråd



Juristforbundets Forlag
1979

Arbejdsretlige funktioner
© by Juristforbundets Forlag
Bogen er sat med Times og trykt i
JJ trykteknik a-s, København
Bogbinderarbejdet er udført af
Fornæs Bogbinderi. København
Omslaget tilrettelagt af
Rita Heisselberg
Oversættelse af resumé ved
Dorte Vasegaard Hauch
ISBN 87-574-3150-7

Arbejdsretlige Funktioner

Det er en udbredt antagelse, at ret kan skabes med hurtige regler. Det rette fremstår imidlertid oftest af den rolige eftertænkning. Dette værk er tilegnet:

højesteretsdommer Th. Gjerulff

som repræsentant for den stand, der har skabt nogle af dansk arbejdsrets mest positive elementer.

Arbejdsretlige Funktioner

”Labour-Law Functions”

(With an English Summary)

Akademisk afhandling som forsvares offentligt for den juridiske doktorgrad ved Stockholms Universitet, fredag den 1. februar 1980 kl. 10¹⁵ i hörsal 9, hus F, Frescati.

af

lic.jur. Ole Hasselbalch

Juridiska Institutionen

106 91 Stockholm

Abstract

”Labour-Law Functions” centers on certain key-problems within Danish labour-law.

The introduction forms a survey mainly on the sources of labour-law and among these in particular customary law within the field of the collective agreements. Furthermore, an attempt is made to distinguish contracts of employment from other contracts of work.

In Part II the compulsory character of legislation and collective agreements is analysed.

In Part III the author focuses on the interplay between the collective agreement and contract of employment. Thus a research is made on the effect of the latter on the contract of employment and on the interplay between the principles of individual and collective labour-law as a whole.

The case law within fields not covered by positive regulations in collective agreement or by statutory enactment is the object of research in Part IV. In this context the ways of supplementing the contract of employment are outlined.

The thesis is concluded with a survey of the development of labour-law in Denmark and its state at present.

Forord

I almindelig opfattelse står udarbejdelsen af en juridisk disputats nok som en vanskelig og uoverskuelig opgave. I virkeligheden spiller imidlertid måske det held, som ligger i, at et modent emne dukker op, og den stædighed, hvormed arbejdet køres igennem, den mest afgørende rolle.

Men hvorefter alting nu end er: Enhver, der har prøvet at pløje ny jord, vil kende vanskelighederne, som opstår i de tidlige faser, når tvivlen er normen og opmuntringen undtagelsen. Uagtet en forfatter til syvende og sidst altid vil være alene med problemerne, afhænger udsigterne til et lykkeligt resultat derfor i høj grad også af den opbakning, som opnås fra omgivelserne.

Jeg er i denne forbindelse især én person tak skyldig. Professor, dr. jur. Mogens Koktvedgaard så temaets muligheder på et tidspunkt, hvor disse kun fremstod glimtvis, og understøttede siden arbejdet på en måde, der har været afgørende for, at det overhovedet kunne gennemføres.

I betydelig taknemmelighedsgæld står jeg også til professor, jur. dr. Folke Schmidt, som med sin dybe indlevelse i den teoretiske arbejdsret og store erfaring på dette område skabte rammen om disputatsens gennemførelse.

En tak ydes iøvrigt dem, som hver på sin vis, i stort eller småt med opmuntring, hjælp eller råd på forskellige stadier har haft en andel heri. Herved skal særligt nævnes landsretssagfører H.G. Carlsen, direktør Erik Forstadius, højesteretsdommer Th. Gjerulff, direktør Paul Kufahl, landsdommer, dr. jur. Preben Lyngsø, og professor, dr. jur. P. Stuer Lauridsen.

Særlig tak skylder jeg bibliotekar Leif Rørdam Andersen, som med aldrig svigtende hjælpsomhed har bistået med at fremskaffe det materiale, hvorpå afhandlingen bygger. Det samme gælder fru Else Partsch, som med næsten overjordisk akkuratelse har sørget for manuskriptets praktiske færdiggørelse.

Det er iøvrigt forfatterens håb, at også arbejdsmarkedets praktikere vil opfatte det fremlagte materiale som en nyttig hjælp og ikke, som det før er set, pakker det bort ud fra forestillingen om, at teoretisk stof har liden daglig omsætningsværdi.

Humblebæk i juni 1979
Ole Hasselbalch

Forkortelsesliste

AD	Arbetsdomstolens domar
ARD	Arbeidsrettens domme og kjennelser
FVK	faglig voldgiftskendelse
HRT	Højesteretstidende
J	Juristen (domssamling)
Medd.	dagpengemeddelelse
NDS	Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender
NJA	Nytt juridiskt Arkiv
NRT	Norsk Retstidende
Sag	avgjørelse fra Arbejdsretten eller Den faste Voldgiftsret
SHT	Sø- og Handelsretstidende
SJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
U	Ugeskrift for Retsvæsen
VLT	Vestre Landsretstidende
ØLT	Østre Landsretstidende

Indholdsfortegnelse

	Side
Afsnit I: <i>Introduktion: Om arbejdsretten, retskilderne, principgrundlaget og arbejdstagerbegrebet</i>	15
A. Arbejdsretten som juridisk disciplin	15
B. Om retsgrundlag og retskilder	22
a. Arbejdsmarkedets lovregler	22
b. Den kollektive overenskomst	23
– Særligt om overenskomstkutymerne . . .	26
a) Fortolkning og nødvendig supplerings . . .	30
b) Fravigelser fra overenskomsten	33
c) Praksis for ledelsesrettens udøvelse og ikke-udnyttelse af beføjelser	38
d) Kulancetilfælde	40
e) Opsigelsesproblemet	41
f) Kutymer uden kollektiv overenskomst .	50
g) Forhåndsdispositioner over kutymer? . .	53
h) Konklusioner	54
c. Sædvaner, kutymer, praksis, skik og brug	57
d. Afgørelsespraksis	60
– Præjudikatsværdi og retsdannelse ved de arbejdsretlige afgørelsesorganer	67
e. Særligt om arbejdsgiverens ledelsesret . . .	76

	C. Ansættelsesforholdets principgrundlag – aftaleområdets grænser	77
	– Tilpasninger ud fra stillingens art – særligt om uddannelsesstillinger	80
	– Om offentlige ansættelser: Karakteristik af en problemstilling	84
	D. Om arbejdstagerbegrebet i arbejdsretten	91
Afsnit II:	<i>Arbejdsretlige ufravigelighedsprincipper.</i>	117
Underafsnit I°:	<i>Afkald på lovgoder</i>	118
	Generelt	118
	A. Hensynene bag reglerne som basis for parternes dispositionsbeføjelse	121
	a. Samfundsinteressen	121
	b. Lønmodtagerens underlegenhedstilstand .	123
	a) Fravigelser gennem kollektiv overenskomst	123
	b) Afkaldets tidspunkt – lønmodtagerens konkret manglende underlegenhed	128
	c. Fravigelser til gunst for lønmodtageren ..	131
	a) Afkaldet tilladeligt ud fra den konkrete situation	132
	b) Kompensationsproblematikken	136
	B. Fortabelse af de ufravigelige lovgoder gennem passivitet	138
	C. Ufravigelighedsreglernes rækkevidde	145
	a. Beskyttelsesprincippet udenfor ansættelseslovgivningens område.	145
	b. Lovfortolkning og »analogi«	148
	D. Om virkningen af den lovstridige aftale	151

	E. Retspolitisk sammenfatning	153
Underafsnit II°:	<i>Ufravigelighedsprincippet i relation til den kollektive overenskomst.</i>	157
	A. Grænsen for de tilladelige aftaler	157
	B. Virkningen af den overenskomststridige aftale	165
Afsnit III.	<i>Den kollektive overenskomst og individualkontrakten – et samspilsproblem.</i>	172
	A. De overenskomstbaserede kontraktsrettigheder	176
	1. Overenskomsten som kontraktsgrundlag	176
	a. Den overenskomstforpligtede arbejdsgiver	177
	b. Overenskomsten som kontraktsgrundlag i relation til udenforstående virksomheder	181
	2. Kravets gennemførelse	186
	a. Organiserede arbejdstageres krav	187
	b. Den uorganiseredes muligheder	198
	c. Konklusioner. Særligt om domstolens muligheder for at pådømme »fagretlige« sager	200
	B. Konfrontationen mellem de kollektivarbejdsretlige hensyn og enkeltkontraktens ret	205
	1. Lovlig kollektiv aktion på tværs af enkeltkontraktens regler	206
	a. Iagttagelse af individualaftalens tidsvilkår ved arbejdsstandsning	206
	b. Arbejdsstandsningens individualretlige virkning iøvrigt	213

2. »Fredspligten« ctr. dispositionsretten i henhold til enkeltkontrakten – fagretlig sanktion eller privat misligholdelse	219
1°. Lønmodtagerrettigheder i konflikt med kollektivarbejdsrettens regler	222
a. Fratrædelse under iagttagelse af kontraktens tidsindhold	223
b. Misligholdelsesbeføjelsernes anvendelse	227
a) Den ulovlige lock-out	227
b) Betalingsstandsning og krænkelse af hensynet til »liv, ære eller velfærd«	230
2°. Arbejdsgiverens individualretlige dispositionsbeføjelse – frigørelses- og reaktionsmulighederne	243
a. Frigørelse under iagttagelse af kontraktens tidsindhold – den nødvendige »driftsmæssige« begrundelse	245
b. Misligholdelsesbeføjelsernes anvendelse	250
C. Sammenfattende oversigt	264
Afsnit IV: <i>Retsdannelsen uden for de positive reguleringsområde</i>	268
– Et tilbageblik	270
– Sammenfatning: Lovgivningen og de friere retsdannelsesfaktorer på individualrettens område	279
1. Kontraktens tidsvilkår	284
2. Betaling uanset fravær	292
3. Erstatningsreglernes anvendelse	295
4. Indskrænkninger i afskedigelsesadgangen ...	308

	– Konklusioner	313
<i>Epilog:</i>	Status over et udviklingsforløb	318
<i>Resumé:</i>	(dansk)	324
<i>Summary:</i>	(English)	335
<i>Litteraturhenvisninger</i>		346
<i>Emneregister</i>		351

Afsnit I.

Introduktion: Om arbejdsretten, retskilderne, principgrundlaget og arbejdstagerbegrebet

A. Arbejdsretten som juridisk disciplin.

Dansk arbejdsret er en splittet disciplin.

I nyere tid har den altovervejende interesse været samlet i den gren, som har at gøre med overenskomstproblemerne og organisationsforholdene på arbejdsmarkedet. Dette var således temaet for en af de vægtigste fremstillinger, der er fremkommet på området hidtil, nemlig Knud Illums »Den kollektive Arbejdsret«.

Retsforholdet mellem den enkelte lønmodtager og arbejdsgiveren i bredere almindelighed er ikke blevet behandlet på tilsvarende måde. Selv om Illum i forordet til 1. udgaven af sin bog fra 1939 afstikker rammerne for denne problemstilling¹, blev handsken ikke taget op. Efterhånden blev arbejdsretten som juridisk disciplin tværtimod begrebsligt nærmest identificeret med den kollektive arbejdsret.

Dette indebar ikke, at enkeltkontraktens problemer kom til at henstå uden litterær dækning. På afgørende områder blev der tværtimod efterhånden udarbejdet ganske udførlige fremstillinger². Funktionærers, læringes og sømænds retsforhold blev således beskrevet, og ligeledes fremkom der redegørelser om de særlige ferieregler, sygedagpengeregler m.v. Også arbejderes almindelige kontraktproblemer blev behandlet, men stort set kun perifert i de generelle fremstillinger af den kollektive arbejdsret.

Der opstod derved en opdeling af stoffet, som har efterladt mange spørgsmål uåbnede. Dette er givetvis et produkt af flere omstændigheder.

1. Det anføres heri: ... »udenfor Fremstillingen falder ... det Retsforhold, som grundet ved Arbejdsaftalen mellem Arbejdsgiveren og hans Arbejdere, naar frases den Indflydelse som af de faglige Organisationer indgaaede Overenskomster har på dette Retsforhold. Uden for Fremstillingen falder tillige den offentlige Arbejdsret, ved hvilken Lovgivningsmagten har fastsat ufravigelige Regler om Arbejderbeskyttelse m.v.«

2. Se f.eks. H.G. Carlsen, »Dansk Funktionærret«, 1. udg. 1963, A. O. Bache »Sømandsloven af 1952« 1966, K. Bøtefyhr og E. Sjøgren-Nielsen »Lærningeloven« 1956.

Først og fremmest har de forskellige kontraktstyper jo hver for sig deres altdominerende grundlag – kollektive overenskomster for arbejderes vedkommende og funktionærloven for så vidt angår funktionærerne. Men måske har det også spillet en rolle, at en væsentlig del af de litterære bidrag stammer fra kilder, som, f.eks. i kraft af tilknytning til en organisation eller et bestemt ministerium eller retsinstans, er specialister inden for isolerede dele af det arbejdsretlige system. Hvorom alting er, mærkes det tydeligt at de forfattere, der beskæftigede sig med den ene del af retssystemet, f.eks. arbejderes forhold, ikke følte større praktisk behov for at trække paralleller til andre områder, f.eks. funktionærretten, og omvendt. Lidt efter lidt bredte der sig vel endog en opfattelse af, at det slet ikke var muligt eller formålstjenligt at anskue de regler, der gælder for tjenesteforhold under en bredere synsvinkel³.

Denne udvikling betegner et brud i forhold til ældre litterær tradition.

Ganske vist har man langt tilbage i tiden skildret de enkelte typer af tjenesteforhold hver for sig. Dette var således udgangspunktet for skildringen i J. E. Larsens »Samlede Skrifter«⁴ fra midten af sidste århundrede. Og samme fremgangsmåde blev fulgt af F. T. J. Gram i dennes afsnit om arbejdskontrakter i »Formueret« fra 1864⁵.

Så tidligt som i 1890'erne søgte imidlertid Julius Lassen, dels med basis i tyendeloven og dels under påvirkning af tyske forfattere, at give en mere generel redegørelse for lønmodtagerforhold i almindelighed⁶. Lassen synes stort set at have haft held med sig. Hans fremstilling er præget af betragtelig indlevelse i det lønnede arbejdsforholds særlige problemer og af betydeligt fremsyn – omstændigheder som gør, at den i væsentlige dele for så vidt kan læses med udbytte den dag i dag. Den blev senere ajourført af Ussing og ligger også til grund for Ussings »Enkelte Kontrakter« fra 1940.

På dette tidspunkt svigter forbindelsen, og det skitserede afbræk i den arbejdsretlige teori opstår. Opmærksomheden opluges som nævnt af den kollektive arbejdsret, og selv om sætningerne fra »Enkelte Kontrakter« til en vis grad nyttiggøres og udbygges i nogle af de senere fremstillinger⁷,

3. Se således H.G. Carlsen i U 1976 B/99 f.

4. 1858, 2. afd., 2. bind.

5. 2. del. 2. bind.

6. »Haandbog i Obligationsretten, speciel Del« 1897.

7. Således i H.G. Carlsens »Dansk Funktionærret«, hvis 1. udgave kom i 1963.

bliver redegørelsen for de generelle retsregler i det individuelle tjenesteforhold ikke ajourført.

»Enkelte Kontrakter« var nok allerede ved sin fremkomst på visse punkter ude af trit med vilkårene på overenskomstområderne, som jo efterhånden på afgørende måde havde præget opfattelsen af, hvad der var gældende ret i arbejdsforhold i almindelighed. Og denne disharmoni blev mere markant i takt med at overenskomsterne stadig hyppigere tog stilling til andet end rene løn- og arbejdstidsspørgsmål og også begyndte at fastsætte regler om opsigelsesvarsel, om erstatning for misligholdelse, om virkningen af hindringer for arbejdsydelsen o.s.v. Kommunikationsbri- sten var dog tilsyneladende gensidig. De resultater, som retsvidenskaben havde opnået op til midten af århundredet, synes således heller ikke at være blevet udnyttet ved formuleringen af overenskomsterne, selv om den praktiske anvendelighed heraf klart blev større, efterhånden som man etablerede en fastere tilknytning mellem arbejdsgiver og arbejder⁸. Resultatet heraf ses bl.a. i de vanskeligheder den arbejdsretlige teori i dag har ved at skildre overenskomsternes individualretlige virkning⁹. Og det er indlysende, at den manglende klarhed i opfattelsen af de generelle regler om tjenestekontrakter også måtte gøre sig gældende ved affattelsen af nye arbejdsmarkedslove.

Så længe overenskomststoffet stod nogenlunde uafhængigt af de regler, der gjaldt andetsteds, kunne man leve med denne situation. Forholdene er imidlertid i så henseende undergået en stærk forandring. Overenskomsterne har som bekendt bredt sig til arbejdsforhold, der traditionelt er blevet ordnet individuelt eller ved lov. På funktionærområdet bliver overenskomstdækningen f.eks. stadig tættere og sammenstødsproblemerne mellem de kollektivarbejdsretlige principper og de traditionelle funktionærretlige regler i konsekvens heraf hyppigere. Og modsat griber nye lovkomplekser i stigende grad ind på områder, der hidtil har været overladt til parternes egen bestemmelse gennem overenskomster. Dagpengeloven

8. Udviklingen i Danmark står derved i kontrast til den, som kom til at præge f.eks. svensk arbejdsret, der fra 50ernes begyndelse er tydeligt påvirket af en intimere samvirken mellem retsvidenskaben og arbejdsmarkedets praktikere.

9. Som eksempler kan nævnes diskussionen om betydningen af »force majeure«, tvivlen vedrørende reglerne om beregning af individualerstatning for afbrydelse af kontraktens tidsindhold (refereret i afsnit IV) og problemerne, der opstår, når den individuelle misligholdelsesbeføjelse skal administreres i det kollektivarbejdsretlige system (neden for i afsnit III).

og de nye regler om begrænsning i retten til kollektive afskedigelser er kun et par eksempler herpå. Når lovgivningen ikke kan betragtes som udtømmende, men må suppleres af kollektive overenskomster og ud fra rent kontraktretlige betragtninger, medens modsat overenskomsterne må administreres på baggrund af en stadig mere omfattende offentlig regulering af arbejdsforholdene, bliver behovet for at søge frem til løsninger, der er bærekraftige på generelt plan, naturligvis også mere udtalt. Her er udviklingen imidlertid endnu kun i sin vorden.

Dansk arbejdsrets problemer i dag synes således groft set at kunne sammenfattes i 3 sætninger: 1) Den fremstår som en splittet disciplin med delvis svigtende forbindelse mellem den individuelle og den kollektive del. 2) De generelle retsregler for det individuelle arbejdsforhold er utilstrækkeligt opdyrket eller rettere bearbejdelsen af dem er utilstrækkeligt ajourført, 3) De retskilder som især tegner retsdannelsen, nemlig lovgivningen og de kollektive overenskomster, bygger ofte på en så diffus strukturering af reglerne for det individuelle tjenesteforhold, at opfattelsen af gældende ret bliver usikker og reglernes fungibilitet belastes.

De to første punkter markerer en oplagt udfordring til retsvidenskaben. Men det er også klart, at denne udfordring umuligt kan tages op inden for rammerne af et enkelt bogværk. Det er følgelig nødvendigt at prioritere opgaverne og herunder i første omgang fokusere på de centrale problemstillinger.

I dette perspektiv er det naturligt at koncentrere sig om retsdannelsens redskaber og især om samspillet mellem de enkelte elementer i det retsgrundlag, der tegner det arbejdsretlige system i dag. Der udfælder sig i så henseende 3 nøgleområder. Det første markeres af de begrænsninger i mulighederne for at bringe en aftalemæssig løsning i stand mellem parterne, som betinges af, at de arbejdsretlige regeldannelser i vid udstrækning er ufravigelige (neden for afsnit II). Det andet centrerer sig om det allerede skitserede samspilsproblem imellem enkeltkontraktens ret og de kollektiv-arbejdsretsretlige principper (neden for afsnit III). Endelig betegner retsdannelsen uden for de positive retsreglers område et tredje problem, som nødvendigvis må påkalde sig opmærksomhed (neden for afsnit IV).

Som grundlag for gennemførelsen af en sådan analyse, er det imidlertid nødvendigt at have klarhed over visse almene arbejdsretlige spørgsmål. Dette gælder retskildernes karakter, arbejdsrettens principgrundlag og området for de herunder hørende kontraktforhold. Det er følgelig natur-

ligt allerede i nærværende afsnit at tegne en profil heraf i hovedtræk som basis for forståelsen af fremstillingen i afsnittene II – IV. På enkelte punkter lader dette sig imidlertid kun gøre efter en videregående efterprøvelse og supplerung af det alt foreliggende materiale. Hvor dette er relevant vil det grove rids nedenfor B-D følgelig blive udvidet med henblik herpå.

Alt i alt belyses altså noget som samlet måske bedst kan betegnes som en række arbejdsretlige funktioner – uden at dette udtryk dog skal opfattes definatorisk.

Fremstillingen kommer altså i det væsentlige til at vedrøre enkeltkontraktens ret.

På baggrund af den måde det arbejdsretlige stof hidtil er blevet behandlet på, ville tidspunktet nok være passende også for visse systematiske overvejelser.

Fremmede arbejdsretlige forfattere har jævnlgt grebet situationen an på en anden måde end den man herhjemme er vant til.

Under stærk påvirkning af de tyske klassikere behandler f.eks. Paal Berg i »Arbejdsrett« arbejdsaftalen og tariffaften sideordnet og udskiller i særlige afsnit arbejdstvisterne, arbejderværnet og ulykkes- samt arbejdsløshedsforsikrings-systemet. Og Kristen Andersens »Fra Arbejdslivets Rett« tager de væsentligste individuelt og kollektivt arbejdsretlige problemer op i helt organisk sammenhæng. Folke Schmidt holder sig til en noget skarpere opdeling. Han skildrer den kollektive arbejdsret og tjenesteforholdets ret hver for sig i to forskellige bøger: »Kollektiv Arbetsrätt« og »Tjänsteavtalet«, (senere Arbetsrätt I og II, Facklig Arbetsrätt og Löntagarrätt). Afgrænsningsvanskelighederne over for andre retsområder kommer tydeligt frem hos denne forfatter, der dog når til, at den offentlige arbejdsret – altså de offentligretlige regler angående arbejdsvilkårene – ikke hensigtsmæssigt kan udskilles til særskilt behandling, hvorfor den tages med i fremstillingen vedrørende enkeltkontrakten. Ud fra samme betragtning medtages ligeledes visse arbejdsmarkedspolitiske og rent socialretlige spørgsmål.

Man skal til tysk ret for at finde dyberegående overvejelser over arbejdsrettens systematik. Her opdeles stoffet i på den ene side individualarbejdsretten eller arbejdsforholdets ret, henholdsvis arbejdskontraktens ret, og på den anden side den egentlige kollektive arbejdsret¹⁰. Men også her løber man ind i vanskelige afgrænsningsspørgsmål over for socialforsikringsretten, arbejdsformidlingsreglerne og den del af skatteretten, der knytter sig til tjenestekontrakten, samt over for arbejderbeskyttelseslovgivningen.

Den systematiske synsvinkel, hvorunder de arbejdsretlige problemer bør gribes an, må naturligvis afhænge af, hvilket formål behandlingen tjener. Hvor langt man f.eks. bør gå i retning af at medtage fjernere sociale lovregler af betydning for

10. Hueck og Nipperdey: »Lehrbuch des Arbeitsrechts« samt Arthur Nikisch: »Arbeitsrecht«. Se også Günter Schaub: »Arbeitsrechts-Handbuch« og Hueck og Nipperdey: »Grundriss des Arbeitsrechts«.

arbejdsmarkedet må altså også afhænge af, om den konkrete fremstilling har et sigte, for hvilket disse regelsæt spiller en rolle.

I al almindelighed vil det nok være rimeligt at sætte grænsen for arbejdsretten som juridisk disciplin som følger:

Arbejdskontrakter uden tjenesteforhold må givetvis holdes uden for. I visse fremmede retsordener – således i Holland – har man ganske vist op til nyeste tid diskuteret, hvorvidt de arbejdsretlige regler dækker også andet end almindelige lønmodtagerforhold. Og i ældre dansk ret drog man heller ikke nogen skarpere grænse over for arbejdskontrakter uden »tjenesteforhold« – en betragtningsmåde, der iøvrigt satte sig spor helt op i Ussings »Enkelte Kontrakter«, jfr. iøvrigt i det hele det neden for under D anførte.

Ældre ret betragtede imidlertid i langt højere grad lønnet arbejde som et rent økonomisk mellemværende mellem to uafhængige parter. Den materielle retstilstand på det lønnede arbejdsforholds område har ændret sig væsentligt i forhold til dette udgangspunkt. En social arbejdsmarkedslovgivning er etableret, og sociale hensyn gør sig gældende, når retsordenen på friere grundlag fastlægger tjenesteforholdets virkninger. En sambehandling af de to kontraktformer vil altså nok sætte tingene i et skævt lys¹¹.

Selv om man imidlertid indskrænker sig til at beskrive de regler, der angår beskæftigelse af almindelig, lønnet arbejdskraft, er det ikke umiddelbart indlysende, hvor den naturlige grænse går for, hvad der bør medtages.

Det er under alle omstændigheder nødvendigt at behandle de særlige retlige problemer, der knytter sig til de kollektive overenskomster, disses tilvejebringelse og ophør, fortolkning og sanktionering, organisationernes forhold og kompetence o.s.v. Rimeligvis bør man i denne forbindelse også medtage de almindelige regler om samarbejdet på den enkelte arbejdsplads mellem arbejdsgiveren og lønmodtagerne som kollektiv enhed i samarbejdsudvalg og gennem den valgte tillidsmand. Dette er i det hele det stof, som allerede er behandlet samlet herhjemme under betegnelsen den »kollektive« arbejdsret, der altså primært bliver organisationernes redskab for deres indbyrdes relationer.

Vanskeligere er det at finde en grænse for, hvilke af de til enkeltkontrakten knyttede regler der bør medtages i arbejdsretlig sammenhæng. Udover de bestemmelser som udelukkende sigter på at regulere det direkte mellemværende mellem arbejdsgiver og lønmodtager, findes der jo som omtalt omfattende regelsæt, hvis anvendelse blot bygger på dette mellemværendes eksistens. Afgørelsen må her som nævnt betjene sig af et hensigtsmæssighedskriterium, hvilket i al almindelighed betyder, at der må tages udgangspunkt i, hvad det praktiske arbejdslivs behov tilsiger, og hvad der er relevant for den juridiske analyse. Disse to hensyn synes at føre til samme resultat.

Det er ubestrideligt, at social- og pensionsforsikringsforhold ikke kan unddrage

11. Den omstændighed, at der f.eks. i henhold til kommissionsloven stadig gælder visse ensartede regler for de to kontraktstyper, kan ikke begrunde andet end konkrete sammenligninger i specielle relationer.

sig parternes interesse – lønmodtagerens, fordi han derigennem sikres væsentlige ydelser ud over sin egentlige løn, og arbejdsgiverens i kraft af den accessoriske byrde, dette sikringssystem påfører ham. Og det er lige så ubestrideligt, at skatteregler, arbejdsformidlings- og arbejdsmiljølovgivning hver for sig er en del af arbejdspladsens hverdag, som må påkalde sig opmærksomhed. Sådanne regler er imidlertid ikke af umiddelbar interesse for arbejdsgiver og lønmodtager i deres egenskab af parter i enkeltkontrakten, når der ikke derved skabes direkte ret imellem dem. Og skal man overhovedet sætte en naturlig begrænsning for arbejdsretten som juridisk disciplin, må man i relation til det individuelle ansættelsesforhold givetvis indskrænke sig til at medtage de egentlige kontraktproblemer. Hvad angår social- og pensionsforsikringsbestemmelserne, bliver det herefter kun bidragsbetalingen, som er af interesse i arbejdsretlig sammenhæng, og kun i den udstrækning dette bidrag skaber ret og pligt mellem parterne i enkeltkontrakten. Arbejdsformidlingssystemet med forbehold af reglerne om kollektiv afskedigelse og skattereglerne kan holdes helt uden for. Og inden for arbejds»miljø«lovgivningen bliver det alene arbejdstidsreglerne og reglerne for anvendelse af børns og unge menneskers arbejdskraft, som er relevante. Herudover vil arbejderbeskyttelsesreglerne kun have interesse derved, at de udgør kontraktens forudsætninger vedrørende de ydre forhold, hvorunder arbejdet udføres.

Skal der herefter lægges et tema for, hvad der bør behandles inden for rammerne af, hvad der kan kaldes den individuelle arbejdsret – eller »ansættelsesretten« (ikke *antagelsesretten*) – må man nok ydermere medtage visse af de problemer, der herhjemme hidtil er blevet skildret som led i den kollektive arbejdsret. Det drejer sig om principperne for overenskomstens funktion som led i enkeltkontrakten og i forlængelse heraf om f.eks. afskedigelsesreglerne, arbejdstidsreglerne, visse lønspørgsmål og dele af ledelsesretten. Dette er tillige nødvendigt ud fra hensynet til oversigt og konsekvens i den teoretiske analyse. Behandler man f.eks. arbejders afskedigelsesforhold for sig i den kollektive arbejdsret, forlises de væsentlige bidrag til vurderingen, som ligger i de tilsvarende regler for funktionærer – og omvendt. Overenskomsternes arbejdstidsregler kan heller ikke adskilles fra deres sammenhæng med arbejdsmiljølovgivningen, præstationslønsystemerne på arbejderområderne kan ikke hensigtsmæssigt adskilles fra dem, der gælder funktionærer, o.s.v. Derudover må den individuelle arbejdsret naturligvis skildre kontraktparternes øvrige rettigheder og pligter over for hinanden, kontraktens tidsindhold (indgåelse og ophør) misligholdelsesreglerne m.v.

Den individuelle arbejdsret eller ansættelsesretten kan herefter defineres som den del af arbejdsretten, der behandler det direkte mellemværende mellem arbejdsgiver og lønmodtager, uanset om dette mellemværende i den givne relation beror på lov, kollektiv overenskomst eller individuel aftale. Og medens den kollektive arbejdsret som tidligere nævnt er organisationernes redskab som overenskomstforvaltere, bliver den individuelle arbejdsret arbejdspladsernes redskab for løsningen af deres problemer.

B. Om retsgrundlag og retskilder.

Arbejdsretten præges af et retsgrundlag, der til en vis grad afviger fra det almindelige. Uden at gentage noget som hører hjemme i retslæren, er det derfor på sin plads at kaste det blik på retskilderne, som er nødvendigt for forståelsen af fremstillingens primære sigte i afsnittene II – IV. På et enkelt punkt må den oversigtsmæssige beskrivelse imidlertid udvides for at fundere basis for nævnte analyse tilstrækkeligt sikkert. De såkaldte overenskomsttutyper er således i hidtidig teori omgærdet med en vis uskarphed og vil følgelig blive gjort til genstand for en mere omfattende bearbejdelse.

a. Arbejdsmarkedets lovregler.

Medens man tidligere uden for medhjælper- og sømandslovgivningens område i væsentlig grad klarede sig på basis af kollektive overenskomster og individuelle kontrakter, opviser nyere tid en stigende tendens til at lovregulere arbejdsforholdene.

Man finder i dag en mangfoldighed af sådanne love. Nogle har et helt andet primært sigte, men berører lejlighedsvis lønmodtageres forhold¹². Andre griber ind i specielle situationer – sygdom, ferie og lignende – og giver her retsforholdet et særligt indhold. Og atter andre søger på mere generel basis at fastlægge vilkårene for bestemte kategorier af arbejdstagere. Hertil hører f.eks. funktionærloven og medhjælperloven.

Især den rolle, som de sidstnævnte love spiller, er af flere grunde vanskeligt overskuelig. Regler af denne art kan være udsprunget af en i forvejen eksisterende retstilstand. Omend der ofte finder en tilpasning og ændring sted i forhold til det oprindelige udgangspunkt, er der derfor jævnligt tale om en retskilde, der må anvendes i lyset af ældre principper og dermed eventuelt de friere overvejelser, hvorudfra et tjenesteforhold af den pågældende art henter sit indhold.

Funktionærloven som på flere punkter har karakter af en sammenfatning af det, man antog var gældende i funktionærforhold¹³ førhen, er et eksempel herpå. Men selv hvor der etableres regler, der tilsigter ændringer i den materielle retstilstand, er det ikke ualmindeligt, at man modificerer disse med betingelser eller forbehold, som er afledt af friere sætninger over

12. Som typiske eksempler herpå kan nævnes konkurslovgivningen og markedsføringsloven.

13. Dette gælder f.eks. reglen om, at sygdom var lovligt forfald. Men også andre af lovens regler må suppleres ud fra ældre retstilstand.

tilfældet. Den udtrykkeligt opregnede betingelse kommer herved i virkeligheden til at stå som noget sekundært i forhold til det underliggende retsprincip, der indskrænker reglen. Daggengelovens udbetalingsforbehold bygger f.eks. i vid udstrækning på almindelige misligholdsregler.

Påvirkningen mellem lovgivningen og de friere retsdannelsesfaktorer er imidlertid gensidig, og lovreglerne vil selvfølgelig også inden for arbejdsretten i høj grad påvirke opfattelsen af, hvad der er gældende ret uden for det direkte regulerede område. I tilfælde, hvor der ikke findes positive kilder til et tilfredsstillende resultat, er det således indlysende, at man vil søge at knytte sig til de regelsæt, som er givet på tilgrænsende områder. Retspraksis og teori søgte således tidligt at slutte sig til mere almene sætninger ud fra de eneste bredere forskrifter, som var tilgængelige for almindelige arbejdsforhold, nemlig tyendereglerne¹⁴. Og lignende slutninger vil også nok kunne drages ud fra funktionærreglerne. Tilsvarende vil love, der giver enkelte tjenstekontrakter et nyt indhold e.o. efterhånden kunne præge opfattelsen af, hvad der bør være gældende ret i tjensteforhold, på en sådan måde at ældre retstilstand derved udslukkes.

Mellem lovreglerne og den friere retsdannelse finder således en intim samvirken sted – et udgangspunkt der ligger til grund for fremstillingen neden for under afsnit IV.

b. Den kollektive overenskomst.

Som nævnt har retsudviklingen i nyere tid været stærkt præget af de kollektive overenskomster. Lovgivningen har jævnlige fundet inspiration heri¹⁵, og også den almindelige opfattelse af, hvad der er gældende i et lønnet arbejdsforhold, har i vid udstrækning været påvirket af fagets aftaler.

Den kollektive overenskomst er som retligt begreb ikke defineret i lovgivningen herhjemme. Efter almindelig opfattelse kan den imidlertid

14. Se f.eks. Lassen i »Haandbog i Obligationsretten, speciel Del«, p. 674 f: »... Tyendeloven ... er bleven stillet i Spidsen, fordi den er saa udførligt behandlet af Lovgivningen, og fordi en væsentlig Del af Undersøgelsen om Arbejdslejekontrakterne i Almindelighed maa gaa ud paa at konstatere, hvorvidt Tyendelovgivningens Afvigelser fra de almindelige Kontraksregler analogisk ere anvendelige paa de andre Arbejdslejekontrakter, om hvilke Lovgivningen ikke indeholder almindelige Regler...«

15. Som typiske eksempler kan nævnes ferieloven og de før 1973 gældende regler om sygedagpenge i henhold til den tidligere sygesikringslov. Funktionærlovens forarbejder henviser også jævnligt til det, der er vedtaget på arbejdsmarkedet.

kort karakteriseres som en aftale om løn og arbejdsvilkår og/eller om overenskomstparternes forhold til hinanden, indgået mellem en lønmodtagerorganisation på den ene side og enten en enkelt arbejdsgiver eller en arbejdsgiverorganisation på den anden¹⁶, Afgørende er altså især den omstændighed, at der optræder en kollektiv interessebærer på lønmodtagerside, hvilket i forbindelse med den betydning overenskomsten som retsinstitut tillægges i samfundslivet, giver den dens egen aftaleretlige identitet.

Sædvanligvis vil det ikke være vanskeligt at afgøre, hvornår en aftale har karakter af overenskomst i denne forstand. Især i nyere tid er der dog undertiden opstået tvivl om f.eks. forhandlingsprotokollaters og forhandlingsreferaters overenskomstkvalitet, hvilket især skyldes, at der ikke kan stilles særlige krav til form eller indhold. Dette problem er imidlertid rent kollektivarbejdsretligt. Bestræbelserne i det følgende går alene ud på at fastlægge de individualretlige konsekvenser af selve den omstændighed, at enkeltkontrakten er underkastet en overenskomst, der opfylder de krav, som må stilles, for at en sådan kan antages at være kommet til eksistens.

Overenskomsten har særlige virkninger.

Først og fremmest står den som alternativ til arbejdskampen og medfører derfor »fredspligt«, d.v.s. pligt til ikke at indlede kollektive kampskridt, så længe den er løbende. Brud herpå sanktioneres efter arbejdsretsloven på særlig måde. Modsat står vejen åben for såkaldt »interessekonflikt« og hermed arbejdsforholdets opløsning, når overenskomsten udløber og der skal forhandles nye vilkår. Er den individuelle tjenestekontrakt undergivet kollektiv overenskomst, må opsigelsesadgangen i enkeltkontrakten altså også underkastes særlige indskrænkninger og udvidelser, ligesom de almindelige misligholdelsesbeføjelser kun kan anvendes i tilpasset form.

Overenskomsten har endvidere en mere direkte indvirkning på vilkårene i det individuelle arbejdsforhold. I mangel af andet vil formodningen således være for, at dette er indgået på de konditioner, overenskomsten tilsiger. Denne funktion og principperne for rettighedernes gennemførelse på individualretligt grundlag er kun sporadisk belyst i dansk ret.

Begge funktioner – altså såvel de kollektivarbejdsretligt betingede modifikationer i de almindelige kontraktsregler som overenskomstens betyd-

16. Hertil Ole Hasselbalch, »Ansættelsesret«, p. 43, Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 70.

ning for arbejdsvilkårene iøvrigt – vil blive undersøgt neden for i afsnit III, der altså tillige tjener til at belyse forbindelseslinierne mellem den kollektive og den individuelle arbejdsret.

Overenskomsternes materielle indhold er sjældent helt uden problemer. Antallet af kollektive arbejdsoverenskomster er ret stort, og det kan følge- lig ikke undgås, at kvaliteten bliver svingende.

Ofte udformes bestemmelserne af parter uden juridisk baggrund, og lige så ofte er formuleringerne produktet af en forhandlingssituation, hvor man ikke kan overbevise hinanden om det hensigtsmæssige i at anvende den affattelse, der vil være den almindelige juridiske. Det er indlysende, at bestemmelserne derved let får en udformning, der adskiller sig fra den, man ville vælge i andre retsforhold. Dette forhold er blevet endnu mere mærkbart, efterhånden som man er gået videre end til udelukkende at behandle de snævrere løn- og arbejdstidsspørgsmål og også griber ind i andre kontraktlige relationer mellem lønmodtager og arbejdsgiver – med opsigelsesregler, misligholdelsesbeføjelser, sociale goder af forskellig art o.s.v. Tendensen gør sig endog gældende i relation til sådanne bestemmelser, som har en mere generel baggrund, f.eks. i et af de store mæglingsforslag.

Når en konkret strid herefter foreligger til afgørelse, bliver det helt centrale problem at skrælle de lag af teksten, som er irrelevante i forhold til den løsning, der må være den rigtige ud fra reglernes oprindelse og sammenhæng. Det siger sig selv, at dette ofte er en ganske vanskelig proces, bl.a. fordi der normalt ikke foreligger skriftlige forarbejder og begrundelser, således som det kendes fra lovgivningens område, men måske kun dunklere hændelsesforløb op til overenskomstafslutningen – hændelsesforløb om hvilke der måske endog er uenighed mellem parterne. Hertil kommer, at det er helt almindeligt, at disse bevidst lægger sig på en uklar eller tvetydig løsning, fordi det under situationens pres og ønsket om trods alt at få et forlig i stand ikke er muligt at nå en højere grad af tydeliggørelse.

Alt dette medfører at man skal være yderst forsigtig med at drage for vidtgående slutninger ud fra de ordrette formuleringer. Og der påhviler retsinstanser – normalt de faglige voldgiftsretter – en særlig forpligtelse til at søge frem ikke blot til det resultat, som ud fra en isoleret retlig betragtning kunne synes at stå som det mest nærliggende, men også til et sådant, som kommer tættest på, hvad der må anses for acceptabelt for begge parter.

For retsvidenskaben bliver problemet naturligvis at finde ind til det, som

i den brogede mangfoldighed må anses at være de overordnede tendenser og linier. Et af de væsentlige led i afsnit IV er netop denne anvendelse af overenskomsternes materielle regler i relation til udvalgte problemstillinger.

Særligt om overenskomstkutymerne.

I tilknytning til de positive overenskomstbestemmelser opstår ofte såkaldte »kutymere«. Disse opfattes vel ikke ganske entydigt. Problemet er groft sagt, at den faktiske praksis for overenskomstens forvaltning skaber grundlag for en retsdannelse, der e.o. kan blive bindende på linie med de egentlige overenskomstbestemmelser. Kutymere af denne art kan følgelig også blive afgørende på en måde, som må påkalde sig interesse i nærværende sammenhæng.

Kutymerne omtales i så godt som alle arbejdsretlige fremstillinger¹⁷. Disse er imidlertid også præget af vanskelighederne ved at opstille en relevant ramme for de funktioner der er tale om.

Generelt bestræber man sig på at forklare, hvorfor og hvordan en faglig praksis antager bindende karakter i forholdet mellem parterne på linie med de egentlige overenskomstmæssige vedtagelser, og hvorledes den herved skabte retsdannelse bringes ud af verden igen. På denne måde opridses noget, som minder om et selvstændigt retsgrundlag, et særligt retsinstitut. I det store og hele ligger man iøvrigt i de anførte spørgsmål på linie:

Der stilles således ikke strenge krav for anerkendelsen af en rent udfyldende praksis som bindende. En vis fasthed og klarhed antages der dog at skulle til¹⁸. Per Jacobsen opstiller kravene på den måde¹⁹, at praksis skal have været et længere tidsrum, at indholdet skal være klart og entydigt, og at den inden for det område, hvor den gøres gældende, skal have været fulgt i almindelig grad uden væsentlige afvigelser, samt endelig at det må antages, at parterne har fulgt den ud fra en følelse af retlig forpligtelse, eller i hvert fald at modparten med føje har haft dette indtryk. Herved overtager

17. Se hertil særligt Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg., specielt p. 79, 110 ff og 269, Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 98 ff, samt Allan Rise »Faglig Voldgift«, 3. udg. p. 108 ff.

18. Hertil Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 110. I samme værk p. 79 antydes dog, at der skal foreligge momenter, som viser, at kutymens varighed ikke er af tilfældig art men udtryk for, at parterne efterhånden har haft grund til at anse en fravigelse som stridende mod overenskomstforholdet.

19. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 98.

denne forfatter opstillingen fra Allan Rises »Faglig Voldgift«, der, som det fremgår, har en umiskendelig lighed med den traditionelle opfattelse af sædvanerettens betingelser.

I visse tilfælde antages de krav, som må opstilles for at anerkende bundetheden, at være strengere. Er praksis således i strid med overenskomsten, vil det for dens forbindende karakter ikke være tilstrækkeligt, at den har hersket i længere tid, men der må – hævdes det – yderligere momenter til, som peger på, at parterne har anset praksis for forpligtende²⁰. Som eksempler herpå fremhæver Illum det tilfælde, at tidligere forsøg på fravigelse er blevet mødt med indsigelse fra modparten og derefter opgivet. Og er fravigelsen af overenskomsten ikke kommet til fagforeningens kundskab, opstilles der den supplerende betingelse, at praksis angår et spørgsmål, hvorom arbejdstagerne ville have været berettigede til at slutte aftale. Tilsvarende strenge krav antages at gælde inden for det område, der beherskes af arbejdsgiverens ledelsesret. Udslag af denne beføjelse skulle ikke uden videre kunne tages til indtægt for en bindende kutyme. Der antages således at skulle meget sikre holdepunkter til for at gå ud fra, at arbejdsgiveren har følt sig således bundet af en fast praksis med hensyn til f.eks. arbejdstidens og feriens lægning, at der heraf flyder en fortsat retlig forpligtelse.

Mulighederne for at bringe en etableret kutyme til ophør antages modsat at variere alt efter dennes art. Både Rise og Per Jacobsen²¹ skelner i denne forbindelse imellem 1) kutymer, der er blevet en bestanddel af overenskomsten, og som derfor kun kan opsiges sammen med denne, d.v.s. som led i forhandlingerne i forbindelse med overenskomstens udløb og fornyelse, og 2) andre kutymer, som i kraft af deres karakter, herunder fordi de fraviger overenskomsten, ikke er et led i denne, hvorfor de skulle kunne siges op med et passende varsel. Begge forfattere erkender dog tilstedeværelsen af en mellemgruppe, der vel kan opsiges med et passende varsel, men kun til udløb i forbindelse med overenskomstens udløb²².

20. Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 111, Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 101 ff, »Faglig Voldgift« p. 144 ff.

21. »Faglig Voldgift«, 3. udg. p. 125 ff, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 99, jfr. p. 105 ff.

22. Illum er hvad opsigelsesspørgsmålet angår ret kortfattet og uklar (»Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 268 f). Det siges her blot, at en kutyme, der fastslår en selvstændig regel og ikke kun udfylder en bestemmelse i en bestående overenskomst, kan opsiges på samme måde som en egentlig overenskomst. Dog anerkendes det, at kutymen kan slutte sig således til hovedoverenskomsten, at særskilt opsigelse ikke er mulig.

En enkelt forfatter, nemlig Jens Buhl²³, ser i det hele kutymerne i et lidt afvigende lys. Han skelner således imellem på den ene side kutymen, der bliver egentligt led i overenskomsterne, fordi de fortolker eller udfylder samme eller dog er accepteret af parterne, og på den anden side alle andre forpligtende kutymen. Herved undtages iøvrigt alle forhold, der beror på arbejdsgiverens ledelsesret eller på ren kulance. Til gruppen »andre« kutymen vil Buhl henføre visse tilfælde af afvigelser fra det »normale« retsforhold, som næppe ville blive anerkendt på andre retsområder, men som inden for arbejdsretten spiller en rolle. Som typiske eksempler nævnes i denne forbindelse begrænsninger af den effektive arbejdstid og afvigelser fra den overenskomstmæssige betaling, der kan henføres til misforståelser af eller ukendskab til overenskomstens regler. Som begrundelse for anerkendelse af denne gruppe henvises til den i arbejdsforhold særlige pligt til gensidig hensyntagen og til at virke for ro og stabilitet. For sådanne kutymen, anføres det, gælder særlige frigørelsesmuligheder (opsigelse med kort varsel), medens der til gengæld ikke stilles strenge krav til beviset for kutymens eksistens – særligt betingelsen om at handlemåden skal være fulgt, fordi parten har følt sig retligt forpligtet heraf eller dog givet modparten dette indtryk. Per Jacobsen²⁴ mener, at Buhls betragtningsmåde er hensigtsmæssig derved, at den på rimelig vis løser problemerne omkring kutymen, der vel fraviger eller tilsidesætter overenskomstens bestemmelser, men alligevel betragtes som en integreret del af samme overenskomst og derfor, som praksis viser, ikke altid kan opsiges uafhængigt af denne²⁵.

I udenlandsk ret er der ikke blevet overenskomstkutymerne den samme opmærksomhed til del som herhjemme. Kristen Andersen²⁶ omtaler således fortrinsvis de kutymen, der så at sige er »ældre« end overenskomstbestemmelsen, og hvortil denne derfor e.o. må antages at henholde sig, og kommer kun kortfattet ind på de andre spørgsmål, herunder krave-

23. U 64 B/204 ff.

24. »Kollektiv Arbejdsret« 2. udg. p. 108.

25. Kutymens rækkevidde antages iøvrigt at kunne være forskellig. Den kan således knytte sig til arbejdsforholdene i bestemte virksomheder, eller den kan have karakter af almindelig faglig kutyme. (Illum »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 112, Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 105). Kun i sidstnævnte tilfælde omfatter kutymen enhver virksomhed inden for overenskomstens område, herunder dem som ikke har kendt den pågældende praksis.

26. »Fra Arbejdslivets Rett« p. 65 ff og »Arbejdsretten og Organisasjonene« p. 150 ff.

ne til kutymen der ændrer overenskomstens indhold. Og Folke Schmidt²⁷ nævner blot lakonisk, at praksis for overenskomstens anvendelse ofte vil være afgørende for fortolkningen af samme. Også i tysk ret indtager man en ret afslappet holdning til fænomenet²⁸.

Såvel Rises som Jens Buhls opdelinger kan vel hver for sig være nyttige i forskellige relationer.

Nu skal man jo imidlertid ikke sondre blot for sontringens skyld, og selv om opdelinger af denne art kan være udmærkede undersøgelsesredskaber, må man ikke være blind for, at det praktiske retsliv og de fænomener, der her gør sig gældende, måske vanskeligt kan rummes inden for alt for snævre formelle rammer. Hertil kommer risikoen for, at man i bestræbelserne på at finde den rigtige formel let glemmer det, som må være undersøgelsens virkelige formål: Blotlæggelsen af de reale behov, der ligger bag anerkendelsen af en kutyme som arbejdsretligt bindende.

Det vil langt fra altid kunne lade sig gøre at opdele tilfældegrupperne så skarpt, som især Rise lægger op til. Om en kutyme f.eks. må anses som et nødvendigt supplement til overenskomsten, eller om den tværtimod kan siges at stride mod samme, fordi de udtrykkelige bestemmelser må betragtes som udtømmende, vil ofte være en smags sag. Om kutymen anskues på den ene eller anden måde vil således afhænge af mange og evt. mere ujuridiske momenter, såsom dens rimelighed, dommerens fornemmelser m.h.t. om den tilsiger et resultat, der er praktisk, hans mening angående styrken i det element af stiltiende aftale, der kan indlægges i situationen o.s.v.

Endvidere bliver man måske ud fra den betragtningsmåde, Rise anvender, for tilbøjelig til at anskue problemet som et spørgsmål om alt eller intet. Man bindes med andre ord i overvejelser over, om der foreligger en forpligtende kutyme eller ej, for herefter at fastlægge de nødvendige opsigelsesvarsler. Men på denne måde overses det let, at der kan være tale om en »binding« i flere grader, som ikke alle behøver at have relation til muligheden for og længden af et evt. opsigelsesvarsel. Man kan således meget vel forestille sig, at den praksis, som ikke er så konsistent, at den egner sig til at indgå som egentligt led i overenskomsten, dog får betydning på lavere plan, f.eks. derved at den afskærer ansvar for overenskomstbrud.

27. »Facklig Arbetsrätt« p. 153 f.

28. Selv de ellers ret fyldige tyske værker er i reglen kortfattede på dette punkt, se f. eks. Arthur Nikisch »Arbeitsrecht«, Zweiter Band, 2. Auflage, p. 222.

Endelig må man ikke være blind for, at kutymen her som andetsteds kan have en meget forskellig betydning og derfor også kan komme til at virke på forskellig måde, alt efter om den gøres gældende til fordel for arbejdsgiveren eller lønmodtagerne.

Alt i alt er det altså mere væsentligt at prøve at kortlægge den faktiske betydning af den omstændighed, at der foreligger en praksis, end det er at opstille formler for, hvornår denne praksis bliver bindende og dermed begrunder anerkendelsen af kutymen som retsinstitut.

Det vil her være naturligt at tage udgangspunkt i de væsentligste af de af Rise i »Faglig Voldgift« omtalte voldgiftskendelser og i Arbejdsrettens trykte praksis²⁹. På dette grundlag synes der at udfælde sig følgende mønster:

a) Fortolkning og nødvendig supplerung.

Hvor overenskomstens bestemmelse lader sig fortolke på flere måder, spiller den måde, den faktisk er blevet administreret på – kutymen – en særlig rolle³⁰. Er mange udlægninger mulige, eller er overenskomstens omfang f.eks. tvivlsomt, er det således ganske almindeligt, at denne praksis bliver udslagsgivende³¹.

Det er svært at sige noget sikkert om, hvilken grad af usikkerhed der skal til, for at man vil holde sig til kutymen. Flere afgørelser lægger denne til grund, når spørgsmålet blot med nogen rimelighed kan siges at være tvivlsomt^{32, 33}, men det er e.o. også blevet anerkendt, at det har størst rimelighed for sig at fortolke overenskomsten efter den måde, den rent faktisk er blevet praktiseret på, selv om dette måske ikke harmonerer med den mest bogstavrette forståelse³⁴ eller den forståelse, som efter rettens opfattelse måtte være den rimeligste³⁵.

Undertiden udspringer tvivlen af den omstændighed, at der er tale om løsere rammebestemmelser. Her vil man ofte kunne hævde, at administra-

29. Der forudskikkes den bemærkning, at referaterne af den nævnte voldgiftspraksis ikke generelt kan læses ud af »Faglig Voldgift«, der kun gengiver kendelserne brudstykkevis.

30. Spørgsmålet om betydningen af denne praksis i relation til overenskomstens forståelse hører efter fast opfattelse under faglig voldgift, se f. eks. sag 738, 1732.

31. FVK 1/6-56, 8/9-56, 15/2-58, 31/10-60 og sag 2267.

32. Se således sag 1046 (frihed 1. maj) og 1258 (do.) 2657 (do.)

33. Også hvor det resultat, man må nå på andet grundlag, ikke er ganske utvivlsomt, vil den faktisk fulgte praksis kunne anvendes som støtteargument (FVK 10/8-29).

34. FVK 5/3-41, 10/3-28.

35. FVK 3/10-50.

tionen af bestemmelsen er overladt til praksis³⁶. Dette er f.eks. af betydning i relation til det, som er blevet kaldt retlige standarder³⁷. Men samme mekanisme gør sig i det hele gældende, når overenskomsten ikke i detaljer fastlægger, hvorledes den rent praktisk skal forvaltes³⁸, eller hvilket arbejde dens regler skal finde anvendelse på, arbejdsforpligtelsens omfang og lignende spørgsmål^{39,40}. I det hele skaber overenskomstens udtrykkelige stillingtagen på et punkt ofte behov for løsning af andre problemer, som der ikke er taget højde for. Vedtagelser om sygebetaling skal f.eks. også administreres i relation til overarbejdsituationer, planlagt afspadsering o.l., og opsigelsesvarsler skal administreres i lyset af indtrædende misligholdelse og arbejdshindringer. En almindelig overenskomst om løn- og arbejdsforhold, der sigter på at regulere det kontraktlige mellemværende mellem arbejdsgiver og lønmodtager, må i det hele tage stilling til problemet om enkeltkontraktens tidsindhold (dens opsigelse og ophør). Betalingssatser for særligt arbejde forudsætter ligeledes en afgrænsning af dette arbejde o.s.v. Her er det helt indlysende, at der vil blive et væsentligt område, hvor overenskomstens virkning afhænger af den måde, den sættes i værk på, simpelt hen ud fra behovet for at finde grundlag for løsningen af de problemer, der rent praktisk opstår.

Det er ret klart, hvad der i disse tilfælde gør, at praksis for overenskomstforvaltningen tillægges betydning.

I præmisserne til afgørelserne kredser man således gennemgående om den omstændighed, at den faktisk fulgte fremgangsmåde må ægge den part til protest, som mener den er retsstridig. Ligeledes henvises til, at det forhold, at en part slår sig til ro uden at protestere, netop må antages at give udtryk for, at han har fundet praksis korrekt, eller at det i hvert fald har givet modparten et berettiget indtryk af, at der var tale om en egentlig indforståelse⁴¹. Dette indtryk bestyrkes naturligvis yderligere, såfremt man på et tidspunkt ligefrem har frafaldet et krav om ændring af praksis⁴².

36. FVK 12/2-44, 1/6-43.

37. Se f.eks. FVK 3/12-26 (spørgsmålet om hvad der var »af lignende omfang«)

38. F. eks. FVK 14/6-44 (kutymen antages at give udtryk for, hvad der efter forholdene på stedet af begge parter blev fundet hensigtsmæssigt.)

39. Se eksempelvis sag 714, 1138, 2242, 2519, 2606, 4967, 7771.

40. På samme måde vil praksis ofte kunne være afgørende for arbejdslederbegrebets afgrænsning, se sag 163 og 4621.

41. FVK 17/1-20, 17/10-27, 10/3-28, 23/7-35, 6/11-44, 3/10-50, 15/2-58, 31/10-60 samt sag 2190, 2242, 2267, 3161, 4621.

42. FVK 3/10-50.

På basis heraf ville det være naturligt at gå ud fra, at den dispositionsberettigede for modparten, normalt organisationen, må have været bekendt med den pågældende praksis⁴³. Enkelte afgørelser finder dog ikke organisationens manglende viden afgørende. Som eksempler kan nævns FVK 10/8-29, hvor den fortolkning, som støttedes af praksis, i det hele syntes at have mest for sig, FVK 14/6-44, hvor der alene var tale om en ringe fravigelse, som endvidere var begrundet i, hvad begge parter på arbejdsstedet fandt hensigtsmæssigt samt endelig FVK 1/6-56, hvor praksis var afgørende for anvendelsen af en bestemmelse, som kunne forstås på såvel den ene som den anden måde. Organisationens kendskab til forholdet bliver altså af mindre afgørende betydning, jo tættere man kommer de tilfælde, hvor formuleringen åbner et spillerum. Her pålægges der således den overenskomstpart, over for hvem praksis gøres gældende, en vis risiko for manglende kendskab til de kutymer, som måtte udvikle sig⁴⁴.

Man har som refereret oven for i hidtidig teori koncentreret en del opmærksomhed om tidsperspektivet, altså spørgsmålet om varigheden af praksis som betingelse for dennes bindende karakter.

I de afgørelser, der refererer til kutymer, der fortolker overenskomsten på den ovenanførte måde, indtager tidsfaktoren tilsyneladende en ret tilbagetrukket rolle. Dette er i god harmoni med betragtningsmåden, hvorefter den manglende protest er det centrale, idet der jo herved i og for sig ikke behøver at være hengået længere tid end nødvendigt for at give modparten anledning til at reagere over for det, der anses for en forkert fremgangsmåde. Og særligt klart er det, at tidsvarigheden ikke behøver at være stor, når den part, der vender sig imod kutymer, selv har etableret den⁴⁵. Bevæger man sig imidlertid væk fra den nærmeste forståelse af bestemmelsen, vil varigheden af praksis igen blive af større betydning⁴⁶, og det samme gælder måske i de tilfælde, hvor der er tale om »huller« i overenskomsten, som antages at være overladt til udfyldning i praksis⁴⁷.

43. FVK 12/1-52.

44. I forbindelse hermed står også, at den part, over for hvem kutymer hævdes, må have haft mulighed for at gribe ind, således at det manglende initiativ er egnet til at vække forventninger. Har arbejdsgiveren f. eks. ikke nogen praktisk administrativ mulighed for at anlægge en anden fremgangsmåde end den, der nu hævdes som bindende kutyme, afsvækkes betydningen heraf (FVK 12/1-52).

45. Se f. eks. sag 2190: Udbetalingspraksis i 2 år afgørende for forståelsen af en opmandskendelse.

46. FVK 5/3-41.

47. FVK 12/2-44, 1/6-43.

Er praksis i lønmodtagerens disfavør, vil der måske endog kræves en lidt længere varighed end ellers^{48, 49}.

b) Fravigelser fra overenskomsten.

Mere uklar er betydningen af praksis, hvor denne står over for klare overenskomstbestemmelser eller grundfæstede arbejdsretlige principper, som tilsiger et andet resultat.

Som nævnt har teorien været inde på at skærpe kravene til kutymer i disse tilfælde, hvilket f.s.v. er i overensstemmelse med den principielle indstilling, som præger afgørelserne, og hvorefter kun praksis af særlig kvalitet fortrænger positive overenskomstbestemmelser⁵⁰.

Vanskeligheden ligger jo imidlertid i at udskille de kutymer, som kan siges at stride mod overenskomstens bestemmelser fra sådanne som alene udgør et naturligt supplement til samme^{51, 52}. I stedet for at hæfte sig for meget ved den tekniske sondring, er det altså måske praktisk at se, hvorledes problemet rent faktisk opstår.

De fleste afgørelser vedrører kutymer for særlige begunstigelser til arbejdstagerne. Som eksempler kan nævnes beregning eller ydelse af løntillæg eller løn ud over det hjemlede, betaling for spisepauser, accept af at en vis tid til vask og transport indgår i den effektive arbejdstid eller af respittid iøvrigt, af at spisepauser indgår i arbejdstiden, ydelse af ekstra pauser, ferier og friheder o.s.v.⁵³. Grundene for, at sådan praksis har

48. FVK 10/3-28 (11 år) 10/8-29 (mange år) 3/10-50 (30 år)

49. Det anførte er f.s.v. i god harmoni med det af Rise i »Faglig Voldgift« p. 110 anførte om at der formentlig ikke kræves så lang tid, når kutymer udfylder eller fortolker en ufuldkommen overenskomstbestemmelse, som hvis det drejer sig om et forhold, som er helt uomtalt, eller endog betyder en fravigelse fra overenskomsten.

50. Se eksempelvis FVK 1/3-35 forudsætningsvis (»langvarig og fast«) 24/5-34 forudsætningsvis (»gammel og rodfæstet«).

51. Et typisk tilbagevendende problem er her vanskelighederne ved at afgøre, om overenskomstens bestemmelser på et bestemt punkt må forstås som udtømmende, eller om de tværtimod kan opfattes på den måde, at der åbnes et vist rum for kutymer.

52. Illum definerer i »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 110 kontraktsudfyldende kutymer som kutymer, der supplerer overenskomstens bestemmelser på et punkt, hvor denne tier, men hvor det dog er påkrævet at have en betemt regel. Heller ikke denne definition er imidlertid tilstrækkelig, da spørgsmålet om, hvad der er påkrævet, jo i høj grad må besvares ud fra et skøn. Af samme grund er ej heller Rises definition i »Faglig Voldgift« (3. udg. p. 110), hvorefter de kontraktsudfyldende kutymer er sådanne, som supplerer en ufuldkommen overenskomstbestemmelse, egnet grundlag for en sondring.

53. Som mere specielle tilfælde kan nævnes praksis for særlig hurtig behandling af faglige stridigheder og blokaderet ved betalingsstandsning.

udviklet sig, kan være forskellige: Der kan være tale om ren velvilje, om at man for husfredens skyld ser igennem fingre med en mindre regelret administration af forskrifterne, om rene fejltagelser og forglemmelser o.s.v.

Når en sådan fremgangsmåde er fulgt tilstrækkeligt længe og fast, vil den være egnet til at vække forventninger hos lønmodtagerne, der jævnlige kan sidestilles med de forventninger et egentligt løfte skaber. Betegnende i så henseende er udtalelsen i FVK 20/1-22, hvori det hedder, at det afgørende er »om de foreliggende Kendsgerninger efter den i Samfundet herskende almindelige Opfattelse ere egnede til at vække samme Tillid til, at Arbejdsgiverne vilde yde (godet), som et rent Løfte derom vilde vække«. Noget andet er, at der over for en klar overenskomstbestemmelse normalt skal noget særligt til, for at arbejdstagerne kan siges at have oparbejdet den nødvendige, anerkendelsesværdige forventning⁵⁴.

Selv om de konkrete omstændigheder imidlertid ikke måtte kunne bære en anvendelse af løftereglerne, vil den almindelige grundindstilling inden for arbejdsretten, gående ud på at ændringer i forhold til det tilsvarende fordrer en vis tilpasningstid, betyde, at man ikke uden videre kan tilsidesætte virkningen af lang tids praksis. Men dette behøver f.s.v. heller ikke at være noget alvorligt indgreb i overenskomsten, da anerkendelsen af praksis på denne måde jo ikke behøver få anden konsekvens, end at arbejdsgiveren må varsle sin tilbagevenden til regelret administration en rimelig tid i forvejen, jfr. neden for under e).

Retspraksis kan godt læses i overensstemmelse med det anførte.

Praksis igennem en årrække er, som det også fremhæves i FVK 27/8-24, i sig selv egnet til at skabe forventninger hos arbejdstagerne, forventninger der skærpes, når overenskomsten til stadighed fornys, uden at der fra arbejdsgiverside tages forbehold⁵⁵ eller iøvrigt protesteres⁵⁶, således at arbejderne måtte være klar over, at der ikke var tale om nogen ret⁵⁷. Og er

54. De må af samme grund også i det hele have bevisbyrden for, at der foreligger en kutyme, som er egnet til at skabe forventninger af den nødvendige styrke.

Man fristes iøvrigt her til at henvise til den pudsige FVK 20/12-22, der udtaler, at formodningen er imod, at arbejdsgiveren er indstillet på at indrømme arbejderne noget retligt krav ud over de udtrykkeligt hjemlede i en situation på overenskomstrådet, hvor der kæmpes om hvert eneste detaljerspørgsmål.

55. FVK 9/6-33 og 20/6-35.

56. FVK 17/10-27.

57. FVK 23/12-28.

krav om godets afskaffelse endog fremsat under overenskomstforhandlingerne uden at blive gennemført, underbygges forventningen yderligere⁵⁸.

Grunden til at kutymen tillægges betydning her – aftalemomentet – har altså et vist slægtskab med den, som gør sig gældende i de oven for under a) nævnte tilfælde, selv om der måske kræves mere. Især vil varigheden af praksis spille en større rolle⁵⁹. I mange tilfælde vil man anerkende den lange årrække i sig selv som således afgørende, at arbejdsgiveren ikke uden videre kan sætte sig ud over konsekvenserne af kutymen⁶⁰. Men hvor spørgsmålet er, hvorvidt denne ligefrem er blevet således integreret i overenskomsten, at den ikke kan bringes til ophør ved særskilt opsigelse, benyttes jævnligt også andre argumenter. Således er anført den omstændighed, at praksis afgiver et naturligt supplement til reglerne⁶¹, årsagernes lighed i kombination med at forholdet ikke er blevet bragt frem under overenskomstforhandlingerne⁶² og endvidere det forhold, at man ligger på grænsen af de egentlige fortolkningstilfælde⁶³.

Jævnligt konstateres imidlertid blot eksistensen af en kutyme – hvilket der evt. kan være enighed om – og opmærksomheden samler sig alene om at afgøre, hvilket varsel der skal til, for at ordningen kan bringes ud af verden⁶⁴. Eller problemet bortfejes med henvisning til, at der under alle omstændigheder har fundet en tilstrækkelig opsigelse sted⁶⁵. Her drejes altså synsvinklen, og de momenter, der traditionelt opregnes som betingelser for kutymens eksistens – varigheden, graden af indforståelse o.s.v. – kommer blot til at udgøre momenter, der er afgørende for tilpasningstidens længde.

Det ligger dog også klart, at ikke en hvilken som helst praksis tillægges

58. Sag 867.

59. Afgørelserne henviser da også jævnligt til denne varighed: FVK 17/10-27 (12-15 år) 9/6-33 (30 år) 24/5-34 («gammel og rodfæstet») 30/4-43 («meget lang årrække») 6/10-49 («mangeårig») 10/10-51 («meget lang årrække») 12/3-51 («meget lang årrække») 12/1-52 («længere årrække») 28/6-56 (ca. 17 år) 8/7-59 (10 år) 21/9-62 («lang årrække») 31/5-66 («langvarig») 12/12-72 («meget lang årrække») sag 2975 («meget lang årrække») 756 («lang række år») sag 1870 og 2244 («mangeårig»). FVK 30/11-32 synes at anerkende en kun kortere tids brug som basis for kutymens anerkendelse, men denne afgørelse er ret speciel.

60. Se eksempelvis FVK 12/3-51, 8/7-59, 31/5-66, 12/12-72.

61. FVK 10/10-51.

62. FVK 9/6-33.

63. Sag 2975.

64. FVK 1/2-45, 2/7-47, 20/3-48, 9/5-48, 30/6-48, 17/10-49, 28/12-50, 30/9-52, 15/9-54, 27/6-56, 23/6-58, 15/6-59, 11/1-62, 14/6-67, 30/6-74, sag 4116.

65. FVK 1/7-68.

virkning over for overenskomstens bestemmelse. Den nødvendige forventning på lønmodtagerside kan således evt. modvirkes af, at praksis for begunstigelser ud over overenskomsten ikke er særligt udbredt, fast eller klar. Dette nævnes da også jævnligt⁶⁶, og undertiden antydes det endog, at ikke engang den omstændighed, at den pågældende praksis betegner hovedreglen, er nok, såfremt der dog er undtagelser⁶⁷. Og forventningen kan også være kompromitteret af konkrete omstændigheder, der gør, at arbejdstagerne ikke havde tilstrækkelig anledning til at opfatte forholdet således, at virksomheden var indstillet på at yde mere, end den var pligtig til⁶⁸. Endelig vil det selvfølgelig også være afgørende, om arbejdstagerne har haft en passende opfordring til at hævde det kutymemæssige krav, de mener at have, men undlader dette⁶⁹.⁷⁰

Man kunne spørge, om den omstændighed, at virksomhedens øverste ledelse eller arbejdsgiverorganisationen var ubekendt med praksis, vil tale imod anerkendelsen af samme. Hvis begrundelsen for anerkendelsen skal søges i arbejdstagernes forventninger, kan dette forhold imidlertid næppe i sig selv være afgørende⁷¹, i alt fald når lønmodtagerne ikke var klar over denne manglende indsigt. Virksomheden må så at sige have risikoen for den måde, dens repræsentanter forvalter reglerne på, og må bære konsekvenserne af de forventninger, der derigennem skabes – en betragtning der også vil føre til, at det bliver uden betydning, om ydelsen beror på ren fejltagelse eller misfortolkning fra arbejdsgiverens side. Dette kunne synes at stride mod det oven for nævnte resultat i de rene fortolkningstilfælde, hvor man som omtalt ofte bør lægge vægt på modpartens viden eller burdeviden om forholdet. På den anden side skal man være opmærksom på, at der ikke er et stort behov for at kræve kendskab til forholdet hos denne, så længe det drejer sig om fravigelser af overenskomsten, der ikke bliver en del af samme, men derimod kan bringes ud af verden med et passende varsel.

I sjældnere tilfælde betegner praksis en begrænsning af arbejdstagernes overenskomstmæssige goder og rettigheder.

66. FVK 20/12-22, 13/4-50, 4/8-52, 13/6-56, 17/10-59, 3/1-67, se også FVK 27/5-63.

67. FVK 12/4-57.

68. Hertil FVK 4/8-52, sag 527.

69. FVK 21/5-28 og 17/10-59.

70. I en enkelt kendelse er mod kutymen også anført hensynet til en ensartet overenskomstforvaltning FVK 24/5-34.

71. Se hertil FVK 20/6-35.

Det er imidlertid karakteristisk, at disse oftest forekommer i det grænseområde, hvor bestemmelserne er affattet således at der levnes et spillerum for anerkendelse af kutymen⁷².⁷³ Og det bliver her jævnligt det moment af indforståelse, som skabtes gennem arbejdstagersidens passivitet over for en vis varighed, der begrundes, at kutymen tillægges vægt⁷⁴.

Praksis i lønmodtagernes disfavør kan imidlertid også få betydning, selv om man fjerner sig længere fra »fortolknings«tilfældene⁷⁵. Oftest kræves dog så nok en højere grad af aftalemoment⁷⁶ eller en mere utvetydig accept af tingenes tilstand⁷⁷.

Også i de her behandlede tilfælde vil kutymens varighed⁷⁸ i kombination med den manglende protest spille en rolle, medens den omstændighed, at praksis ikke er undtagelsesfri, vil hindre, at den tillægges vægt⁷⁹, medmindre den er meget gammel og indgroet⁸⁰.

Det, der bar anerkendelsen af praksis i de tilfælde, hvor kutymen begunstigede arbejdstagersiden, var den forventning, som den var egnet til at skabe. Det var derfor også af mindre afgørende betydning, om den kompetente part på arbejdsgiverside var bekendt med denne praksis. Nu er der jo imidlertid i almindelighed ikke noget til hinder for, at man kan fravige overenskomsten i positiv retning for arbejdstagerne, medens man i de tilfælde, hvor den fraviges til deres ugunst, vil kunne komme ind i en overenskomstbrudlignende situation. Og som sagt kræves der måske i disse tilfælde en højere grad af aftalemoment. Det er derfor ganske naturligt, at lønmodtagerorganisationens viden om forholdene må tillægges vægt, når kutymen er i arbejdstagerens disfavør. Afgørelserne herom er dog få. FVK 23/7-38 afskærer kutymen under hensyn til, at fagorganisationen ikke var vidende om *omfanget* af praksis, og FVK 4/2-72 under hensyn til,

72. Som eksempler kan her nævnes FVK 19/2-37 og 14/6-44 (»ringe afvigelse fra bestemmelsen«) og de tidligere nævnte afgørelser FVK 10/3-28, 10/8-29, 3/10-50 samt sag 5076.

73. Man har dog også anerkendt praksis imod en helt klar overenskomstbestemmelse, som imidlertid var kommet ud af harmoni med lovgivningen, FVK 6/12-54.

74. FVK 10/3-28, 3/10-50.

75. Som klarere eksempler af denne art kan nævnes FVK 30/8-37, 2/8-51 og sag 5696.

76. Se udtalelsen i sag 657: Der må foreligge en praksis, som er så fast og klar, at den må anses for stiltiende anerkendt af lønmodtagerorganisationen.

77. Se sag 5696: Forslag om ændring søgt gennemført under overenskomstforhandlingerne men frafaldet.

78. FVK 30/8-37 (15 år) 2/8-51 (»mange år«) sag 5696 (mange år).

79. FVK 24/1-75.

80. FVK 10/3-28.

at fagforeningen ikke var vidende om praksis overhovedet. Se også forudsætningen i sag 5696. Nærmer man sig fortolkningstilfældene, og lader teksten sig »strække«, er der dog muligt en tendens til at lade risikoen for, at kutyemen ikke er organisationen bekendt, påhvile denne selv, se FVK 14/6-44, hvor der kun var tale om en »ringe fravigelse«, og FVK 10/8-29 hvor kutyemen tilsagde den rimeligste forståelse af overenskomsten⁸¹.

c) Praksis for ledelsesrettens udøvelse og ikke-udnyttelse af beføjelser.

Som bekendt tilkommer der arbejdsgiveren en række ledelsesmæssige beføjelser med hensyn til arbejdstidens lægning, valget af arbejdskraft m.v. Ligeledes kan det tænkes, at overenskomsten i anden henseende sikrer ham en rådhedsret inden for afstukne rammer. Det kan dreje sig om arbejdets udførelse i eller uden for akkord, lønfastsættelsen inden for minimallønsområdet, bemanningen o.s.v.

I sådanne tilfælde, hvor virksomheden har en bestemmelsesret eller valgfrihed, er det ikke usædvanligt, at denne ret forvaltes efter ensartede retningslinier eller udnyttes på en bestemt måde en tid lang. Dette vil naturligvis ofte friste til den antagelse, at virksomheden bliver »kutyeme«-mæssigt bundet hertil.

Sådanne forhold er f.s.v. ofte egnede til at skabe forventninger hos lønmodtagerne på samme måde som i de oven for under b) nævnte tilfælde, hvor der tillægges dem goder ud over overenskomsten. Og man kunne vel endda være fristet til at ræsonnere, at når der kan skabes bindende kutymer til fordel for arbejdstagerne på tværs af overenskomstens bestemmelser, må dette så meget desto mere kunne lade sig gøre i de her behandlede situationer, hvor forventningerne holder sig inden for de af overenskomsten afstukne rammer.

Særlige hensyn gør sig imidlertid gældende, når overenskomsten levner arbejdsgiveren en bestemmelsesret. For det første er det sidste af de nævnte argumenter skævt derved, at overenskomsten eller arbejdsretlige principper jo netop tilsiger arbejdsgiveren en eller anden grad af *fri* rådhedsret, og at en indskrænkning i denne gennem kutyeme altså meget vel

81. Uden for dette mønster falder alene FVK 2/8-51, som uanset at forbundet havde været ubekendt med kutyemen dog under hensyn til, at denne var mangeårig, fastslog, at opsigelse var nødvendig. Denne antog man imidlertid lå i sagens rejsning. Det faktiske resultat blev således ikke forskelligt fra det i FVK 23/7-38 og 4/2-72 fastslåede.

kan siges at være i strid med overenskomsten. Men dertil kommer, at anerkendelsesværdige forventninger måske vanskeligere kan oparbejdes i relation til bestemmelser, der forudsætter en sådan fri rådighedsret, da det jo netop ligger heri, at man må være forberedt på, at udnyttelsen af denne rådighedsret kan skifte, og da den praksis arbejdsgiveren en tid lang følger på ingen måde ligger ud over, hvad overenskomsten tilsiger. Endelig må det i almindelighed anses vanskeligere at stifte ret på grundlag af modpartens ikke-brug af de ham tilkommende beføjelser – i dette tilfælde beføjelsen til at omordne arbejdsforholdet og arbejdsvilkårene, således som overenskomsten tillader.

Hvorom alting er, viser retspraksis en klar utilbøjelighed til at tillægge en fast praksis for udøvelsen af arbejdsgiverens omtalte beføjelser eller manglende udnyttelse af rettigheder overhovedet bindende virkning⁸².

Selv om der imidlertid generelt set ikke synes at være tvivl om rimeligheden i at anlægge en restriktiv linie, er afgørelserne ofte kun ufuldkomment begrundet i relation til det principielle problem. Herved kommer de jævnlige til at fremstå som et løsere produkt af dommerens juridiske fornemmelse. Mest kontant er FVK 6/5-67, der kort og godt konstaterer, at den omstændighed, at en ret ikke benyttes, ikke kan etablere en kutyme. Og undertiden giver omstændighederne anledning til at konstatere, at de dispositioner, der påberåbes som kutymedannende, er udslag af villighed⁸³, hvilket som omtalt neden for under d) ikke kan binde ud over rammen for samme. Noget svagere står de afgørelser, der henviser til, at arbejdsgiverens ret er hjemlet i overenskomstens ordlyd⁸⁴, i Septemberforliget (nu Hovedaftalen)⁸⁵ eller i ledelsesretten⁸⁶. Endelig siger en enkelt afgørelse blot, at praksis jo kun er udtryk for den måde, man har fundet det

82. Se hertil FVK 21/5-28 (arbejdstidens placering) FVK 30/10-44 (do.) 28/10-50 (do.) 15/10-52 (valget af arbejdskraft) 17/12-63 (valg af lønform, akkord eller timeløn) og i denne forbindelse sag 482, FVK 16/1-64 (lønfastsættelsen inden for minimallønsområdet) 8/7-64 (bemanding) og om manglende udnyttelse af beføjelser FVK 3/1-67 (bemanding) og 6/5-67 (kontrolforanstaltninger) samt sag 504, 735, 1198, 2608, 2743, 4050, 4568, 5075, 5510. Se iøvrigt også sag 5544 (arbejdsgiverorganisationens undladelse af at lade sig repræsentere på møder med fagorganisationen) og sag 6295 (organisationens manglende udnyttelse af arbejdsretsvejen) - se i tilknytning hertil sag 1870 og 422, 440.

83. FVK 21/5-28.

84. FVK 30/10-44.

85. FVK 15/10-52.

86. FVK 8/7-64.

bedst at administrere overenskomsten på⁸⁷. Og undertiden anføres slet ingen begrundelse⁸⁸.

Det er dog ikke helt udelukket, at der kan skabes en bindende praksis inden for arbejdsgiverens ellers frie rådhedssfære. FVK 20/10-50 indeholder en forudsætning desangående, men udtaler, at der hertil må kræves »overordentligt meget«. Dette vil i henhold til kendelsen sige »Omstændigheder, som med en vis Klarhed viste, at Parterne havde betragtet Valgfriheden som indskrænket, f.Eks. i Form af Oplysninger om, at tidligere Forsøg paa Arbejdstidens Omlægning var mødt med Indsigelse fra Fagforeningens Side, eller at man havde søgt Fagforeningens Tilslutning til den ønskede Omlægning«. ⁸⁹ ⁹⁰. Alt i alt synes der altså at måtte noget, der ligner et snævrere aftalemoment, til.

d) Kulancetilfælde.

Den praksis, der beror på arbejdsgiverens villighed eller kulance, afføder et særligt problem.

I overensstemmelse med almindelige retlige principper er sådan kulance mindre egnet til at skabe ret for modparten. Var der en risiko herfor, ville man jo – som fremhævet i en voldgiftskendelse fra 4/4-41 – også let komme i en situation, der måske ville gøre det umuligt for virksomheden at vise imødekommenhed.

»Kulance«tilfældene kan forekomme i forskellige afskygninger. Ofte ser virksomheden »igennem fingre« med en mindre regelret forvaltning af overenskomsten, således at arbejdstagerne opnår visse fordele, jævnfør de oven for under b) nævnte afgørelser om begunstigelser ud over det overenskomsthjemlede. Som det blev påvist her, hindrer kulance af denne art imidlertid ikke i sig selv retserhvervelse.

Skal man udskille et område, hvor den kulancemæssige baggrund for praksis vil afskære dennes bindende virkning, må man altså begrænse sig til de tilfælde, hvor kulancen har fundet en eller anden grad af positivt udtryk, som er egnet til at bevirke, at anerkendelsesværdige forventninger ikke oparbejdes hos arbejdstagerne.

87. FVK 16/1-64.

88. FVK 17/12-63, sml. FVK 30/8-78.

89. Som et eksempel på et sådant tilfælde kan muligvis nævnes FVK 8/6-49 (kutymemæssig fortrinsret).

90. Arbejdsgiverorganisationens viden om forholdet kan muligvis også have en vis betydning, se antydningen heraf i sag 5510.

I retspraksis er der tilsyneladende ingen betænkelighed ved at fastslå det principielle: At udslag af villighed ikke kan danne bindende kutyme⁹¹. Derimod fremgår det ikke ganske klart, hvor man skal sætte grænsen for den kulance, der afskærer retserhvervelse.

FVK 21/5-28 antager, at en række enkeltstående indrømmelser ikke kunne binde for fremtiden. Der lægges herved vægt på, at der hver gang var blevet rettet konkret henvendelse til virksomheden om ydelsen af godet («sommerarbejdstid»), samt på, at tidligere tilfælde, hvor arbejdsgiveren havde nægtet at imødekomme anmodningen, ikke var blevet mødt med protest. FVK 13/9-20 henviser også til, at ydelsen («skovturspenge») blev udbetalt på baggrund af speciel anmodning herom i det enkelte tilfælde, og at dette ønske ikke fremtrådte som et retskrav. Andre afgørelser støtter sig til momenter, der også af anden grund vil afskære retserhvervelse, f.eks. den omstændighed, at arbejdstagerne måtte indse, at ydelsen af godet alene beroede på et konkret skøn fra virksomhedens side⁹², hvilket man har slået sig til ro med uden at få taget problemet op til retlig efterprøvelse. Eller at det måtte stå arbejdstagerne klart, at virksomheden ikke havde afskåret sig fra at ændre grundlaget for udbetalingen⁹³ o.l.

På denne baggrund er det formentlig naturligt at sammenfatte situationen på den måde, at ydelsen af goder efter konkret anmodning (og altså på lønmodtagernes initiativ), der ikke har karakter af retskrav, næppe kan skabe forbindende praksis, selv om denne ydelse finder sted igennem en længere periode. Og hermed kan muligvis sidestilles andre tilfælde, hvor arbejdsgiverens vilje til at yde var undergivet en for lønmodtageren kende- lig begrænsning.

e) Opsigelsesproblemet

Muligheden for at eliminere virkningen af kutymen, eller – som det er blevet kaldt – opsiges den, udgør et helt centralt problem.

Det er nu for det første klart, at kutymen kan bringes ud af verden ved en herimod rettet overenskomstbestemmelse⁹⁴. Efter sådan vedtagelse vil

91. Se således FVK 13/9-20 og 21/5-28, 4/4-41.

92. FVK 18/1-32, 17/10-59.

93. Sag 1245.

94. FVK 14/11-50 og 2/8-51, se hertil også FVK 30/11-32.

den være uden virkning, medmindre praksis ratihaberes ved at fortsætte uforandret⁹⁵.

Uden for de tilfælde, der løses gennem overenskomstvedtagelse af denne art og uden overenskomstmæssige regler om opsigelse af kutymen (se f.eks. sag 1563), er det nødvendigt at skelne, efter hvilken funktion denne har haft.

Hvis der er tale om en fortolkning eller nødvendig supplerings af overenskomsten, således at kutymen så at sige er blevet en del af denne, er det indlysende, at den ikke lader sig isolere⁹⁶. I så fald må der om ophøret gælde nøjagtigt de samme regler som om overenskomstens ophør. Dette er vel endog særlig klart, hvor kutymen finder anvendelse på hele overenskomstområdet. Men den omstændighed, at kutymen kun knytter sig til en enkelt virksomhed, behøver dog ikke at hindre, at dens eksistens kædes sammen med overenskomstens.

Anderledes i de tilfælde hvor kutymen fraviger en klar overenskomstbestemmelse. Her vil der i almindelighed højst blive tale om, at praksis ikke kan bringes til øjeblikkeligt ophør. I disse tilfælde vil den part, der har fordel af kutymen, jo nemlig vanskeligt kunne opfatte denne som et led i det overenskomstmæssige mellemværende, men kan højst forvente en vis »tilpasningstid«⁹⁷ førend de udtrykkeligt vedtagne regler må overholdes på ny.

Som det er påvist i det foregående, kan det imidlertid i mange tilfælde være uhyre vanskeligt at afgøre, om kutymen kan siges at fravige overenskomsten, eller om den tværtimod supplerer denne i nødvendig grad. Dybest set bør det afgørende for at lade kutymens ophør følge overenskomsten derfor nok ofte være en afvejning af, hvorvidt den må antages at have udgjort en omend ikke afgørende så dog passende vægtig forudsætning for overenskomstfornyelsen. Såfremt dette har været tilfældet, vil det være ubilligt ikke at lade spørgsmålet om dens fortsatte eksistens afhænge af, hvad man kan nå frem til under forhandlingerne om en fremtidig overenskomstfornyelse. Men også parternes forudsætninger i forbindelse med overenskomstfornyelsen er praktisk set et dårligt grundlag for en sontring,

95. Som antydnet i FVK 2/8-51 stilles der dog måske ikke strenge krav for at anse ratihabering for at have fundet sted, hvis praksis iøvrigt har en samlet varighed, som ville kunne begrunde dens anerkendelse imod modstående overenskomstbestemmelse.

96. Se f. eks. sag 714, 1685, 2242.

97. Forholdet kan derved måske sidestilles med sådanne særftaler, som ikke er led i overenskomstforholdet og derfor kan opsiges særskilt, se som illustration sag 1901.

fordi der er tale om forhold, som vanskeligt lader sig erkende objektivt.

For at løse problemet er det derfor nødvendigt at gå lidt tættere på de foreliggende muligheder for at bringe kutymen ud af verden.

Alternativerne illustreres måske bedst med henvisning til FVK 31/5-76. der udtaler, at hvis kutymen ikke er blevet et egentligt led i parternes overenskomst, kan den opsiges med passende varsel, muligvis, hvis særlige omstændigheder taler derfor, dog først til udløbet af en overenskomstperiode.

Der er altså i alt fald 3 principielt forskellige løsninger på ophørsproblemet:

1) Kutymen kan have mistet sin selvstændige identitet, således at den i virkeligheden kun udtrykker overenskomstens mening. I så fald kan den lige så lidt som noget andet fortolkningsbidrag berøves sin virkning undtagen derved, at spørgsmålet tages op som led i de almindelige overenskomstforhandlinger. Der bliver her ikke tale om at opsiges kutymen, men selve den til grund liggende bestemmelse må siges op efter de regler, der gælder om overenskomstens opsigelse. Sidestillet hermed er de tilfælde, hvor kutymen antages at supplere overenskomsten i nødvendig grad.

Med den almindelige tendens til at afslutte overenskomstforhandlingerne på generelt, overordnet plan, vil det altså i mangel af enighed med modparten være meget vanskeligt at eliminere betydningen af sådan praksis.

2) En anden mulighed er, at kutymen nok kan siges op med et passende varsel, men kun i tilknytning til overenskomstens udløb og nyforhandling. Denne løsning er den rigtige, hvor situationen ikke kan bære en total sammenkædning med overenskomsten, men hvor man på den anden side ikke kan se bort fra, at den ene part med nogen føje har kalkuleret med kutymens eksistens ved de forrige overenskomstfornyelser.

3) Endelig er der en sidste mulighed, nemlig at lade kutymen være frit opsigelig med et kortere eller længere varsel, eller evt. helt uden varsel, men uden tilknytning til overenskomstens udløb. Denne løsning vil i særlig grad være hensigtsmæssig, hvor kutymen står over for en klar overenskomstbestemmelse, men hvor der dog er anledning til at undgå de mest generende konsekvenser af en total underkendelse af langvarig praksis. »Opsigelsen« virker her til at skabe en glidende overgang til genindførelse af regelrette forhold og til at fordele risikoen for oparbejdelsen af den afvigende praksis på en rimelig måde mellem parterne.

Retspraksis er ikke ganske klar i sit valg imellem de nævnte 3 muligheder, og specielt valget mellem de to førstnævnte er dårligt belyst.

En række afgørelser må ganske vist mest naturligt forstås således, at kutymen er blevet aldeles integreret i overenskomsten. Eller dette udtrykkes forholdsvis klart ⁹⁸. Men i mange tilfælde er man i tvivl om, hvilken løsning kendelsen faktisk vælger, og om den altså vil tillade en friere opsigelighed til overenskomstens udløbstidspunkt. Denne uklarhed synes at være et produkt af den omstændighed, at den klagende part jævnligt kun retter sin klage på selve det forhold, at modparten ikke mere vil følge kutymen, i kombination med at retten måske ikke opfatter problemet som praktisk, når først afgørelsen af dennes fremtid er blevet udskudt til tidspunktet for overenskomstfornyelsen ⁹⁹.

Lejlighedsvis er denne tvivl blevet påkendt særskilt. FVK 6/6-52 blev således opfattet som tvetydig og affødte en ny kendelse (FVK 19/10-53), der fastslog, at ophøret måtte anerkendes på tidspunktet for overenskomstens udløb. FVK 21/9-62 (»opsigelse til ophør til de gældende overenskomsters udløbstid«) var klarere, men gav også anledning til en ny voldgiftssag (FVK 12/12-62). I efterfølgende kendelser af denne art har man herefter udtrykt sig mere utvetydigt¹⁰⁰.

Retspraksis er dog nok stadig for begrænset til, at der kan udledes generelle sætninger om, hvornår det vil være rigtigt at anvende den under 2) nævnte løsning: Opsigelse med et passende varsel, men kun til overens-

98. Se således FVK 27/8-24 (opsigelse med overenskomstmæssigt varsel til ophør med en løbende overenskomstperiode), FVK 20/6-35 (»led i overenskomstforholdet«, 8/6-49 (»ordningen må anses som »led« i de mellem sagens parter gældende overenskomstmæssige forhold« og kan derfor ikke opsiges særskilt), 10/10-51 (»ikke ensidigt kan bringes til ophør ved særskilt opsigelse«), 31/10-60 (det må have sin forbliven ved praksis »indtil den ved forhandling mellem parterne - eventuelt under de forestående overenskomstdrøftelser - ændres eller den bringes til ophør sammen med overenskomsten«), 31/5-76 (»at den har kunnet opfattes som et sådant led i det overenskomstmæssige forhold, at en ændring alene kan finde sted i forbindelse med fornyelse af overenskomsten«), og sag 1685 (en kutyme om forskudt arbejdstid måtte som en af overenskomstens forudsætninger dele skæbne med denne).

99. Se f. eks. FVK 9/6-33, (betænkeligt at ændre taksten uden at der har været lejlighed til en overenskomstmæssig forhandling herom), 24/5-34 (»forandring må henvises til nye overenskomstforhandlinger«), 1/10-50 (opsigelse til udløbet af den gældende overenskomst), 14/9-51 (»kun kan bringes til ophør i forbindelse med tariffen«), 6/6-52 (kutymen må »indtil overenskomstens udløb ... følges ...«), sag 4967 (opsigelse »til overenskomstperiodens udløb«).

100. FVK 20/11-69 (opsigelse med 3 måneders varsel til udløb ved overenskomstfornyelsen) og 12/12-72 (2 måneders varsel til overenskomstens udløbstidspunkt).

komstens udløbstid. Rise ser denne mulighed som et middel til at undgå, at kutymen får den permanente karakter som en total sammenkædning med overenskomsten har tilbøjelighed til at give den. Om dette er et lykkeligt resultat, er jo imidlertid i høj grad afhængigt af kutymens indhold. Man kan meget vel forestille sig kutymen, som er af så væsentlig betydning for overenskomstens anvendelse, at det for en overordnet betragtning ikke nødvendigvis er hensigtsmæssigt at frigøre dem for meget fra samme, uanset om de ikke er aldeles integreret i den.

Anvendelse af løsning nr. 2 må således i almindelighed nok forudsætte, at der er tale om en kutyme, som utvivlsomt kan stå uafhængigt af overenskomsten. Er dette tilfældet, er det til gengæld rigtigt, at denne løsning ofte vil være den helt rigtige. Så længe den part, der gør kutymen gældende, ikke havde en klar opfordring til at gå ud fra, at den fordel, der lå i praksis, måtte ses som noget, man ikke burde regne med, vil han jo nemlig i mange tilfælde være tilbøjelig til rent faktisk at kalkulere med kutymens eksistens, når han tager stilling til sine overenskomstkra. Dette vil jævnligt være årsag til, at et krav svarende til kutymen ikke rejses – hvad modparten måske meget vel bør indse og derfor ej heller bør have mulighed for at spekulere i. Endvidere vil der utvivlsomt også være mange tilfælde, hvor begge parter har ladet spørgsmålet ligge under forhandlingerne ud fra en følelse af, at det kunne give unødige besværligheder at tage det op. Åbnes der her en fri opsigelsesmulighed, ville det give den ene part en uheldig adgang til at »gemme« en del af sine overenskomstproblemer til et tidspunkt, hvor den anden ikke har noget at sætte op over for opsigelsen. Modsat vil det ofte være betænkeligt at integrere kutymen helt i overenskomsten uden at det således skabte tillæg har baggrund i regelrette overenskomstforhandlinger.

Hvor begge parter således må bære en del af risikoen for, at kutymens fremtid ikke har fundet en afklaring på det tidspunkt, hvor man normalt gør status over sit indbyrdes retsforhold, vil det altså være lige så urimeligt at tillade en fri opsigelighed, som det vil være at knytte kutymen totalt til overenskomsten. I begge tilfælde ville den ene part blive favoriseret unødigt. Løsning nr. 2 synes derfor også netop at passe i det grænseområde, hvor kutymen ikke er klart i strid med overenskomsten, og hvor der heller ikke er tale om et klart fortolkningstilfælde. Her vil der være megen fornuft i at tillade den »tilbageførelse« af situationen til tidspunktet for kutymens opståen, som der i realiteten er tale om, når man tillader en opsigelse

uafhængigt af overenskomsten, men kun til dennes udløbstid. Ingen af parterne vil herefter med rette kunne føle sig forbigået, idet det problem, der hidtil har været løst ved kutymen, må finde sin afgørelse på nøjagtigt samme måde som hvis denne aldrig havde eksisteret, d.v.s. på den måde som udfaldet af overenskomstforhandlingerne tilsiger.

Retspraksis indeholder heller ikke klare anvisninger på, hvad der er afgørende for, om kutymen kan opsiges frit i overenskomstperioden.

Udgangspunktet for afgrænsningen mellem på den ene side de nævnte løsninger nr. 1 og 2 og på den anden side løsning nr. 3 er tydeligvis en konkret vurdering af det rimelige i at knytte pågældende praksis sammen med overenskomsten. Men det er også tydeligt, at man har vanskeligt ved at udfælde grundlaget for denne vurdering i enkle formler. Det kan derfor ej heller undre, at de anførte begrundelser undertiden anvendes i såvel den ene som den anden retning.

For at knytte kutymen til overenskomsten taler flere forhold.

Klarest står de tilfælde, hvor overenskomstbestemmelsen er tvivlsom eller har karakter af rammebestemmelse og således nødvendigvis må undergå en yderligere udbygning gennem fortolkning og udfyldning. Det vil her være helt naturligt at søge støtte i den kutyme, der udvikler sig på grundlag af bestemmelsen, hvorved kutymen let bliver en uadskillelig del af overenskomsten ¹⁰¹. Dette gælder ikke mindst, hvis en ændring af kutymen i overenskomstperioden ville indebære ændring af overenskomstens løn- eller andre vilkår ¹⁰².

Beslægtet hermed er de tilfælde, hvor den part, imod hvem kutymen rettes, måtte være forberedt på, at den fik aftalekvalitet. Desto større anledning den part, som gør kutymen gældende, har haft til at opfatte tingenes tilstand som accepteret af modparten, desto mere naturligt vil det også være at anse denne tilstand for at være en del af overenskomsten. Man kan her igen henvise til den begrundelse, der kan ligge i, at spørgsmålet ikke er blevet taget op under overenskomstforhandlingerne eller iøvrigt påtalt, eller i at det er blevet rejst men frafaldet igen ¹⁰³.

Efter omstændighederne vil der dog også – eller alene – blive lagt vægt på

101. Se f. eks. FVK 1/6-56 og sag 4967, 3161, 2190.

102. Sag 4967.

103. FVK 10/3-28, 9/6-33, 20/6-35, 3/10-50, 14/9-51, 6/6-52, 31/10-60.

kutymens alder ¹⁰⁴ og fasthed ¹⁰⁵. Og undertiden anvendes tillige løsere begrundelser, såsom *at* praksis ligger »inden for overenskomstforholdets rammer« ¹⁰⁶, *at* saglige grunde taler for den fremgangsmåde, som ligger i kutymen ¹⁰⁷, *at* særlige forhold knytter den således til overenskomstforholdet, at den må antages at være indgået som led i denne ¹⁰⁸, og *at* der var tale om en tiltrængt uddybning eller supplerings ¹⁰⁹. Ligeledes *at* der er tale om et »naturligt supplement« ¹¹⁰, *at* ordningen indgår som »fast led i den normale aflønning« ¹¹¹ eller er blevet en selvstændig regel (om lønudbetaling i arbejdstiden) ¹¹². Praksis antyder endelig også meget naturligt, at der stilles mindre strenge krav for at anse kutymen som knyttet til overenskomsten, når der dog tillades fri opsigelighed i tilknytning til dennes udløb¹¹³.

Det, der heroverfor taler for at tillade en fri opsigelighed uafhængigt af overenskomsten og dennes udløbstid, vil naturligvis være graden af tydelighed, hvormed kutymen strider mod overenskomsten, eller i hvert fald går ud over, hvad denne forudsætter¹¹⁴. Er der tale om en sådan modstrid, skal der, som udtalt f.eks. i sag 4116, særlige grunde til at antage, at kutymen er indgået som led i overenskomsten.

Som nævnt flere gange er det imidlertid vanskeligt at afgøre, om modstrid er til stede, og det hjælper her næppe heller meget som i FVK 3/10-50 at lægge vægt på, om der er en *klar* modstrid¹¹⁵. Man benytter sig derfor jævnligt af støtteargumenter for at nå det resultat, dommeren fornemmer er det rigtige. I denne forbindelse er der f.eks. lagt vægt på den omstændig-

104. FVK 27/8-24, 10/3-28, 9/6-33, 24/5-34, forudsætningsvis 8/6-49, 14/9-51, 10/10-51, 31/10-60, 12/12-72 samt sag 756.

105. FVK 31/5-76 forudsætningsvis.

106. FVK 31/10-60.

107. FVK 9/6-33.

108. FVK 23/6-58 forudsætningsvis og 15/6-59 forudsætningsvis.

109. FVK 1/6-43 forudsætningsvis.

110. FVK 10/10-51.

111. FVK 20/11-69.

112. FVK 21/9-62.

113. FVK 21/9-62, 20/11-69, 12/12-72.

114. Se hertil FVK 30/11-32, 19/2-37, 30/8-37, 1/6-43, 30/4-43, 15/9-54, 28/6-56, 30/4-64 samt sag 4116.

115. Se også f. eks. FVK 27/8-24, der knytter en kutyme, der gik ud over en klar overenskomstbestemmelse til overenskomsten.

hed, at kutymen kun vedrører en enkelt eller få virksomheder^{116, 117}. Og kan der påvises forhold, som i særlig grad gør det klart for den part, der hævder en afvigende kutyme, at overenskomstbestemmelsens regel reserveres, vil dette naturligvis også kunne påvirke afgørelsen. FVK 2/7-47 tillægger det således betydning, at overenskomsten forgæves var søgt ændret, og FVK 2/7-47 og 17/10-49 lægger vægt på, at overenskomstens regel stadig var blevet gentaget ved overenskomstfornyelserne.

Sammenfattende må man nok sige, at retspraksis ikke er så omfattende, og de afgørelser, der foreligger, heller ikke tilstrækkeligt nuancerede til, at det i grænsetilfældene med sikkerhed kan siges, hvornår der foreligger fri opsigelighed. Generelt er det dog tydeligt, at man uden for de tilfælde, hvor kutymen er i klar modstrid med overenskomsten, vil lægge nogen vægt på, om den, imod hvem den rettes, har større eller mindre medskyld i, at den har udviklet sig, således at der er en vis rimelighed i at lade ham bære en del af risikoen for, at den er blevet en egentlig overenskomstforudsætning for den anden part.

Litteraturen udviser som refereret ovenfor en vis tilbøjelighed til at fastslå eksistensen af det særlige institut: den arbejdsretlige kutyme i tilfælde, hvor virkningerne af praksis ikke uden videre kan bringes ud af verden. Dette gjaldt i fortolkningstilfældene, og det gælder, hvor den pågældende praksis evt. går på tværs af overenskomsten.

Det er da også rigtigt, at de afgørelser, der anerkender betydningen af en praksis på tværs af arbejdsgiverens ret i henhold til overenskomstens ordrette tekst, ledelsesretten eller andre grundfæstede arbejdsretlige principper, jævnligt konstaterer, at kutymen eller »ordningen« er til stede for derefter at anordne det passende opsigelsesvarsel¹¹⁸. Evt. paralleliseres der her til andre særaftaler, som anses opsigelige på denne måde¹¹⁹.

Netop afgørelsernes stilling til opsigelsesproblemet er imidlertid ofte egnet til at skabe tvivl om det korrekte i den anførte betragtningsmåde.

Om man med rimelighed kan konstatere eksistensen af et særligt retsin-

116. FVK 1/6-43, 6/10-49, 27/6-56, 28/6-56, 15/9-54.

117. Ligeledes vil naturligvis det konkrete moment, at den ikke er knyttet til en aftale eller overenskomst (FVK 25/5-76), være af betydning.

118. Se således FVK 30/11-32, 30/4-43, 2/7-47, 20/3-48, 9/5-48, 30/6-48, 6/10-49, 17/10-49, 28/12-50, 12/3-51, 30/9-52, 19/10-53, 15/9-54, 27/6-56, 23/6-58, 15/6-59, 8/7-59, 23/7-59, 11/1-62, 31/5-66, 14/6-67, 31/8-76.

119. FVK 1/2-45.

stitut ud fra den omstændighed, at en sædvanlig fremgangsmåde i visse tilfælde ikke uden videre kan elimineres, er vel en smags sag.

For de kutymers vedkommende, som fraviger overenskomsten, må man ikke være blind for, at der dybest set blot synes at være tale om en anerkendelse af det almindelige arbejdsretlige princip, hvorefter ændring i etablerede positioner udkræver en vis tilpasningstid. Det er her nok værd at mærke sig formuleringen af de kendelser¹²⁰, der går over temaet: Uanset den mangeårige ordning må man være berettiget til med passende varsel at kræve overenskomstens bestemmelse gennemført. Og det er forsåvidt i god harmoni med denne betragtningsmåde, at tilvænningsfristen (altså varslet) vil være forskellig alt efter hvor indgroet vanen er, og at der altså endog kan blive tale om en pligt til omgående tilbagevenden til overenskomstmæssige forhold efter påkrav, hvis den afvigende praksis er af ganske ny dato¹²¹.

Denne særlige virkning af langvarig praksis lader sig måske endnu bedre illustrere gennem de afgørelser, der tager stilling til praksis i arbejdstagerens disfavør. Også her anerkendes det e.o., at der må finde en opsigelse sted med passende varsel¹²² – måske endog, hvis man ligger i grænseområdet for fortolkningstilfældene, kun i tilknytning til overenskomstens ophør¹²³. Men det kan også tænkes, at ordningen ophører straks. Som det udtales i FVK 6/9-41: »Hvis Overenskomstbestemmelsen utvetydigt uden Undtagelse og uden Forbehold hjemler Arbejdstagerne bestemte Rettigheder, vil selv den Omstændighed, at Virksomheden i en lang Aarrække har undladt at overholde Overenskomsten, ikke bevirke, at den bliver fritaget for at overholde den for Fremtiden«. Eller måske endnu klarere i FVK 4/2-72, der fastslår, at den omstændighed, at arbejdstagerne af forskellige grunde har affundet sig med, at et klart hjemlet tillæg ikke blev betalt, ikke kan skabe en kutyme, der må respekteres, indtil opsigelse sker, men at ordningen tværtimod må kunne bringes til ophør med øjeblik-

120. Se f. eks. FVK 2/7-47, 9/5-48 og 30/6-48.

121. Se som illustration FVK 30/4-43, hvor praksis havde bredt sig til flere afdelinger, hvorfor dens virkninger kunne bringes ud af verden straks i den afdeling, hvor den først for nylig havde fundet indpas. Se også FVK 17/10-69: »under hensyn til den lange årrække kutymen har været fulgt, findes varslet at burde fastsættes til 3 måneder«. I særlige tilfælde vil der også nok kunne blive tale om et relativt langt varsel, se f. eks. FVK 26/3-66.

122. Se f. eks. FVK 30/8-37 og 19/2-37.

123. Se f. eks. FVK 10/3-28.

kelig virkning. Det kunne i disse tilfælde med lige så god ret hævdes, at kutymen dog eksisterede, da den havde den faktiske virkning, at efterbetaling var udelukket. Men det praktiske er, at man under hensyn til arbejdstagernes passivitet almindeligvis afskærer denne efterbetaling, hvilket iøvrigt er i god harmoni med principperne for bodsudmålingen ved arbejdsgiverens overenskomstbrud, når arbejdstagerne har haft en vis medskyld i, at situationen har fået lejlighed til at udvikle sig i strid med overenskomsten ^{124, 125}.

Og heller ikke den omstændighed, at en praksis kan blive afgørende for overenskomstens forståelse eller på anden måde indgår i denne, og at opsigelse af sådan praksis ikke kan finde sted særskilt, synes at begrunde anerkendelsen af omtalte institut. Man kunne i så fald lige så vel opstille særlige betingelser for, at de øvrige bidrag til overenskomstens anvendelse får virkning i så henseende og herefter rubricere disse bidrag som selvstændige retsinstitutter.

f) Kutymen uden kollektiv overenskomst?

I »Grundregler i dansk Arbejdsret« ¹²⁶ rejses det spørgsmål, om man kan tænke sig bindende kutymen i tilfælde, hvor der ikke foreligger en kollektiv overenskomst.

Der henvises herved ganske rigtigt til, at spørgsmålet kun har været fremme i FVK 25/5-76, hvor der imidlertid var enighed om, at der forelå en kutyme, hvilket selvsagt ikke er noget godt grundlag at gå ud fra.

Derimod synes spørgsmålet om kutymemæssig anvendelse af en primær-overenskomst, der ikke er direkte gældende mellem parterne, f.eks. en udenforstående arbejdsgivers anvendelse af fagets hovedoverenskomst, at være opstået ret jævnlige. FVK 26/3-66 fastslår eksempelvis, at der ikke gjaldt nogen overenskomst for de i en virksomhed beskæftigede fragtbilchauffører, som imidlertid rent faktisk var blevet lønnet efter overenskomsten for rutebil- og omnibuschauffører i en periode på små 7 år. Der fandtes herved skabt en kutyme, som dog kunne opsiges med passende varsel, se en parallel funktion af kutymen i sag 2765. Og FVK 31/5-63 anerkender også, at der kan foreligge en bindende kutyme for anvendelsen

124. Se hertil iøvrigt sag 1281 og FVK 30/3-77.

125. Dette er en pendant til at en foreliggende praksis i lønmodtagernes favør ligeledes e.o. vil kunne afskære arbejdsgiveren fra at få pålagt en bod, se hertil f. eks. sag 5510 og 1870.

126. 7. udg. p. 47.

af en overenskomst, der ikke er direkte gældende mellem parterne^{127, 128}.

Uden for kutymens egentlige område befinder sig endelig de mange sager, hvor en gennem mange år fulgt praksis har været en medvirkende årsag til, at der antages skabt et egentligt overenskomstmæssigt forhold mellem parterne¹²⁹.

Det er lidt vanskeligt at se, hvad der tænkes på når der i »Grundregler i dansk Arbejdsret« tales om kutymen, som står uafhængigt af en kollektiv overenskomst. Men man må gå ud fra, at det spørgsmål, der stilles er, hvorvidt der kan tænkes et kutymemæssigt selvstændigt retsgrundlag af overenskomstkvalitet, og som derfor f.eks. kan sanktioneres ved Arbejdsretten og dækker en ubestemt kollektivitet af lønmodtagere, uden at den enkelte for at påberåbe sig kutymen behøver at have holdepunkter herfor i individualaftalen¹³⁰.

På den ene side kan det hævdes, at når der i tilknytning til en eksisterende overenskomst kan skabes kutymemæssige goder, som er aldeles uafhængige af og ikke har nogen nødvendig sammenhæng med denne, må der også uden kollektiv overenskomst kunne etableres sådanne fordele.

Her over for kan det indvendes, at det ikke er teknisk muligt at have et frit i luften svævende retsgrundlag af overenskomstkvalitet. uden at dette i sig selv bliver til en egentlig overenskomst. Det er i god harmoni hermed, at Arbejdsretten, når konsekvenserne af brud på kutymen anordnes, anskuer disse som et led i overenskomstforholdet¹³¹. Brud på kutymen bliver derved til brud på overenskomsten, og det ville vistnok være svært at

127. Se i denne forbindelse også FVK 28/10-63 og sag 575, 1206, der forkaster sådan praksis som bindende.

128. Et mellemtilfælde foreligger i FVK 23/10-28, hvor den overenskomst, i tilknytning til hvilken der var etableret en kutyme, var udløbet, men hvor arbejdet var fortsat på overenskomstmæssige vilkår.

129. Se således herved sag 991, 1901, 3227, 1140, 5202, men heroverfor sag 5108, 3690, 1776. Sag 1524 antager, at overenskomst må anses for etableret derigennem, at virksomheden fra første færd og siden bestandig havde rettet sig efter fagets overenskomst. Ofte vil det dog tillige være af betydning, om der foreligger andre momenter såsom positive tilsagn, den omstændighed at parterne har forhandlet med primæroverenskomsten som grundlag eller lignende. Iøvrigt sag 7870.

130. Der ses her bort fra, at sædvaner og praksis naturligvis kan have en virkning i det individuelle arbejdsforhold, jfr. neden for c.

131. Se således sag 5170: Til overenskomstforholdet hører også almindelige fagretlige eller specielt fagretlige forudsætninger for overenskomsten, som udfylder eller supplerer denne.

forestille sig kollektivarbejdsretligt ansvar for brud på en kutyme, uden at der var nogen grundlæggende egentlig overenskomst¹³².

Bortser man fra FVK 25/5-76, opstår problemet, som det fremgår af de omtalte afgørelser, tilsyneladende rent praktisk oftest som et led i spørgsmålet om, hvornår kollektiv overenskomst overhovedet kan antages at være etableret mellem parterne. Man ligger altså i det område, hvor det drejer sig om at konstatere eksistensen af en »stiltiende« forpligtelse derved, at arbejdsgiveren har fulgt en overenskomst under sådanne omstændigheder, at den må anses for tiltrådt¹³³. Men her er man principielt inde i et egentligt overenskomstforhold med de følger, dette har, bl.a. i henseende til opsigelse¹³⁴.

Antages det, at overenskomsten ikke kan anses for stiltiende tiltrådt, men alene hvilende på kutyme, opstår der et problem omkring muligheden for at opsiges denne uafhængigt af den pågældende overenskomsts udløbstid.

Retsafgørelserne i dette spørgsmål er nok for fåtallige til at begrunde konklusioner. FVK 26/3-66 fandt ikke fuldt tilstrækkelig grund til at lade opsigelsesvarslet fastsætte til udløbet af en overenskomstperiode og tillader altså en fri opsigelighed. FVK 31/5-63 statuerer derimod, at der gennem den fulgte praksis er »opstået en tilstand, som nøje svarer til et overenskomstforhold«, og fastslår, at den ene part herefter ikke ved en ensidig erklæring efter overenskomstfornyelsen kan begrænse overførelsen af dele af primæroverenskomsten til deres område.

Det er nok farligt at lade sig gribe af alt for teoretiske overvejelser over, hvorvidt kutymemæssige eller andre synspunkter skal lægges til grund for anvendelsen af overenskomstens regler. Afgørende herfor må i det hele blive, *hvad* den pågældende praksis, som begrunder denne anvendelse, går

132. I sag 2037 blev et strejkevarsel kendt ugyldigt under hensyn til at det omtvistede spørgsmål - tillægsbetaling for særligt arbejde - var løst gennem kutyme, der havde rod i en aftale med arbejderne. Men her var praksis kendt og tolereret af arbejderorganisationen og blev derfor anset for at være en del af overenskomsten.

133. Se herom Illum »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 86 f og Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret« 2. udg. p. 78 ff. Om spørgsmålet om hvorvidt det stiltiende løfte går på, at overenskomsten vil blive fulgt i den til enhver tid foreliggende skikkelse eller ej, se diskussionen mellem Drachmann Bentzon og Illum i U 40 B/49 f og 111 - nu suppleret med FVK 31/5-63, der antyder, at en part for at fri sig for konsekvenserne af overenskomstfornyelsen må sige fra i tide.

134. Se eksempelvis sag 1509, 1524.

på. Angår den hele overenskomsten, er det naturligt at afskære den frie opsigelighed og konstituere en egentlig tiltrædelse. Er der derimod alene tale om en partiel anvendelse, som ikke kan tages til indtægt for total tiltrædelse, taler man mere passende om forpligtende kutyme herfor, suppleret med fri opsigelighed.

Men uanset hvorledes forholdet anskues, mister kutymen altså sin identitet og opløser sig i en undersøgelse af, hvad det er for overenskomstmæssige regler, der kan antages at være kommet til eksistens mellem parterne.

g) Forhåndsdispositioner over kutyper?

De arbejdsretlige kutymedannelser kan i sagens natur have meget forskelligartede konsekvenser, hvorfor der naturligvis også vil være delte meninger om rimeligheden i at lægge vægt på dem. Oftest opfattes det vel nok som en fordel, at overenskomsterne smidiggøres i overensstemmelse med praksis, men der er også eksempler på, at man finder, at muligheden for forpligtende kutymedannelse udgør en usikkerhedsfaktor, som parterne er bedst tjent uden.

Inden for et af de større erhvervsområder vedtog man derfor i sin tid, at der overhovedet ikke kan skabes kutyper, som fraviger eller supplerer overenskomstens bestemmelser¹³⁵.

Flere forfattere har rejst tvivl om, hvad en vedtagelse af denne art egentlig indebærer¹³⁶. Og man må da også medgive, at en sådan aftale kan virke meningsløs. Når det anerkendes, at kutymen kan få betydning på tværs af overenskomsten, må dette også gælde i relation til bestemmelser, der fastslår det modsatte. Aftalen om, at der ikke kan skabes kutyper, kan derfor højst tjene til at begrænse parternes muligheder for at opbygge de forventninger, der forhindrer, at ordningen kan bringes ud af verden fra den ene dag til den anden.

Derimod vil det naturligvis ligge inden for mulighedens grænse at vedtage opsigelsesvarslet for kutyper. Men dette varsel behøver næppe heller i alle tilfælde mod den ene parts protest at kunne gøres gældende i relation til sådanne kutyper, som er aldeles integrerede fortolkningsbidrag til overenskomstens bestemmelser.

135. Se nu overenskomst 1977 mellem Industrifagene og SID/Kvindeligt Arbejderforbund, § 52 stk. 4.

136. Se således »Grundregler i dansk Arbejdsret« 7. udg. p. 47 og U 75 B/312. Se iøvrigt FVK 30/3 77.

h) Konklusioner

Det fremgår altså, at man ved fastlæggelsen af overenskomstens virkning lægger vægt på den praksis, som faktisk måtte have udviklet sig for dens anvendelse. En nærmere gennemgang af årsagerne hertil begrundet imidlertid næppe opstillingen af et sæt generelle betingelser for, hvornår praksis har nået en kvalitet, der begrundet anerkendelsen af denne virkning. »Overenskomstkutymen« er således ikke noget entydigt fænomen og bør næppe heller opfattes som et nyt kollektivarbejdsretligt retsgrundlag med dertil knyttede særlige opsigelsesregler. Tværtimod må den formentlig nedprioriteres til det, der i virkeligheden er tale om: en indgangsnøgle til visse almene, retlige foreteelser.

De af Rise i »Faglig Voldgift« p. 109 opregnede betingelser »for at kutyme kan anses at foreligge« (varigheden, fastheden, følelsen af retlig forbundethed) antager da også ved nærmere overvejelse blot karakter af momenter, der taler for den ene eller den anden løsning. Varigheden af praksis er således et blandt mange forhold, der kan begrunde forventninger som e.o. vil virke retsstiftende. Men hvor lang tid kutymen skal have eksisteret for at få denne virkning afhænger helt af, hvilke omstændigheder der iøvrigt støtter resultatet, og af hvilken retsstiftende virkning der tilsigtes. Og at kutymen må være fast, klar og entydig, samt at den skal være fulgt i almindelig grad, turde være en indlysende konsekvens af, at der ellers ikke kan tales om en praksis. Men også her ser man, at kravet kan svækkes eller forstærkes, alt afhængigt af hvilke andre omstændigheder der ligger i sagen, herunder afhængigt af varigheden af den pågældende praksis. At endelig praksis for at konstituere kutyme skal være fulgt ud fra en følelse af retlig forpligtelse, er, som det vil fremgå af gennemgangen af retsafgørelserne, en problematisk slutning. Rise modificerer da også kravet herom ved at sige, at det er tilstrækkeligt »at hver af parterne har givet modparten det berettigede indtryk, at den herskende praksis er forpligtende«¹³⁷. Men selv i denne form kan betingelsens selvstændige betydning være tvivlsom. Dels vil den omstændighed, at der foreligger en varigere praksis, i sig selv ofte give indtryk af, at der er tale om et retskrav, og dels er betingelsen i den modificerede form jo blot udtryk for en almindelig aftaleretlig funktion, der ikke kræver særlig begrundelse. Helt generelt kan endelig anføres, at de krav, der opstilles for at anerkende kutymens betyd-

137. »Faglig Voldgift«, 3. udg. p. 116.

ning, tydeligvis afhænger stærkt af, hvilken betydning der tænkes på. F.eks. vil man være mere tilbøjelig til at anerkende virkningerne af praksis, når der tillades en friere opsigelse, end når praksis søges kædet sammen med overenskomsten.

De problemer, eksistensen af en faktisk praksis rejser, lader sig altså næppe løse ud fra formler opstillet i lyset af eksistensen af et særligt retsinstitut: overenskomstkutymerne. Omvendt vil sådan praksis til enhver tid få den betydning, som en konkret vurdering af de heri liggende momenter tilsiger¹³⁸. Det ville måske derfor være på sin plads kort at sammenfatte disse.

Kutymedannelsernes mest oplagte område var de tilfælde, hvor overenskomsten kan forstås på flere måder, hvor den efter sin formulering overlader en del af retsdannelsen til praksis (f.eks. i form af de ovenfor under a) nævnte rammebestemmelser), eller hvor de udtrykkelige vedtagelser imellem parterne er ukomplette derved, at de ikke tager stilling til løsningen af alle de problemer, der flyder af den omstændighed, at spørgsmålet er overenskomstreguleret. Det, der karakteriserer disse tilfælde, er altså dels sandsynligheden for, at en praksis udvikler sig, og dels nødvendigheden for en løsning derved, at den ordrette bestemmelse vanskeligt kan administreres i det daglige arbejdsliv, uden at der tages stilling til problemet.

Begrundelsen for at lægge vægt på den faktisk fulgte fremgangsmåde forekommer i dette perspektiv relativt klar. Retspolitisk ville det være yderst uheldigt, om de overenskomstmæssige tomrum fik lov at henstå udækkede, da det overordnede mål, etableringen af arbejdsfred, derved ville blive uopretteligt kompromitteret. Eksisterede kutymen allerede på tidspunktet for overenskomstindgåelsen, er det således nærliggende at hævde, at den udgør en klar overenskomstforudsætning, som man i mangel af tydelig stillingtagen i anden retning har henholdt sig til.

Men når overenskomsten iøvrigt med den modstående aftaleberettigede parts vidende og uden dennes protest sættes i værk i henhold til en bestemt forståelse, turde formodningen i det hele meget hurtigt blive for, at dette var hvad parterne tilsigtede omend ikke udtrykkeligt formulerede. Hvor hurtigt denne formodning vil slå igennem afhænger naturligvis i nogen grad af, hvor praktisk spørgsmålet er, og af hvilken opfordring der iøvrigt har

138. Dette resultat synes at ligge tættest på det Jens Buhl lægger op til i U 64 B/204 ff.

været til at reagere. Resultatet kan altså f.s.v. også anskues som en konsekvens af almindelige kontraktsretlige principper om reklamation ved misligholdelse samt om passivitetsens forpligtende virkning, i hvilken forbindelse der netop i de her behandlede forhold er særligt behov for at pålignende parterne en udvidet risiko for, at praksis udvikler sig¹³⁹.

Bevæger man sig væk fra det område, som er åbent for fortolkning og nødvendig supplerende, skifter begrundelsen. Også her kan praksis ganske vist optræde under omstændigheder, der giver den en vis aftalekvalitet. Men jo skarpere modstriden er mellem kutymen og overenskomstbestemmelsen, desto strengere bliver kravene til de momenter, der kan tages til indtægt for denne kvalitet, og desto vanskeligere bliver det altså at lægge kontraktssynspunktet til grund. Efter hvad afgørelserne viser, skal modstriden dog være meget stærk, for at en fæstnet praksis bliver helt uden betydning. Begrundelsen herfor må imidlertid ofte søges andetsteds, nemlig i det inden for arbejdsretten udbredte ønske om ikke at gribe for pludseligt ind i tilvante forhold. I lyset af dette ønske får netop indarbejdede fremgangsmåder en særlig betydning.

Endelig kan eksistensen af praksis jo naturligvis motivere en nedsættelse af det bodskrav, der ellers måtte kunne rejses i anledning af overenskomstbrud. Denne funktion er en konsekvens af bodsreglerne¹⁴⁰.

Det, som giver den faktiske praksis dens betydning, er således et glidende spekter af momenter: bodsystemet, løftereglerne, ren risikoafvejning, den arbejdsretlige sætning om at forandringer kræver tilvænnelse m.v. Under indtryk heraf mister kutymen sin selvstændige identitet og udkrystalliserer sig i retlige fænomener, der ganske vist er karakteriseret ved en fælles baggrund, men som vanskeligt lader sig udfælde i et selvstændigt retsinstitut. Derfor er der næppe heller anledning til at opretholde en terminologi, der reserverer kutymens begreb for de tilfælde, hvor praksis

139. Illum søger at finde begrundelsen for disse kutymers bindende virkning i den omstændighed, at parterne ved overenskomstens fornyelse eller indgåelse i mangel af positiv stillingtagen må anses for at have henholdt sig til det faktisk almindelige, samt at en part må være bundet til den måde, på hvilken overenskomsten første gang er sat i værk. (»Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 111). Se også Rise i »Faglig Voldgift«, 3. udg. p. 108, der mener, at ingen af parterne i lyset af fredspligtprincippet har nogen interesse i, at flere spørgsmål end absolut nødvendigt henstår som uregulerede.

140. Folke Schmidt vil endelig (»Faglig Arbetsrätt« p. 153) begrunde den betydning, kutymen kan have i et præklusionssynspunkt støttet på organisationernes forpligtelse til at holde sig underrettet om almen praksis på arbejdspladserne. Der er vel her i sin rod tale om en begrundelse, der er parallel til det oven for hævdede risikosynspunkt.

anerkendes som værende af retlig betydning eller iøvrigt har nået et vist udviklingsstadium. Dette ville ej heller harmonere med afgørelserne, der i meget vid udstrækning anvender udtrykket selv i situationer, hvor man inden for den almindelige obligationsret ville udvise forsigtighed med en så værdiladet betegnelse.

Diskussionen om kutymens betydning viser imidlertid klart, hvilke vanskeligheder udenforstående – det være sig enkelte lønmodtagere eller domstolene – kan have ved at fastlægge virkningen af en kollektiv overenskomst i et individuelt arbejdsforhold. Ikke blot kan de direkte formuleringer, som nævnt tidligere, lede til et andet resultat end det faktisk gældende. Men den trykte tekst kan som påvist her også på helt centrale punkter være suppleret på en måde, som ikke lader sig erkende af andre end de parter, der er direkte involveret i overenskomsten.

c. Sædvaner, kutymers, praksis, skik og brug.

Også uden for området for de ovenfor skitserede overenskomstkutymers spiller det, der med skiftende udtryk kaldes sædvaner, kutymers, praksis, skik og brug o.l., en rolle.

Folke Schmidt har¹⁴¹ sammenlignet det svenske arbejdsretlige system med et hav, hvori den spredte lovgivning udgør øer og skær. Samme forhold gør sig i vid udstrækning gældende herhjemme. Der er derfor ikke mindst uden for overenskomstområderne behov for et retsgrundlag at falde tilbage på.

Der er her flere muligheder til stede, men en af de mest nærliggende er naturligvis at lægge vægt på herskende sædvaner og praksis af forskellig art m.v.

I ældre tid var dette moment af stor betydning. Tyendelovens område var ligefrem knyttet til den sædvanemæssige opfattelse af tyendebegrebet. Og retsafgørelserne uden for denne lov henholdt sig i mangel af andet meget naturligt ofte til det sædvanligt gældende i tilsvarende arbejdsforhold og/eller inden for det pågældende geografiske område¹⁴². Denne løsning anvendes lejlighedsvis stadigvæk.

Man finder også i arbejdsmarkedslovgivningen spredte henvisninger til momenter af sædvaneretlig karakter. Som eksempler kan nævnes ferielovens § 4, hvor det fastslås, at denne lov ikke indskrænker videregående ferieret

141. »Kring Tjänsteavtalets Rättskällor« (i »Et Minneskrift«, 1957) p. 204 f.

142. Se herom i det hele fremstillingen af det historiske udviklingsforløb neden for i afsnit IV.

efter sædvane, medhjælperlovens § 5, der i mangel af anden aftale giver medhjælperen ret til den løn, som er sædvanlig for medhjælpere i lignende stilling, og kommissionslovens § 86, der giver den handelsrejsende i tjenesteforhold de rettigheder og pligter over for handelshuset, som er aftalt eller følger af »handelsbrug«.

I det hele indtager sædvanen som retskildefaktor ofte en væsentlig plads i den almene opfattelse af, hvad der er afgørende for tjenestekontraktens indhold^{143, 144}.

I retskildelæren opstilles gerne bredere sætninger om baggrunden for og værdien af et sædvaneretligt grundlag. Og inden for aftaleretten har man søgt at udfælde betingelserne for, at momenter af denne art kan tjene til udfyldning af kontrakter¹⁴⁵.

Allerede her sløres imidlertid billedet af sædvanen som entydigt begreb og som egentlig retskilde, og man glider ofte over i hvad der nærmest må opfattes som begrundelser for de påviste resultater – en funktion der nærmer sig den, som alle andre retlige overvejelser har. Man kunne også sige, at henvisninger til sædvaner, kutyper, skik og brug m.v. i virkeligheden ofte kan læses som sådanne led i begrundelsen, der hentes i den sædvanlige fremgangsmåde, hvorved man kommer over i overvejelser, der er parallelle til de ovenfor nævnte vedrørende overenskomstkutyperne.

En af årsagerne til, at konturerne af sædvanens retlige betydning fremstår så relativt uskarpt, er givetvis, at man har søgt at iklæde sådanne begrundelser, som bæres af fælles træk, den samme kappe i form af et generelt begrebmæssigt indhold. Et sådant indhold lader sig naturligvis kun fastslå i meget begrænset udstrækning, fordi der henvises til sædvanen under de mest forskelligartede omstændigheder: i og uden for aftaleforhold og i kontrakter af vidt forskellig art.

143. Se f. eks. også udtalelsen i folketingsbetænkningen af 6/4-1938, der lå til grund for funktionærloven: »Flertallet har ikke ment det paakrævet at søge opstillet detaljerede Bestemmelser om Funktionærens og Arbejdsgiverens indbyrdes Retsforhold iøvrigt. Disse Spørgsmaal maa fortsat finde deres Løsning gennem Enkeltaftaler, Sædvaner og Domsafgørelser«. Se også Paal Berg, »Arbejdsrett« p. 53, der anfører, at aftalen på vanlig måde må udfyldes med, hvad der følger af skik og brug for arbejde af den pågældende art - en formel der kunne benyttes, og i litteraturen er benyttet, hvor et primært retsgrundlag for løsning af det konkrete problem ikke foreligger.

144. Også i fremmede fremstillinger nævnes sædvaner og praksis i forskellige afskygninger i gennemgangen af ansættelsesforholdets grundlag, se f. eks. Alfred Hueck og H. C. Nipperdey: »Grundriss des Arbeitsrechts«. p. 50 og G. H. Camerlynck og Gérard Lyon-Caen: »Droit du Travail«, p. 40 f.

145. Se til det sidste navnlig H. Ussing, »Aftaler«, 3. udg. p. 439.

Det vil så meget desto mere være nytteløst at forsøge at opstille sætninger for sædvanens betydning i tjenestekontrakter på basis af den almindelige sædvaneret. Og netop i arbejdsforhold er det måske særligt svært at udskille regelmæssigheder for den rolle, sædvaner og praksis spiller. Dels er behovet for et sekundært retsgrundlag for afgørelserne i sig selv meget skiftende og dels henvises der jævnligt kun til disse momenter, hvis man derved støtter det socialt afbalancerede resultat, som tilstræbes. Anvendelsen får derved en noget flaksende karakter.

Momentet kommer dog frem i flere forbindelser.

Først og fremmest vil den faktisk fulgte praksis i det *konkrete* tjenesteforhold jævnligt være afgørende for dettes retsvirkninger. Enkeltkontrakterne er ofte meget ufuldstændige i forhold til de problemer, der rent faktisk opstår i et løbende mellemværende af denne art. Ikke mindst i dette lys er den måde, kontrakten faktisk administreres på, egnet til at skabe forventninger hos modparten med hensyn til retsforholdets indhold. Denne praksis bliver derved let bindende, rent bortset fra at formodningen uden for de ufravigelige reglers område meget hurtigt vil blive for, at aftalen er indgået eller ændret i overensstemmelse hermed. Mekanismen svarer til den, som gør sig gældende i relation til overenskomstkutymerne, men betydningen af den faktisk fulgte fremgangsmåde er naturligvis større, når man befinder sig inden for det område, der beherskes af en aftalefrihed, der kun begrænses af lovgivningen og ikke også af en overenskomst.

Men også i andre tilfælde vil praksis være egnet til at indgå i aftalen. I mangel af andet vil man således ofte gå ud fra, at parterne har henholdt sig, til det almindelige på det pågældende *faglige område* (nu typisk den kollektive overenskomst), eller i tjenesteforhold af den pågældende *art* (hvad man kunne kalde »*naturalia negotii*«). Eller der lægges vægt på den almindelige praksis i *virksomheden*.

Derimod spiller sædvanemomenter uden sammenhæng med den indgåede aftale næppe nogen større rolle, hvilket igen hænger sammen med retsafgørelsernes udprægede tendens til at søge at finde holdepunkter for den fastslåede løsning i aftalen – eller i hvad parterne i mangel af andet burde have forudsat som udfyldende grundlag for denne.

Alt i alt er det altså næppe relevant at eftersøge generelle linier for sædvanens betydning i arbejdsretten, men den omstændighed, at der på et eller andet område foreligger en kutyme eller praksis, har i det enkelte tilfælde den virkning, situationen kan bære ud fra de retlige overvejelser

over kontraktens art. I denne belysning vil »sædvaneretten« og kutymementet til gengæld spille en væsentlig rolle for vurderingen af retstilstanden neden for under afsnittene III og IV.

d. Afgørelsespraksis

Inden for retslæren henvises ofte til den retskilde, som ligger i retspraksis. Samme forhold gør sig gældende inden for arbejdsretten¹⁴⁶.

Medens man inden for mange andre retsområder, og især inden for kontraktsretten, imidlertid i det væsentlige kun har domstolspraksis at holde sig til, er mulighederne langt flere i arbejdsretlig sammenhæng.

Man befinder sig her i et grænseområde, hvor de almindelige retters muligheder begrænses af mangel på særlig (»fagretlig«) indsigt og af behovet for hurtige og endelige afgørelser, hvilket igen hænger sammen med eksistensen af det retsgrundlag, der ligger i den kollektive overenskomst. Dette har ført til etableringen af specielle retsinstanser – især Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter. Men arbejdsretten har tillige berøringsflader til socialretten, hvor det af mange grunde, bl.a. behovet for hurtige afgørelser og særlige vurderinger samt sagernes mængde, er almindeligt at nedsætte specielle – ofte administrative – organer i lovspørgsmål. Som eksempel herpå kan nævnes det såkaldte Dagpengeudvalg efter loven om sygedagpenge. Selv om der findes andre retsveje er det domstolene, Arbejdsretten, de faglige voldgiftsretter og de administrative afgørelsesorganer der tegner de almindelige udviklingsmuligheder.

Domstolenes virksomhed kræver næppe mange kommentarer. I princippet hører lovfortolkning og anvendelse af individuelle aftaler hjemme her. Det væsentligste problem består således i at trække grænsen for de sager, der må anses for at have et sådant »fagretligt« indhold, at de hører til under Arbejdsretten og de faglige voldgiftsretter. De domstolsafgørelser, der er truffet i grænseområdet, er meget ofte behæftet med tydelige usikkerhedsfaktorer, og den nævnte problemstilling er derfor gjort til genstand for særlig omtale neden for i afsnit III i forbindelse med fremstillingen af de kollektive overenskomsters forhold til den individuelle arbejdsaftale.

Arbejdsrettens¹⁴⁷ kompetence er fastlagt i arbejdsretslovens § 9. Heraf fremgår, at retten pådømmer overtrædelser af kollektive overenskomster

146. Se f. eks. ferielovens § 4 og den oven for i note 143 citerede udtalelse i folketingsbetænkningen af 6/4 1938.

147. Tidligere »Den faste Voldgiftsret« og før dette »Den permanente Voldgiftsret«.

og lovligheden af kollektive kampskridt. Den rolle Arbejdsrettens afgørelser spiller i individualretlig sammenhæng begrænses naturligvis i overensstemmelse hermed. Men det bør erindres, at også kollektive skridt har individualretlig virkning, og at de individuelle rettigheders gennemførelse kan kræve kollektive tiltag. Arbejdsrettens afgørelser er derfor ikke uden interesse i arbejdskontraktretlig sammenhæng, hvortil kommer, at retten ofte præjudicielt vil behandle spørgsmål, der vedrører den enkelte arbejdsaftales indhold.

En væsentlig grund til at nyttiggøre disse afgørelser, hvor det er muligt, er iøvrigt deres meget høje standard. Det hører således absolut til undtagelsen, at de fastslåede resultater ligger uden for rammen af det skøn over rigtigheden, som altid vil stå åbent. Dette skyldes naturligvis bl.a. rettens sammensætning af meget fagkyndige dommere og højt kvalificerede jurister.

Generelt set turde Arbejdsrettens virksomhed iøvrigt være så velkendt og velbeskrevet, at en nærmere omtale heraf er unødvendig.

Det samme kan ikke siges om de faglige voldgiftsretter. Derfor og på grund af voldgiftsinstitutionens løse struktur men centrale placering i det arbejdsretlige system er der anledning til at ofre denne et par særlige bemærkninger.

Voldgiftsretterne – og Arbejdsretten – fungerer ud fra et idegrundlag opstillet af det såkaldte »Augustudvalg«. Dette udvalg blev nedsat i 1908 på foranledning af indenrigsministeren efter en urolig periode på arbejdsmarkedet og med deltagelse af organisationerne her. Opgaven var på grundlag af indvundne erfaringer at forhandle om etablering af voldgiftsdomstole og om bestemmelser til forebyggelse af arbejdskonflikter.

Udvalget tager i sin beretning udgangspunkt i erkendelsen af, at økonomisk krig, arbejdsstandsning ikke er noget egnet middel til at sikre gennemførelsen af allerede indgåede kollektive overenskomster. Herudfra søgte man så at formulere en ordning for retlig afgørelse af retlige stridigheder.

Overvejelserne falder i denne henseende i to led svarende til, at »rets«tvisterne kan udspringe *enten* af en uenighed om overenskomstens forståelse, *eller* af et brud på samme.

For det første, siger man således, kan der forekomme stridigheder mellem den enkelte arbejdsgiver og arbejder om den individuelle arbejdskontrakt – fortjent løn, afskedigelsers berettigelse o.s.v. Disse forhold forekom ikke udvalget velegnede for løsning gennem den almindelige

retspleje (domstolsvejen), som ansås at savne fornøden hurtighed og indsigt i fagretlige regler.

Ved valget af afgørelsesvej noterer man herefter det naturlige i, at arbejderne søger beskyttelse hos organisationen – hvilket iøvrigt menes at være så meget desto mere nærliggende derved, at den enkeltes vilkår ikke blot er dennes privatsag, men en organisationssag. Udvalget fandt derfor, at konkret, organisationsmæssig voldgift måtte være den mest naturlige løsning.

For det andet, hævder udvalget videre, kan der være tale om stridigheder ikke af individuel men af kollektiv karakter, hidrørende fra den almindelige opgave organisationen har med at holde de kollektive overenskomster i hævd. Også i disse tilfælde anses den almindelige retspleje for at være for langsom og lidet kyndig i fagretlige anliggender. Her foreslår man imidlertid etableret en stående, generel voldgiftsret (nu Arbejdsretten).

Den skitserede opdeling er vel (som det iøvrigt også fremgår af de følgende afsnit) ikke ganske dækkende for de behov, som faktisk opstår i praksis. F.eks. kan der dukke stridigheder op mellem organisationerne indbyrdes, som ikke direkte grunder sig på tilsidesættelser af enkeltmands ret, men derimod på, at man i bredere almindelighed må have en afgørelse af, hvad der ligger i overenskomsten. Også denne afgørelse træffes bedst i den organisationsmæssige voldgift – således som der da også skulle blive praksis for ud fra Augustudvalgets senere anvisninger. Et af de afgørende resultater af udvalgets arbejde er således at man opstiller en »Norm for Regler for Behandling af faglig Strid«, indeholdende anvisninger for løsningen af stridigheder angående overenskomstens anvendelse. Denne udgør en standard, eller om man vil, et paradigme, som overenskomstparterne tænkes at kunne indføje i deres respektive aftaler. I henhold hertil skal stridigheder om fortolkning og udfyldning af de kollektive overenskomster principielt afgøres ved en særlig privat voldgiftsbehandling med deltagelse af de parter, som oprindeligt udfærdigede overenskomsten.

Grundlaget for »Normens« bestemmelser er iøvrigt den skitserede erkendelse af nødvendigheden i at nå frem til fredelige løsninger på de tvister som allerede indgæede overenskomster giver anledning til. Således foreskrives ikke blot en ramme for voldgiftsbehandlingen, men også for de bestræbelser, som på sagens tidligere stader skal udfoldes for om muligt at nå frem til en forligsmæssig løsning. Herved bliver Normen samtidig med at den er en processuel standard, også målestok for indholdet af den »fredspligt«, der anses knyttet til overenskomsterne.

Groft sagt er princippet i Normen herefter det, at enhver uenighed af faglig karakter skal

søges bilagt ved mægling og organisationsforhandling efter nærmere retningslinier. Lykkes det ikke på denne måde at opnå enighed, skal sagen, når denne angår forståelsen af en overenskomst, underkastes voldgiftsbehandling efter retningslinier, som ligeledes er nærmere beskrevet. Arbejdsstandsning er således som altovervejende hovedregel afskåret. Dog reserveres retten hertil i visse speielle tilfælde, hvor almindelige regler tilsiger dette: ved betalingsstandsning (i arbejdsretlig betydning), eller når hensynet til lønmodtagerens »liv, ære eller velfærd« afgiver tvingende grund til at indstille arbejdet.

»Augustudvalgets« anvisninger vandt som sagt accept og har siden været generelt gældende i dansk arbejdsret, fæstnet i de kollektive overenskomster og i arbejdsretslovgivningen. Indenfor visse overenskomstområder har man dog på rent teknisk plan valgt fremgangsmåder, der adskiller sig fra udvalgets løsning. Er der imidlertid ikke vedtaget »betrygende« regler til afgørelse af uenighed af faglig karakter, anses efter arbejdsretslovens § 22 bestemmelserne i den til enhver tid mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark aftalte Norm at være gældende. Dette indebærer, at voldgiftsbehandlingens praktiske gennemførelse vel kan variere fra område til område, men trods alt er kædet ind i et fælles idegrundlag på en måde, der giver denne behandlingsvej et rimeligt homogent præg.

Dette præg aflæses på den anden side ikke af Normens ordrette tekst. Således har der gennem tiden fundet en tilpasning sted i praksis, som gør den aftegnede voldgiftsinstitution til et tvivlsomt billede af virkeligheden. Men arbejdsretslovens krav skal da utvivlsomt også i relation til selve voldgiftsbehandlingen alene opfattes som en bred ramme, der sikrer opfyldelsen af visse almindelige retsplejegarantier omkring rettens sammensætning og selve sagsbehandlingen. Herom kan der formentlig tillige hentes værdifuld vejledning i den almindelige lov om privat voldgift.

Voldgiftsretterne består af en ligelig repræsentation fra begge sider og en neutral person som formand og opmand. Der kan være tale om en stående institution med fast opmand, men mest almindeligt er det dog nok, at retten nedsættes ad hoc fra sag til sag. I alle tilfælde vælges opmanden af parterne.

Såfremt enighed om valget ikke opnås, udpeges han af Arbejdsretten, arbejdsretslovens § 22.

Ofte vil opmanden være jurist, men der ses også enkelte tilfælde, hvor fagets almindelige behov tilsiger udpegningen af teknikere, f.eks. en ingeniør eller arkitekt.

I praksis udfyldes opmandsfunktionen i »juridiske« sager for en stor dels vedkommende af en ret snæver kreds af dommere med tilknytning til Arbejdsretten¹⁴⁸. Denne kreds går i parentes bemærket igen også ved andre fagretlige instanser. Der synes iøvrigt at være nogen tendens til at vidtrækkende principielle afgørelser samles på forholdsvis få hænder.

Partsrepræsentanternes (voldgiftsmændenes) funktion under processen kan være flydende. Undertiden er det ligefrem disse, der forelægger sagen, eller de repræsenterer i alt fald de involverede parter, som møder alene, på en meget direkte måde. I andre tilfælde procederes på normal advokatorisk vis, f.eks. af embedsmænd i de implicerede organisationer, medens voldgiftsmændene i højere grad indtager en tilbagetrukket stilling.

Voldgiftskendelsernes kvalitet er svingende men normalt høj. I denne forbindelse obsereres dog, at parternes indlæg ikke altid er så gennearbejdede som det, der kendes ved de almindelige retter og Arbejdsretten. Selv om opmanden normalt udfolder en meget aktiv procesledelse for at nå det materielle rigtige resultat, må kendelserne derfor jævnlige læses med skyldig hensyntagen til, hvad der er bragt frem i sagen, og måske specielt, hvad der ikke er bragt frem.

Praksis fra de faglige voldgiftsretter foreligger ikke trykt. De problemer, som rejser sig heraf, herunder af, at der er tale om private afgørelser, udenfor den almindelige offentlighedsmaksime, og vejene til løsningen af samme, vil ikke være fremmede for arbejdsretlige praktikere i Danmark. For udenforstående kan denne omstændighed imidlertid fremtræde som en betydelig vanskelighed.

Allan Rise har samlet en del af materialet fra de faglige voldgiftsretter i sin bog »Overenskomstfortolkning ved faglig Voldgift«, hvor et stort antal

148. En opgørelse over de afgørelser, der pr. 1/6 1979 var tilgået Dansk Arbejdsgiverforening for året 1978, viser følgende fordeling:

Erik Bjerregaard	12 sager
Jørgen Bruun	15 sager
C. Ove Christensen	19 sager
Th. Gjerulff	14 sager
Povl Hermann	9 sager
Poul Høeg	6 sager
Knud Illum	1 sag
Per Jacobsen	4 sager
Kistrup	3 sager
Jørgen Mundt	3 sager
Erik Vetli	2 sager
Wechselmann	8 sager

kendelser er refereret i uddrag som led i en redegørelse for udvalgte arbejdsretlige problemstillinger. En mangel ved denne fremstilling som basis for et videregående videnskabeligt arbejde ligger imidlertid dels deri, at kendelserne kun er gengivet ufuldstændigt, dels i, at Rise har koncentreret sig om de forhold, som traditionelt er taget op indenfor rammerne af den kollektive arbejdsret herhjemme. Centrale individualarbejdsretlige spørgsmål henstår således udækkede, og jævnligt har formålet for Rises fremstilling og det deraf følgende manglende øje for arbejdskontraktretlige problemer ført til, at passager, som er relevante for nærværende afhandling, mangler.

Således som voldgiftssystemet fungerer herhjemme er antallet af sådanne sager meget stort. I Arbejdsgiverforeningens arkiv alene forefindes flere tusinde afgørelser fra de fagretlige instanser. Rises fremstilling angives at bygge på ca. 4.000 kendelser. Det kan tilføjes, at tallet tilsyneladende er voksende år for år. Årgang 1920 tæller f.eks. 60 egentlige faglige voldgiftskendelser og årgang 1977 119. Selv om 1977 er et overenskomstfornyelsesår udtrykker dette dog udviklingen på en meget dækkende måde.

95% af de kendelser Rise anvender angives at være fundet i Dansk Arbejdsgiverforenings arkiv, der er det eneste af sin art. Dette skyldes, at medlemmerne af denne organisation er vedtægtsmæssigt forpligtet til at tilstille Arbejdsgiverforeningen de faglige voldgiftskendelser, som afsiges på de respektive områder (lovenes § 8, stk. 1). Tilsvarende ordning anvendes ikke på lønmodtagerside. Selv om omtalte vedtægtsbestemmelser erfaringsmæssigt ikke respekteres fuldtud, må det materiale, der ligger i nævnte voldgiftsarkiv imidlertid anses for rimeligt repræsentativt inden for de områder, der dækkes. Og da foreningen spænder over et bredt spekter af alle almindelige typer af ansættelsesforhold, kommer foreningens afgørelsessamling til at spille en central rolle for såvel retsvidenskabsmænd som arbejdsretlige praktikere. Den er da også gennem tiden blevet anerkendt som sådan. Voldgiftsarkivet kan dog naturligvis ikke erstatte en egentlig offentlig kendelsessamling. Men en sådan er først i skrivende stund under etablering.

Afhandlingen bygger på selvstændig gennemgang af alle de fagretlige afgørelser, som forefindes i omtalte arkiv, herunder også Overenskomstnævnets kendelser. Et brugeligt register over disse afgørelser foreligger således ej heller. Allan Rise har ganske vist i sin tid som direktør i Arbejdsgiverforeningen udarbejdet et sådant register. Dette er imidlertid ikke

ajour og lider af samme mangler som er skitseret ovenfor vedrørende »Overenskomstfortolkning ved faglig Voldgift«. Lejlighedsvis er afgørelser andetsteds fra blevet medinddraget. Men da det i overensstemmelse med det anførte er ret tilfældigt, hvad der kan fås frem ad kanaler udenfor Arbejdsgiverforeningen, ikke mindst fra ældre tid, og da det ud fra omfanget af det materiale, der allerede forefindes her, generelt ikke er nødvendigt at supplere dette for at opnå et rimeligt sikkert indtryk af forholdene, er sådanne supplementer ikke søgt systematisk gennemført.

Voldgiftskendelserne knytter sig snært til overenskomsternes materielle indhold. I meget vid udstrækning er der tale om fortolkning af specielle overenskomstbestemmelser, som er uden videregående interesse. Hertil kommer, at selv formuleringer, som ligger tæt op ad hinanden, kan blive udlagt forskelligt på forskellige områder, fordi traditionen varierer fra fag til fag, og fordi denne tradition, som påvist i afsnittet om »overenskomstkutymerne« er afgørende for udlægningen af bestemmelserne.

Det er imidlertid klart, at voldgiftsdommerne, i alt fald i den udstrækning, hvori der er tale om juridiske opmænd, vil anvende visse fælles principper for fortolkningsvirksomheden. Herunder vil man i mangel af holdepunkter for anden løsning udfylde overenskomsterne med anvisninger, der harmonerer med, hvad der anses for dansk fælles tradition inden for arbejdsrettens område. Gennem sidstnævnte og i kraft af den interesse som stillingen på større overenskomstområder trods alt altid pådrager sig, om ikke andet så som forbillede og eksemplifikation, bliver der et antal kendelser tilbage, som vel ikke år for år er betydeligt, men som dog over en årrække danner et materiale, der har ladet sig nyttiggøre i den sammenhæng som dækkes af afhandlingen. De henviste kendelser er udvalgt ud fra disse synspunkter.

Ved siden af de egentlige retsafgørelser står, som det er omtalt ovenfor, praksis fra administrative afgørelsesorganer, der optræder flere steder i det arbejdsretlige system.

Denne myndighedspraksis har den fordel ofte at være langt mere nuanceret end retternes praksis, simpelt hen i kraft af et større antal sager. På de administrative afgørelsesorganers områder er der derfor normalt også bedre muligheder for at få et alsidigt indtryk af arbejdslivets praktiske problemer.

Netop det større antal sager i kombination med at der er tale om afgørelser truffet uden de retssikkerhedsgarantier, som præger de egentlige retters virksomhed, tilsiger imidlertid en vis forsigtighed med anvendelsen af det tilvejet materiale. Et stort sagsantal, hvoraf kun de allerfærreste efterprøves ved domstolene, vil f.eks. i sig selv afføde en risiko for, at det pågældende afgørelsesorgan langsomt så at sige hypnotiseres af sin egen praksis, selv om denne måtte udvikle sig væk fra det, som ville være bærekraftigt ved en egentlig retlig efterprøvelse. Og det forøger måske også i visse tilfælde risikoen for, at man opofrer den konkrete billighed på

den praktiske hensigtsmæssigheds alter. Eller afgørelsesorganets sammensætning kan modsat indebære, at man lader billigheden få fortrin længere end der er dækning for i retsreglerne. Anvendelsen af administrativ praksis vil i konsekvens heraf i det følgende blive indskrænket til tilfælde, hvor der må antages at bestå en rimeligt snæver forbindelse med egentlig retspraksis på området.

Præjudikatsværdi og retsdannelse ved de arbejdsretlige afgørelsesorganer.

Afgørelsesorganernes retsskabende virksomhed på arbejdsrettens område har herhjemme ikke været genstand for særligt megen opmærksomhed. Selv om de problemer, som knytter sig hertil, ligger på grænsen af, hvad det ud fra det foranførte er nødvendigt at medtage, kunne det måske derfor være rimeligt at trække et par hovedlinier frem.

Den juridiske praktiker, som søger støttepunkt for sine dispositioner, vil naturligt anskue tidligere afgørelser som en væsentlig retskilde. Dette skyldes især 2 forhold. Han vil, såfremt der allerede foreligger et tilfælde lig det nu opståede, få en anvisning på, hvorledes afgørelsesorganerne kan tænkes at ræsonnere. Men han vil også opnå den sikkerhed, som ligger i at disse organer føler sig bundet af de hensyn, der taler for at fastholde det én gang tegnede billede (præjudikatsvirkningen).

Analytikeren er stillet i en mere kompleks situation. For hans vedkommende kan der blive tale om at nyttiggøre produktet af afgørelsesmyndighedernes arbejde på flere måder. Præjudikatsvirkningen og de hertil knyttede spørgsmål udgør kun én facet. En anden ligger i afdækningen af de mekanismer, som bærer de fra først af fastslåede løsninger, det man kunne kalde primærafgørelserne.

Analytikeren må her ikke lade sig fange i en betragtningsmåde, der kan føre til, at man glider over i stereotyp anerkendelse af resultater, som nødvendigvis i sig selv må hvile på dybereliggende grunde. Han må sætte sig i dommerens sted og søge at eftervise disse grunde i anerkendelse af, at retsafgørelserne i vid udstrækning er et produkt af anvendelsen af underliggende retsnormer og af komplicerede valg imellem disse indbyrdes.

Denne skønnende og jugerende virksomhed er i allerhøjeste grad retsdannende. Hvor langt afgørelsesmyndighedens selvstændigt skabende aktivitet på dette grundlag går, vil dog naturligvis afhænge af, hvilke former for afgørelser der er tale om. Hvor man i udstrakt grad er bundet af

autoritative retsskilder, er den begrænset. Andetsteds, hvor de bindende anvisninger er mere sparsomme eller ufuldstændige, kan retsmyndighedernes kreative rolle blive helt dominerende. Selv i sidstnævnte fald vil denne rolle imidlertid hurtigt begrænses noget af den ovenfor omtalte præjudikatsvirkning.

Der er ingen tvivl om, at de drivkræfter, der bærer primærafgørelserne på arbejdsrettens område, kunne gøres til genstand for en længere udredning. Ikke mindst retsorganernes særlige sammensætning og den omstændighed, at forskelligartede instanser er inde i billedet, vil herunder pådrage sig opmærksomhed. Samme sag kan jo nemlig – afhængigt af de konkrete omstændigheder – have forskellige steder, uden at dette beror på ankeligheden inden for et traditionelt hierarkisk opbygget afgørelsessystem. Endvidere kan ensartede sager, i kraft af den måde det danske arbejdsretlige system er bygget op på med forskellige parallelle lønmodtagergrupper, ende ved forskellige typer af afgørelsesorganer.

Ud fra dagens situation og uden baggrund i opsøgende undersøgelser, vil man ved vurderingen af betydningen af disse omstændigheder i vid udstrækning være henvist til efterrationalisering. De materielle afgørelser er således sædvanligvis ikke så udførlige og ligger heller ikke kendeligt så langt fra det, der må anses som juristens naturlige løsning, at man herudfra kan tegne et fyldestgørende billede.

Den omstændighed, at de fagretlige organer er sammensat på en måde, der indskrænker den juridiske, neutrale ekspertise og kompletterer denne med partsdeltagelse, er næppe helt uden betydning^{148a}.

I de faglige voldgiftsretter er opmanden alene – selv i tilfælde, der angår helt afgørende fortolkningsspørgsmål, f. eks. stridigheder om en ferieoverenskomst svarende til ferieloven. Bemærkninger fra en enlig juridisk dommer om, at han kunne tænke sig at sidde ved siden af flere højesteretsdommere er hørt. I Arbejdsretten optræder normalt én juridisk dommer, dog at tallet nu kan udvides til 3 i særlige tilfælde (arbejdsretslovens § 8).

Til dette kommer, at parterne, og derigennem partsdommerne i nogen grad er rådige over det materielle retsgrundlag, overenskomsten. Dette gælder ikke blot formelt på sagens forberedende stadier f.eks. under mæglingen, hvor der kan blive tale om at slutte forlig med bindende virkning, men reelt også, når den egentlige retsafgørelse skal træffes.

^{148 a} Herom iøvrigt nærmere for svensk rets vedkommende Lennart Geijer og Folke Schmidt: »Arbetsgivare och Fackföreningsledare i Domarsäte«, p. 353 ff.

Rettens neutrale element vil således næppe føle sig opfordret til at imødegå en opstået enighed mellem parterne, når man med sindsro vil kunne opfatte denne som fortolkningsbidrag. Endelig vil en rådighed kunne fremstå som produktet af den måde, sagen lægges frem på. Selv om dommeren i de faglige voldgiftsretter som nævnt udfolder en aktiv procesledelse ud over det sædvanlige, vil han stadig være bundet af sagens præsentation, herunder bundet inden for rammerne af de informationer han får, og som i disse sager ofte kan være ufyldstgørende. Dette gælder så meget desto mere derved, at klager og krav langt fra altid specificeres på forhånd med den tydelighed, som er forudsætningen for, at opmanden på forhånd har et aldeles utvetydigt billede af, hvad han skal være forberedt på.

Det anførte er som sagt vanskeligt dokumenterbart. Som et af de klarere eksempler, hvor en kombination af de nævnte omstændigheder imidlertid utvivlsomt har befordret en udvikling bort fra, hvad der ville have været den normale løsning, kan dog nok fremhæves de tendenser, som er beskrevet nedenfor under afsnit IV 3, der beskriver den arbejdsretlige misligholdelseserstatnings bevægelse bort fra det udgangspunkt, som ligger i det lidte tab.

Et er imidlertid den rådighedsret, som beror på parternes reelle nøglestilling under processen. Noget andet er, hvilken rolle den særlige sagkundskab, som jævnligt tilføres afgørelserne i en eller anden form inden for det arbejdsretlige område, spiller. Denne sagkundskab kan hidrøre fra repræsentanter i selve afgørelsesinstansen, der kender fagets problemer (f.eks. Arbejdsretten, de faglige voldgiftsretter, lærlingevoldgiftsretterne, Tvistighedsnævnet i henhold til loven om erhvervsfaglige grunduddannelser og de almindelige retter i stridigheder om kollektive afskedigelser, jfr. retsplejelovens §§ 6a og 18c). Eller den kan udspringe af en forudgående administrativ behandling (f.eks. sager om, hvorvidt ferieloven er gældende for arbejdsforholdet, jfr. denne lovs § 5 eller sygedagpengesager, jfr. denne lovs § 14).

Det er sjældent, man kan aflæse, hvor langt sådan sagkundskab påvirker retten. Tydeligst kunne man vel forvente at en sådan påvirkning ville komme til udtryk i form af en særlig respekt af omtalte administrative beslutninger. Sygedagpengesager bringes imidlertid så godt som aldrig videre, feriesagerne noget oftere. Og retsafgørelser om ferielovens anvendelsesområde har formentlig langt hyppigere været underkastet arbejdstilsynets og Arbejdsministeriets behandling end domsudtalelserne lader ane.

Allerede i disse finder man imidlertid jævnligt henvisninger til og referater af korrespondance med arbejdstilsynet.

Domstolenes autoritetstro er her tilsyneladende ikke helt ubetinget. Som også omtalt nedenfor under D om lønmodtagerbegrebet, synes man således i alt fald på visse punkter at indtage en holdning, der afviger fra de administrative myndigheders. Men dette kan skyldes at den sagkundskab, som oprindeligt tilførtes feriesagerne gennem den administrative procedure i tidens løb er blevet udvandet således at man i dag i virkeligheden må anskue disse myndighedsafgørelser på linie med alle andre.

Endnu vanskeligere er det at kortlægge, hvorvidt der finder en afsmitning sted mellem afgørelsesorganerne indbyrdes i spørgsmål, som er underkastet en materielretlig regulering, der bringer forskellige retsorganer ind i billedet for forskellige lønmodtagergrupper. Det er uden tvivl af betydning, at den juridiske dommer som person ofte optræder i flere typer afgørelsesorganer. Resultaterne vil i kraft heraf utvivlsomt også i nogen grad være påvirket af et helhedsindtryk af retstilstanden, oparbejdet gennem erfaring – det der opfattes som dansk fællestradition inden for arbejdsrettens område. Dette markerer sig imidlertid kun yderst sjældent udtrykkeligt i afgørelserne. Og for parternes vedkommende og dermed hvad angår den måde sagerne lægges op på, er der ingen tvivl om, at de forskellige lønmodtagerområder er blevet opfattet som lukkede systemer. Føler man sig overhovedet foranlediget til at drage paralleller sker dette således helt overvejende til grupper, der befinder sig inden for den pågældende parts normale operationsområde^{148b}. Dette beror selvfølgelig såvel på den juridiske teoris hidtidige utilstrækkelighed i arbejdskontraktlige spørgsmål som på det praktiske arbejdslivs opbygning i kassesystemer (det »fagretlige« område, »advokat«området o.s.v.). Men resultatet er blevet en ufleksibilitet i retsdannelsen og i retsorganernes muligheder for at befrugte udviklingen. Som markant eksempel herpå fremstår den stagnation i retsudviklingen ud fra retspraksis, som beskrives og dokumenteres nærmere nedenfor i afsnit IV.

Det anførte vedrører altså den primære retsdannelse. Det som hvad afgørelsesorganernes virksomhed angår fremstår i den almindelige opfattelse som den væsentligste kildeværdi nemlig præjudikatsvirkningen, ten-

148 b Se som eksempel U 66/465, der til støtte for et krav om ubetinget erstatning henviser til principperne i funktionærloven, medhjælperloven og sømandsloven

densen til at fastholde de én gang anordnede resultater påkalder sig på arbejdsrettens område en særlig interesse.

Der er i denne forbindelse ingen anledning til at komme ind på de almene synspunkter, som bærer denne virkning: Fortrinsvis den omstændighed, at parterne indretter sig og bør kunne indrette sig i tillid til den retstilstand, der kan aflæses i tidligere afgørelser.

Spørgsmålet er, hvorvidt forholdene inden for de fagretlige organers virkefelt afviger fra det almindeligt gældende.

Den udprægede tendens til her at henvise til tidligere praksis tages ofte til indtægt for en særlig præjudikatsværdi. Denne begrundes i forskellige synspunkter. Således fremhæver von Eyben^{148c} at afgørelsernes store praktiske rækkevidde indebærer mange egnede prøvesager. Ligeledes fremhæver denne forfatter, den omstændighed, at overenskomstfortolkninger i kombination med de individuelle aftaler der indgås, danner et kompakt hele, således at brud på afgørelsespraksis får virkninger langt ud over det direkte berørte forhold, hvorved der opstår skader, som vanskeligt lader sig afværge.

Videre har von Eyben som årsag til dette særkende anført^{148d} betydningen af, at afgørelserne for Den faste Voldgiftsrets (Arbejdsrettens) vedkommende træffes af en enkelt ret som kender sin egen praksis, og at der er tale om et specialområde, hvor de interesserede holder sig nøje underrettet om de afgørelser, der træffes og indretter sig herefter^{148e}. Victor Hansen^{148f} imødegår von Eybens sidstnævnte betragtninger med henvisning til, at tilsvarende kunne anføres om højesteretspraksis. Tillige anfører denne forfatter, at Den faste Voldgiftsrets tendens til især i ældre tid at anvende udførlige præmisser og »vejledende« udtalelser har sin tilstrækkelige forklaring i pædagogiske hensyn, ikke mindst i en tid, hvor den arbejdsretlige litteratur var sparsom^{148g}

148 c Juridisk grundbog, p. 731.

148 d T.f.R. 1954/499.

148 e Tilsvarende anføres i »Den dømmende magt«, p. 254 som grundlag for en konstatering af, at den norske arbejdsret aldrig med rene ord har fraveget en retsopfattelse, der er lagt til grund i en tidligere dom.

148 f Socialt Tidsskrift 1960, p. 68.

148 g L. c p. 70 og 71.

Begge er enige om, at arbejdsretsudviklingen nødtigt bør låses fast i en position, der ikke modsvarer udviklingen i samfundet. Som Victor Hansen anfører^{148h}: En levende forståelse for betydningen af ændringer, som udviklingen medfører i de arbejdsretlige forholds karakter og i retsopfattelsen på disse områder vil være et værdifuldt bidrag til opretholdelse af rolige forhold på arbejdsmarkedet, og af den retside, som her gør sig gældende. Herved henviser han¹⁴⁸ⁱ iøvrigt til det særkende, der ligger i, at der er tale om en retsinstans, hvor det neutrale element er snævre end ved de almindelige domstole, og som er både første og sidste retsled, hvilket giver mindre sikkerhed for, at sagen forelægges på fuldt tilfredsstillende måde.

Ud fra det anførte hævder von Eyben^{148j} at der principielt må opstilles samme retningslinier for præjudikatsværdien på arbejdsrettens område som andetsteds. Og Victor Hansen fastslår^{148k} rent alment, at Den faste Voldgiftsret (Arbejdsretten) for sit vedkommende nøje bør overveje, om de i tidligere kendelser omtalte konkrete omstændigheder eller de på pågældende tidspunkt herskende forhold også i en evt. ny sag foreligger og gør sig gældende med samme styrke som førhen^{148l}.

Anskuer man praksis ved de fagretlige organer, er det tydeligt, at der her ikke mindst i ældre tid har fundet retsdannelse sted, forstået i den tidligere omtalte forstand, i ikke ubetydeligt omfang. I kendelsessamlingen fra Den faste Voldgiftsret for årene 1910 til 1925 finder man ligefrem rettens principielle udtalelser samlet og udskilt^{148m}. Som det fremgår heraf, vil man se, at retten opbygger en generel stillingtagen til en lang række spørgsmål, som er uomtalt i det foreliggende materielle retsgrundlag.

Det er også tydeligt, at tilbøjeligheden til at henvise til tidligere afgørelser er stor. I Arbejdsrettens regie fremhæves i denne forbindelse ofte sag 4611, hvori det anføres, at den ved Den faste Voldgiftsret anlagte forståelse af en bestemmelse i Septemberforliget er »således fastslået gennem rettens langvarige og faste praksis, at den nu må anses for gældende ret«.

148 h L. c. p. 72.

148 i L. c. p. 66.

148 j »Juridisk Grundbog, p. 732.

148 k L.c.p. 69.

148 l Om det anførte iøvrigt Carl Ussing, se Oluf H. Krabbe »Ussing i Skrift og Tale« p. 311.

148 m Se samlet hovedregisteret til Den faste Voldgiftsrets kendelser nr. 1-944,1. afsnit.

Men en tilsvarende tendens aflæses iøvrigt hos de faglige voldgiftsretter¹⁴⁸ⁿ.

Dette indebærer dog tilsyneladende ikke nogen helt fastlåst situation. Rise og Degerbøl påviste allerede i 1959^{148o}, at fortolkningen af Septemberforligets § 5 om formandsstillinger er undergået en vis forskydning. Og en tilsvarende glidning er konstateret af Illum. f.s.v. angår anvendelsen af »Norm for Behandling af faglig Strid«^{148p}. Andre tilfælde kunne også nævnes. I det hele knytter der sig således også en vis opmærksomhed til de veje, som står åbne, når man ønsker at tilpasse praksis^{148q}. I nærværende sammenhæng hvor det fortrinsvis drejer sig om at få fastslået årsagerne til tendensen til at henvise til præjudikater og den mulige, særlige tilbøjelighed til at fastholde disse må opmærksomheden imidlertid koncentreres i anden retning.

Den omstændighed, at afgørelserne ofte henviser til tidligere praksis, siger vel dybest set ikke nødvendigvis noget om, *hvorfor* disse henvisninger finder sted, og kan følgelig ej heller tages til indtægt for en særlig præjudikatsværdi. Henvisningen kan f.eks. lige så vel skyldes ønsket om at spare argumentation, når det foreliggende tilfældes reale omstændigheder og de herudfra erkendte men selvstændigt prøvede juridiske grunde svarer til, hvad man ved en tidligere lejlighed er nået frem til. Den udprægede mangel på arbejdsretslig litteratur indtil Illums fremstilling kom og ønsket om af pædagogiske grunde at understrege et mønster, kan som af Victor Hansen anført også spille en rolle. Endelig og ikke mindst falder den iøjnefaldende mængde af egentligt retsskabende afgørelser på et område, hvor megen retsdannelse har været overladt til afgørelsesorganerne, måske for stærkt i øjnene derved at nyere kendelser jo her simpelt hen kun har tidligere praksis at henvise til, hvis man ønsker at præcisere et retsgrundlag for den trufne beslutning.

Et er imidlertid afgørelsernes klare praktiske betydning som selvstændige retskilder i mangel af andre, noget andet om disse retskilder fastholdes i et statisk mønster. Rent umiddelbart er der næppe nogen anledning til at

148 n »Overenskomstfortolkning ved Faglig Voldgift«, 3. udg. p. 22 ff. m. henvisninger.

148 o »Grundregler i dansk Arbejdsret«, 1. udg. p. 105, jfr. Victor Hansen i Socialt Tidsskrift 1960/71.

148 p »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 247.

148 q Herom, om de såkaldte derogationskriterier, se Tore Sigeman i »Arbetsrätten i Utveckling«, p. 213 ff.

fastslå, at forholdene inden for arbejdsrettens område på principielt grundlag adskiller sig fra, hvad der kendes ved de almindelige domstole.

Når de resultater som aflæses i fagretlig praksis ikke desto mindre også materielt set i vid udstrækning må konstateres at være kendetegnet af en særlig stivhed, må det således nok forklares med et andet forhold, som ikke behøver være uforeneligt med det lige nævnte.

I svensk ret henvises jævnligt til behovet for sikring af den aftalekvalitet, som anerkendes gennem de arbejdsretlige afgørelser. Som anført af bl.a. Tore Sigeman^{148r} må meget af det som normalt påstås at være præjudikatsbundenhed nok i virkeligheden betragtes som et udtryk for retsorganets respekt for kollektivaftaleparternes autonomi. Når overenskomsten er blevet fortolket eller udfyldt gennem retsafgørelse således, at den herefter fremstår med et vist indhold, og når parterne derefter fornyr den uden ændringer på det omstridte punkt, må man normalt have ret til at gå ud fra, at selve afalen har det indhold, som er blevet fastslået.

Dette synspunkt er utvivlsomt centralt og vil – bortset fra tilfælde, hvor der foreligger en klart fejlagtig afgørelse – være afgørende selv i perioden mellem afgørelsen og overenskomstfornyelsen. Når parterne gennem det system, der opstilles som grundlag for løsningen af stridigheder angående overenskomstens anvendelse, accepterer, at et fagretligt organ skal lukke eventuelle lakuner, må man også anerkende resultatet af retsorganets virksomhed som værende af umiddelbar overenskomstværdi^{148s}.

Det anførte kunne iøvrigt suppleres med en yderligere betragtning. Når en aftale én gang i en bestemt henseende er blevet fortolket ad rettens vej, vil aftaleparterne umiddelbart være afskåret fra påny at indbringe det samme spørgsmål. Afgørelsen må stå fast ud fra de grunde, som anføres i læren om afgørelses retskraft. I virkeligheden kan der siges at gøre sig et specielt retskraftmoment gældende i mange fagretlige tvister. Den formelle retskraft udstrækker sig ganske vist kun til den foreliggende sag^{148t}. Men dette afskærer ikke retsmyndigheden fra i et senere tilsvarende tilfælde at lægge den tidligere valgte løsning til grund. Og et retskraftsynspunkt

148 r »Arbetsrätten i Utveckling«, p. 217.

148 s Dette resultat er iøvrigt ej heller så væsentligt forskelligt fra det, som er gældende i relation til almene lovforklaringer - som jo imidlertid er sjældnere. Ønskes en sådan lovforklaring ændret, er det således nødvendigt at gå lovvejen. (Victor Hansen »Retsplejen ved Højesteret«, p. 203 f).

148 t Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 302.

synes i særlig grad at tale herfor når den efterfølgende sag skal løses ud fra samme aftalegrundlag (den kollektive overenskomst).

En illustration gennem et citat fra sag 2711 er her det første skridt til underbygning af denne argumentation: »Det er gentagne Gange – i fuld Overensstemmelse med Reglerne om Dømmes Retskraft – fastslaaet af Den faste Voldgiftsret, at en faglig Voldgiftsrets Kendelse som Hovedregel kun indeholder en Afgørelse af det Voldgiftsretten forelagte konkrete Tilfælde, og at der derfor i Almindelighed intet er til Hinder for, at de samme Fortolkningsspørgsmaal, der har foreligget under den tidligere Voldgiftssag, naar en Strid er opstaaet under et nyt Arbejdsforhold – endog mellem de samme Parter – føres frem til Afgørelse under en ny Voldgiftssag. Dette Princip er det af stor Vigtighed strengt at fastholde, idet der, hvis en Voldgiftskendelse lægges uprøvet til Grund ved Afgørelsen af andre Arbejdsforhold end de direkte afgjorte, savnes Garanti for, at Parterne i det nye Forhold faar Lejlighed til at fremføre alle de Betragtninger, der efter deres Mening knytter sig til det konkrete Forhold, der nu er opstaaet Strid om. *Det maa derimod bero paa Voldgiftsretten selv, hvilken Vægt, der bør tillægges en af Parterne paaberaabt tidligere Voldgiftskendelse, og herunder vil det blandt andet faa Betydning, om det kan ses af denne Kendelse, at den til Grund for Afgørelsen har lagt en bestemt Forstaaelse af et Overenskomstforhold, der ogsaa skønnes af afgørende Betydning for den nu opstaaede Tvist*« (udhævet af forfatteren). I denne henseende synes der iøvrigt næppe at kunne stilles krav om, at denne fortolkning fremstår som produktet af parternes tilkendegivne ønske om at få en principiel udlægning, hvis det dog klart er overenskomstens forståelse på et nøglepunkt, der har været under luppen^{148u}.

I forlængelse heraf og udfra en retskraftbetragtning: Overenskomsten er en fælles aftale, som finder anvendelse på flere individuelle kontraktsforhold. Disse står hvert for sig isoleret, men er dog nøje knyttet til det overliggende overenskomstgrundlag. Hvor et spørgsmål angående dette overenskomstgrundlags anvendelse én gang er blevet afgjort endeligt ved retsafgørelse^{148v}, må denne afgørelse følgelig også have konsekvenser for

148 u Cfr. muligvis Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret« 2. udg. p. 402.

148 v Cfr. om mæglingsafgørelser FVK 2/5 62.

andre identiske tilfælde^{148x}. Men synspunktet kan selvfølgelig ikke bære så langt som til at begrunde en afvisning^{148y}.

Resultatet bliver da, at der i princippet ikke for de fagretlige organers vedkommende kan anerkendes anden »præjudikatsværdi« med henblik på muligheden for at ændre én gang truffne afgørelser end den som gælder ved domstolene – snarere tværtimod. Men den måde retsgrundlaget på overenskomstområderne er indrettet på, herunder især retsorganernes forpligtelse til ikke at bryde ind i aftalemæssige positioner og måske antydningen af en speciel retskrafteffekt, indebærer bånd, som rent praktisk ofte vil forlene afgørelserne med et præg af mindre fleksibilitet.

e. Særligt om arbejdsgiverens ledelsesret.

Der er næppe noget behov for at gøre særlige bemærkninger om uskreven ret, forholdets natur, retsvidenskabens stilling og de øvrige momenter, som opregnes i retslæren.

I arbejdsretlig sammenhæng bringes imidlertid ofte en retskilde ind i billedet, der er speciel for dette område.

Folke Schmidt¹⁴⁹ nævner således tjeneste- eller arbejdsreglement som normkilde og sigter herved på de forskrifter, som udarbejdes af arbejdsgiveren ensidigt for en arbejdsplads eller for en kategori arbejdstagere. Som eksempler nævnes regler om arbejdstidens begyndelse og slutning og kontrol med samme, lønbetalingsdag, vilkårene for at få frihed, oprydning og rengøring af arbejdspladsen, opbevaring af værktøj, sygebetaling og pension m.v. Og også i andre arbejdsretlige fremstillinger finder man dele af det, som herhjemme er karakteriseret som arbejdsgiverens

148 x Dette er mest klart fsv. angår Overenskomstnævnets afgørelser, jfr. også Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret« 2. udg. p. 419.

148 y Til illustration det af Rise i »Overenskomstfortolkning ved faglig Voldgift«, A. 3. udg. p. 23 anførte citat fra FVK 5/12 51 »... og det, som er anført af klagerne til støtte for deres påstand under denne sag, er i hvert fald ikke af en sådan karakter, at der kan gives deres påstand medhold over for en foreliggende klar voldgiftskendelse i en ganske lignende sag. Allerede af denne grund vil indklagedes påstand om frifindelse være at tage til følge«.

Ligeledes til FVK 19/2 37, hvor det hedder (kendelsens side 2-3):

»Der maa imidlertid gives Forbundet Medhold i, at den omstridte Bestemmelse som gældende for Sammenslutningen maa forstaas paa samme Maade over for alle Medlemmer af denne, og at det ikke kan blive af afgørende Betydning, hvilke Forudsætninger enkelte af Sammenslutningens Medlemmer, saasom A/S Burmeister & Wain, maatte have haft ved Bestemmelsens Tilbliven. Den i Kendelsen af 24. September 1936 fastslaaede Fortolkning af Bestemmelsen maa herefter fastholdes under Henvisning til den i Kendelsen givne Begrundelse«.

149. »Tjänsteavtalet« 1. udg. p. 29 ff, »Löntagarrätt« p. 20 f.

»ledelsesret« nævnt som subsidiær kilde til fastlæggelse af tjenesteforholdets indhold ¹⁵⁰.

Regulativmæssige og lignende ensidigt udfærdigede bestemmelser vil ganske vist ofte fastsætte ansættelsesforholdets indhold. Men dette sker principielt derved, at de indgår som aftalegrundlag, hvorved værdien som egentlig retskilde jo bliver mindre indlysende.

Umiddelbart er det også vanskeligt at anerkende udslag af ledelsesretten som egentlig retskilde ¹⁵¹.

Det er ganske vist rigtigt, at anvisninger i henhold til ledelsesretten i mange tilfælde vil være det, som bliver tilbage til fastlæggelse af kontraktens nærmere indhold i mangel af holdepunkt for en anden løsning, og at ledelsesretten derved kommer til at virke udfyldende m.h.t. mange spørgsmål, der ikke er løst ved ansættelsesaftalen, lov eller kollektiv overenskomst. Og krænkelse af disse anvisninger kan også meget vel begrunde misligholdelsesbeføjelser på linie med krænkelse af arbejdsgiverens rettigheder i henhold til kontrakten i øvrigt.

Ledelsesretten er imidlertid et *produkt* af kontrakten, nemlig det som for arbejdsgiveren er formålet med ansættelsen. Det er denne ret, som sætter ham i stand til at anvende arbejdskraften i overensstemmelse med virksomhedens behov og tilpasse den i arbejdspladsens almindelige mønster, således at helheden kan bringes til at fungere. Ledelsesretten har følgelig selv hjemmel i kontrakten og er evt. nærmere afgrænset i lov eller overenskomst. Derved bliver den ikke blot et subsidiært, men også et afledet retsgrundlag, som på den ene side ikke kan stå alene, men som på den anden side har tilstrækkelig begrundelse i kontraktforholdets art uden at kræve positiv hjemmel. Man kan også sige det således, at ledelsesretten kun er en af flere rettigheder, der flyder af tjenestekontrakten, og at den omstændighed, at denne rettighed kan udnyttes fleksibelt, principielt ikke giver den en særlig kvalitet¹⁵².

C. Ansættelsesforholdets principgrundlag – aftaleområdets grænser.

Erkendelsen af de enkelte elementer i retsgrundlaget giver i sig selv intet indtryk af, hvorledes disse kædes sammen til en materiel retstilstand omkring et givet tidspunkt. Denne sammenkædning kan fremgå direkte og utvetydigt af retskilderne. Ofte vil man imidlertid stå uden klare holde-

150. Således A. Hueck og H. C. Nipperdey: »Grundriss des Arbeitsrechts« p. 50 f.

151. Se også resultatet i G. H. Camerlynck et G. Lyon-Caen: »Droit du Travail« p. 41 f.

152. De problemer, der knytter sig til ledelsesrettens anvendelse, er iøvrigt så væsensforskellige fra retsgrundlagets problematik, at en sambehandling næppe er formålstjenlig. Det væsentlige praktiske spørgsmål knyttet til ledelsesretten som retligt institut er således spørgsmålet om rettens rækkevidde. Og krænkelse af virksomhedens dispositioner i henhold til denne ret afføder ikke andre retlige overvejelser end krænkelse af de øvrige pligter i tjenesteforholdet.

punkter her, og der fremstår forskellige muligheder for kombineret og prioritering.

På underordnet plan, f.eks. ved fortolkning eller udfyldning af den enkelte arbejdsaftale, vil man i et sådant tilfælde søge frem til en model, der falder ind i det almindelige mønster, som aftegnes af retsstillingen mellem parterne i ansættelsesforholdets øvrige facetter. Ud fra det kendte vil man identificere og placere det ukendte, og man vil vurdere tilfældet ud fra den position, det indtager i billedet af parternes mellemværende. Samme mekanisme gør sig gældende på mere overordnet plan. Her må man tage udgangspunkt i de almene synspunkter og hovedgrundsætninger, som behersker pågældende område.

Disse, eller det som kunne kaldes områdets principgrundlag, spiller altså en afgørende rolle. Inden for mange felter er dette grundlag så fast etableret og indarbejdet, at der slet ikke opleves noget problem. Det samme kan ikke uden videre siges inden for arbejdsretten.

Inden for denne disciplin gør der sig således forskellige og til dels modstridende tendenser gældende. På en del af arbejdsmarkedet anskuede man f.eks. i ældre tid arbejdsforholdene som værende af nærmest familieretlig natur. Denne betragtningsmåde sætter stadig sine spor på visse dele af medhjælperlovens og lærlinglovens område. Man kunne også tænke sig tjenesteforholdet anskuet ud fra en offentlig, socialforsikringsretlig synsvinkel, således at mellemværendet altså må forvaltes ud fra et grundlæggende hensyn til arbejdstagerparten og til en bredere samfundsinteresse. Dette er en tendens, der i nogen grad præger den nyere udvikling herhjemme, ikke mindst efter vor indtræden i EF, og som har sat sine afgørende spor i f.eks. svensk arbejdsret. Visse arbejdsforhold, nemlig tjenestemændenes, hviler på et helt tredje princip, nemlig om arbejdsgiverens ret til autoritativ vilkårsfastsættelse. Her er ikke engang selve antagelsen af arbejdskraften blevet betragtet som en aftale, men som en forvaltningsakt. Uagtet den seneste tjenestemandsløve (af 1969) forudsætter, at denne ret for statsmagten forvaltes under et vist mål af aftaleforpligtelse over for de implicerede, er der ingen tvivl om det principielle udgangspunkt: Forholdet er i sin natur udpræget ensidigt.

Selv om lovgivningen er i voldsom udvikling og nu i vid udstrækning på ufravigeligt grundlag normerer parternes indbyrdes retsforhold, og selv om overenskomstsyste­met i væsentlig grad kompromitterer individualparternes rådighedss­fære, er der imidlertid ingen tvivl om, at princip-

grundlaget for private ansættelser herhjemme for øjeblikket i bred almindelighed må søges i almindelige kontraktsretlige grundsætninger.

Helt op til den nyeste tid har endog den totale kontraktsfrihed været det principielle udgangspunkt, således manifesteret i den gamle forordning af 21/3 1800 om håndværkslavene i København, hvori det hedder: »Det skal herefter staae Mestere og Svende af alle Lauge frit for, at indgaae saadanne Kontrakter med hinanden, om de Vilkaar, paa hvilke de første antage de sidste i Tieneste, som de selv best imellem dem kan blive enige om, saavel i Henseende til Opsigelses Tiden, som Lønnen og alle andre Bestemmelser, der imellem dem lovligen kan finde Sted.«¹⁵³

Men selv om aftalefriheden efterhånden er blevet knapt så iøjnefaldende, er der hverken ud fra de nugældende positive reglers oprindelse eller efter den måde, de er struktureret på, nogen tvivl om, hvad fundamentet er for det lønnede arbejdsforhold.

Konstateringen heraf er væsentlig, fordi den siger noget om konfliktløsningen i arbejdsretlige sager. Ikke blot må de ufravigelige regler i lov eller overenskomst således i tvivlstilfælde som regel anskues i lyset af kontraktsretlige grundsætninger. Men fundamentet for bedømmelsen af tjensteforholdets virkninger bliver i mangel af andet også i vid udstrækning den almindelige misligholdelseslære og de forventninger hos parterne, som anses for skabt på et grundlag, der i sit væsen er rent aftaleretligt.

Dette indebærer ikke, at det lønnede arbejdsforhold udgør et normalt kontraktligt mellemværende, på hvilket formuerettens grundsætninger uden videre kan bringes i anvendelse i den udstrækning, hvori særreguleringer mangler. Som det vil blive påvist i de følgende afsnit, er det tværtimod nødvendigt fra tilfælde til tilfælde at efterprøve, om denne kontraktsnatur ud fra bl.a. det bredere samfundshensyn, der også må spille ind,

153. Fra udenlandsk ret kendes tilsvarende bestemmelser. Således siges det i Gewerbeordnung § 105: »Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Überreinkunft«. Der kan iøvrigt også henvises til programudtalelsen i betænkning fra den ved resolution af 20/9 1875 nedsatte kommission til undersøgelse af arbejderforholdene i Danmark, p. 11: »... ogsaa efter Hensyn til Forholdets Beskaffenhed i sig selv, antager Kommissionen vel, at Kontraktsfrihed maa opstilles som den første Hovedregel. Men ved Siden deraf maa det være det Offentliges Pligt, dels ved almindelige Forskrifter at værne om Orden og Retfærdighed i Forholdet, dels at træffe saadanne Bestemmelser, som kunne være veiledende og udfyldende med Hensyn til Retsforholdet i det Enkelte, og som skulle gjælde, hvor Andet ikke er vedtaget ...«

tilsiger en løsning, der afviger fra den, almindelige aftaleprincipper medfører¹⁵⁴. Samtidig sløres det rene billede derved, at arbejdsmarkedslovgivningen anvendes af samfundsmagten som redskab for socialpolitikken. Det bliver derved ofte tilfældigt, om lovgivningen falder naturligt ind i et almindeligt kontraktsretligt mønster, eller om den tværtimod ud fra en objektiv byrdefordelingsbetragtning pålægger virksomheden forpligtelser, der vil være resistente over for de almindelige kontraktsretlige frigørelsesgrunde.

Således vil der jævnligt kunne være undtagelser fra det ellers almindelige udgangspunkt. Uagtet dette og uagtet den meget forskellige lov- og overenskomstmæssige regulering, som giver området et uhomogent præg, er det imidlertid i bred almindelighed en fælles mekanisme, der virker, og de konkrete resultater må søges ud fra juridiske overvejelser, som i deres struktur er ret ensartede.

Tilpasninger ud fra stillingens art – særligt om uddannelsesstillinger.

I visse tilfælde bevæger man sig ind på et område, hvor det fælles principgrundlag sløres stærkt af tilpasninger, som er nødvendige ud fra arbejdsforholdets art.

De ydre forhold, hvorunder sømanden udfører sine funktioner, er f.eks. sådanne, at en retsposition med basis i almindelige kontraktsgrundsætninger i vid udstrækning ville være meningsløs. Skibet er ikke blot arbejdsplads, men også hjem for de ombordværende. Hertil kommer meget vægtige grunde til at sikre den uforstyrrede drift. Det kan derfor heller ikke undre, at man på søens område finder en lovgivning, der føjer særlige elementer til normalbilledet, f.eks. regler om disciplinærmyndighed, særlige regler om konsekvenserne af misligholdelse o.s.v.

Men også når arbejdsforholdets sigte ikke er rent erhvervsmæssigt, således som det typisk kendes i visse lærlinge- og elevkontrakter, er der anledning til specielle overvejelser¹⁵⁵. Et sådant sigte vil jo nemlig ikke

154. I fremmed ret har man søgt at karakterisere dette forhold ved at rubricere tjenstekontrakten som personretlig og henvide til dens samfundskarakter (Hueck og Nipperdey »Grundriss des Arbeitsrechts«, 9. udg. p. 43: »ein gemeinschaftsbegründender Vertrag«).

155. Muligvis må også visse andre arbejdsforhold bedømmes efter retningslinier, der afviger fra det almindelige. Dette kunne f. eks. tænkes at være tilfældet, hvor det offentlige yder tilskud til lønnen ud fra sociale eller beskæftigelsesmæssige hensyn. Og ligeledes hvor der ligger et delvis forsørgelsesmæssigt sigte bag ansættelsen.

altid kunne tilgodeses, hvis man administrerer forholdet ud fra de retningslinier, andre ansættelser hviler på. Der vil f.eks. opstå et problem, hvis man gennemfører normale regler for suspension og ved andre hindringer for arbejdsydelsen, herunder arbejdskonflikt eller langvarig sygdom. Og ligeledes hvis kontrakten ikke forlenes med en resistens, der sikrer, at den i videst mulig udstrækning opretholdes, indtil uddannelsen er gennemført. Dette må igen begrænse de normale opsigelses- og hævemuligheder.

Vanskeligheden ligger i, at der ikke i relation til de arbejdsforhold, hvor det skitserede problem især er praktisk, nemlig netop uddannelsesstillingerne, foreligger noget generelt dækkende lovkompleks. Her som andetsteds, hvor tjenestekontrakten tjener et særligt formål, vil man ganske vist ofte kunne klare sig med at indlægge de forudsætninger i aftalen, som dette mål tilsiger^{155a}. Men ikke alle problemer kan løses ad denne vej. Hertil kommer, at der er en selvstændig samfundsinteresse inde i billedet, som må tilgodeses, rettet ikke blot imod det, som i andre kontrakter er genstanden for denne interesse, nemlig opnåelsen af et tryghedsniveau, men også imod selve uddannelsens færdiggørelse.

Der er ikke noget stort erfaringsmateriale omkring disse spørgsmål.

I ældre tid blev visse uddannelsesforhold uden videre henført til medhjælperlovens (tyendelovens) område. Dette gjaldt således for landvæsens-elever¹⁵⁶ og mejerielever¹⁵⁷. U 45/128 finder endog medhjælperloven anvendelig i et sådant elevforhold, selv om der var udarbejdet et særligt reglement om parternes mellemværende under hensyn til dettes uddannelsesmæssige karakter^{158, 159}.

Og også i nyere tid er tendensen vist nok i overvejende grad gået i retning af i videst mulig udstrækning at søge uddannelsesstillingerne indpasset i de normale arbejdsretlige rammer. Bekendtgørelsen om de såkaldte

155a Se f.eks. U 42/739

156. Se f. eks. U 26/416.

157. Se f. eks. U 18/239.

158. I Tyskland indeholder Berufsbildungsgesetz en principbestemmelse om, at alle de for arbejdskontrakter gældende retsfor skrifter og -grundsætninger finder anvendelse.

159. HRT 37/529 (U 38/70) er inde på opsigelsesmulighederne i et »discipel«forhold på et apotek. Retten forudsætter, at et sådant forhold »i hvert Fald i den første Periode af Læretiden« kan opsiges med passende varsel - og henviser til det nære personlige forhold mellem parterne. Heri synes at ligge, at kontrakten iøvrigt må være ekstraordinært resistent. Dette harmonerer med U 42/739 (et læreforhold uden for lærlingeloven kunne ikke anses for frit opsigeligt).

EFG-elevs retlige forhold opretholder således kun særregler på de punkter, hvor det er absolut påkrævet, medens almindelige regler for arbejdskontrakter af den pågældende art, f.eks. funktionærloven m.v., finder anvendelse i alle andre retninger¹⁶⁰. Men selv her står visse problemer tilbage, som underkastes en løsning, der afviger fra den man ville vælge, hvis der ikke havde været tale om et uddannelsesforhold. Således opretholdes særregler om arbejdsforpligtelsen, om uopsigelighed og om foranstaltninger i anledning af langvarigt fravær^{160a}.

Spørgsmålet om, hvad uddannelsessigtet tilsiger, har ikke den store betydning for de såkaldte »§ 1-lærlinge«, altså personer, der er indtrådt i et traditionelt læreforhold inden det fyldte 18. år. Her giver lærlingeloven de nødvendige anvisninger. Derimod medfører forlængelsen af den almindelige skolealder, at det stadig hyppigere bliver aktuelt i læreforhold, som tiltrædes efter det fyldte 18. år. Og her gælder kun visse af lærlingelovens regler, jfr. dennes § 30, nemlig i hovedsagen kun de, der vedrører selve uddannelsen. Konsekvensen heraf er, at der på andre afgørende punkter opstår et retligt vacuum, som kun i begrænset udstrækning er udfyldt gennem kollektive overenskomster. Her opstår problemet altså i sin renhed.

Der er ikke megen hjælp at hente til løsningen af dette i lærlingelovens forarbejder. §-30-lærlingene har således gennem tiden ført en omflakkende tilværelse i relation til lovgivningen, der ikke præges af nogen konsistent tankegang og derfor heller ikke begrunder sikre slutninger om, hvad der bør være gældende på friere grundlag. Lærlingelovene af 1889 og 1921 fandt med enkelte undtagelser (således f.s.v. angår reglen om skriftlig kontrakt, læretidens varighed og optagelse af lønbestemmelser i kontrakten) også anvendelse på voksne lærlinge. Disse blev imidlertid holdt uden for 1937-lærlingelovens område ud fra den begrundelse¹⁶¹, at man havde »ment at burde undlade at give Regler« herfor. I denne forbindelse blev der dog ikke taget stilling til, hvad der så måtte gælde. Med 1956-loven¹⁶² ændredes kursen påny, og man fandt det nu »rigtigt« at lovfæste de fagligt

160. Se således bilag 6 i betænkning 764 om revision af lov om erhvervsfaglige forsøgsuddannelser og undervisningsministeriets bekendtgørelse nr. 380 af 31/7 1978.

160a Om godtgørelse for usaglig afskedigelse ved opsigelse i forbindelse med et elevforholds udløb, se U 78/952.

161. Bemærkningerne til § 25 i lovforslaget af 1937.

162. Se dennes § 30.

betonede beskyttelsesregler også for de voksne lærlinges vedkommende¹⁶³.

Hvor langt almindelige regler om arbejdsforhold kan anses for anvendelige uden at kompromittere det uddannelsessigte, som jo nødvendigvis må tilgodeses, er herefter nok tvivlsomt, og der foreligger heller ikke retspraksis, der på tilstrækkelig måde belyser spørgsmålet, Litteraturen er derfor naturligt nok også ret sparsom. Det antages dog, at det vil være muligt at aftale en almindelig opsigelsesregel, og at »almindelige regler om arbejdsaftaler« må anvendes på de punkter, hvor der ikke er foreskrevet obligatoriske bestemmelser¹⁶⁴.

Oftentimes er det i overensstemmelse hermed blevet antaget, at funktionærloven finder anvendelse, såfremt §-30-læreforholdet ligger inden for de af denne lov omfattede arbejdsområder¹⁶⁵. De åbenlyse mangler ved en uforbeholden løsning af denne art skinner dog igennem derved, at man reserverer det tilfælde, at der måtte være indgået kollektiv overenskomst om, at lærlingeloven finder anvendelse i sin helhed på forholdet.

Denne reservation vil, hvis den ikke bæres af en stærk begrundelse, medføre en krænkelse af funktionærlovens almindelige ufravigelighedsprincip, jfr. lovens § 21. Ikke desto mindre taler meget for at acceptere sætningen. Den første funktionærlov dækkede ikke de af lærlingeloven omfattede lærlinge (lovens § 14), og den daværende lærlingelov af 1937 fandt som tidligere nævnt ikke anvendelse på læreforhold over 18 år (jfr. dennes § 25)¹⁶⁶. Funktionærloven dækkede med andre ord formelt de »voksne« elever. Ved 1964 revisionen af funktionærloven var man tilsyneladende ikke opmærksom på, at lærlingeloven i 1956 var blevet ændret og nu medtog de voksne lærlinge i visse relationer, hvorfor man opretholdt henvisningen til den gamle lærlingelov. Dette forhold blev udbedret i funktionærloven af 1971, som tager henvisningen til 1937 loven ud og blot

163. Bemærkningerne til lovforslagets § 26 er afskrift af bemærkningerne til forslaget fra lærlingekommissionen af 1952 - som iøvrigt (p. 70 ff i betænkningen) havde brugt megen tid på at diskutere lovens aldersgrænse, men ikke på at vurdere, hvad der var gældende for de voksne lærlinge i mangel af andet.

164. Se »Lærlingeloven«, 2. udg., Paul Kufahl og Ole Hasselbalch, p. 72 og »Lærlingeloven« med kommentarer, K. Bøtefyhr og E. Sjøgren-Nielsen, p. 133.

165. Således K. Bøtefyhr og E. Sjøgren-Nielsen, »Lærlingeloven« med kommentarer, p. 133 og Kaj Petersen, »Funktionærloven«, 10. udg. p. 17.

166. Folketingsbetænkningen af 6/4 1938, der lå til grund for den oprindelige funktionærlov, udtaler blot (p.3) at for »Lærlinge« gør der sig »særlige Forhold« gældende, således at disse ikke falder ind under loven.

nævner, at undtagelsen refererer til de af lov om lærlingeforhold omfattede lærlinge. Iøvrigt anføres, at der blot er tale om en redaktionel ændring. Uanset at §-30-lærlingene måske nu kan siges formelt at være omfattet af lærlingeloven, synes det altså ud fra reglernes historiske oprindelse at måtte anerkendes, at funktionærloven træder ind der hvor lærlingelovens regulering svigter. På den anden side må det erkendes, at der tilsyneladende foreligger et problem, som lovgiver ikke har været tilstrækkeligt opmærksom på. Vanskeligheden ved at anvende visse af funktionærlovens regler og principper på § 30-lærlinge synes følgelig også at kunne legitimere en antagelse om, at parterne i udvidet grad må have adgang til at træffe særaftaler, der fraviger funktionærloven¹⁶⁷.

Om offentlige ansættelser: Karakteristik af en problemstilling.

Det principgrundlag, hvis rammer er ridset op i det foregående, refererer til hvad man kan kalde »private« ansættelser og udgør altså grundlaget for den private arbejdsret.

I offentlig regie kan det retslige fundament for beskæftigelsen være så egenartet, at de almindelige arbejdsretlige sætninger ikke har gyldighed.

Dette gælder i hvert fald på det område, hvor den særlige tjenestemandsløvgivning finder anvendelse, og hvor arbejdsvilkårene følgelig præges af arbejdsgiverens dispositionsbeføjelse på en helt anden måde, end det kendes i almindelige kontraksansættelser. Selve antagelsen menes her at bero på en ensidig forvaltningsakt. Og heller ikke vilkårsfastsættelsen i det løbende mellemværende hviler principielt på aftale, selv om et aftalemoment er kommet ind i loven. Til gengæld lægges der væsentlig vægt på, at grundlaget for de dispositioner myndighederne træffer er korrekt, og svigt heri vil f.eks. kunne medføre afskedigelsens ugyldighed, se f.eks. U 41/634. Tjenestemanden vil ej heller ud fra et aftaleretligt synspunkt under den sanktion, der ligger i misligholdelsesreglerne, kunne kræve sine én gang erhvervede rettigheder bevaret. Tværtimod er hele misligholdelsessystemet og reglerne om kontraktens tidsindhold erstattet af en afskedigelsesprocedure bundet op i et særligt pensionssystem. Og gennem reglerne om disciplinærforfølgning afføder den ansattes pligtbrud virkninger, der er væsensforskellige fra de kontraktlige misligholdelsesvirkninger, som er grundlag for konfliktløsningen i private stillinger. Endelig antages tjenestemanden at være undergivet en udvidet loyalitetsforpligtelse og et særligt decorum.

Tjenestemandssystemets eksistens bevirker ikke, at ansættelser på »privatretlig« basis i henhold til f.eks. funktionærloven og kollektive overenskomster er udelukket. Tværtimod finder disse sted i stigende udstrækning og alene præget af

167. En problemstilling der er identisk med den, som gælder for § 30-lærlinge, eksisterede iøvrigt i forhold til de såkaldte erhvervsfaglige grunduddannelser i årene 1972-78.

de modifikationer, der nødvendiggøres af, at der er tale om en offentlig arbejdsgiver (specielle afskedigelsesindskrænkninger, særligt decorum o.s.v.).

Den omstændighed, at arbejdsgiveren er en offentlig eller »halvoffentlig« virksomhed påvirker imidlertid ofte det grundlag, på hvilket sådanne ansættelser hviler, på særlig måde, idet der hentes træk fra tjenestemandens retten. uagtet der ikke er tale om en tjenestemand i lovens forstand. F. eks. understøttes forestillingen om ensidighed i mellemværendet jævnlige derved, at lønnen og ansættelsesvilkårene er regulativmæssigt bestemt. Men man genfinder på den anden side langt fra altid de momenter, der er helt afgørende for den egentlige tjenestemandsstilling, særligt pensionsretten.

Mellem de egentlige tjenestemandforhold og de private ansættelser i offentlig regie befinder der sig altså en række arbejdsforhold, hvis fundament kan være meget flydende ¹⁶⁸, ¹⁶⁹. Og selv om afklaringen af denne tvivl ligger uden for nærværende fremstillings primære sigte, vil det være naturligt ganske kort at søge at karakterisere problemstillingen med henblik på at belyse den private arbejdsrets anvendelsesområde.

Grundlaget for de omtalte ansættelser kan være ret forskelligartet.

Tæt op ad statens tjenestemænd ligger arbejdsforhold, der hviler på tjenestemandensregulativer med tilknyttede pensions- og lønregulativer, som stort set er i harmoni med tjenestemandenslovgivningen og ydermere har støtte i lov. Dette gælder f.eks. i bred almindelighed kommunernes tjenestemænd. Og også tjenestemandensansættelser i visse institutioner kan have lovmæssig dækning.

Herfra er der en glidende overgang til de tilfælde, hvor det offentlige grundlag for arbejdsgiverens virke er mere udvandet, eller hvor der er tale om frynsefunktioner, der blot af praktiske grunde, men uden særlig hjemmel, behandles på linie med de egentlige tjenestemænd. Hvor en institution f.eks. underskudsdekkes af en offentlig kasse, eller hvor en privat arbejdsgiver virker i henhold til koncession og evt. med offentlig deltagelse i ledelsen, er der rig grobund for uklarhed om ansættelsesforholdene, og det samme gælder i relation til »tjenestemandens« ansættelser i organisationer med tilknytning til det offentlige o.l.

Grundlaget for disse tjenestemandstillinger kan være meget forskelligartet. Ofte vil der foreligge et cirkulære, en bekendtgørelse, et reglement eller en anden offentliggørelse fra det relevante ministerium, eller vedtægtsbestemmelse. reglement eller lignende hos arbejdsgiveren ¹⁷⁰. Tjenestemandensvilkårene kan dog også

168. Denne tvivl præger iøvrigt også domssamlingernes registrering af afgørelserne, der ofte ret tilfældigt rubriceres som vedrørende »tjenestemænd«.

169. Litteraturens behandling af disse forhold er også ret sparsom. Som et typisk eksempel kan nævnes »Tjenestemandens Grundbog« (AOF 1972) p. 10, hvor det lakonisk nævnes, at disse ansættelser ikke har helt den samme beskyttelse som tjenestemanden mod opsigelse og adgang til pension.

170. Se f. eks. U 71/830, U 73/167, U 73/240, U 68/620, U 66/743, U 64/387, U 47/25, U 33/1083.

bero på positiv bestemmelse i kontrakten ¹⁷¹ eller i overenskomsten ^{172, 173}. Men de overordnede forskrifter vil i mangel af andet være egnede til at indgå i den enkelte kontrakt, og retsafgørelserne synes da også stort set at anerkende, at de kan påberåbes af parterne ¹⁷⁴, uanset om aftalen udtrykkeligt henviser hertil ^{175, 176}.

Det er indlysende, at der herudfra kan opstå en retsstilling, der er usikker. Når man i mangel af klare kontrakter falder tilbage på de nævnte overordnede forskrifter, opstår der f.eks. en risiko for, at anvisninger, som oprindeligt kun var tænkt som vejledende for ansættelsesmyndigheden, bliver direkte retsgrundlag. Og hvis den institution eller virksomhed, der optræder som arbejdsgiver, ikke forvalter ansættelsesforholdene rigtigt, vil der ofte opstå yderligere tvivlsspørgsmål – herunder om, hvilke af flere successive udsendelser der er afgørende, og om, hvem de er afgørende for. I praksis er der da også eksempler på, at arbejdstagerne har fået højst ufuldstændige forestillinger om, hvad der egentlig er gældende ¹⁷⁷. Ligeledes sker det, at der affattes ansættelsesskrivelser under henvisning til de generelle regler for tjenestemænd i arbejdsforhold, hvor disse vilkår måske ikke er egnede, og uden at man er opmærksom på, at f.eks. den fleksibilitet, arbejdsgiveren har overfor den egentlige tjenestemand ikke uden videre kan gøres gældende på kon-

171. Se f. eks. U 67/448 (henvisning til de for statstjenestemænd gældende regler).

172. HRT 48/538.

173. I visse tilfælde får man det indtryk, at forestillingen om, at der er tale om en tjenestemandstilling, fremstår som et produkt af den omstændighed, at arbejdsgiversiden ikke har haft blik for, at der i virkeligheden var tale om en almindelig privatarbejdsretlig ansættelse, og derfor blot har holdt sig til det fra tjenestemændene kendte mønster.

174. Se f. eks. U 73/240 (om fremgangsmåden ved afskedigelser), U 71/830 (om afskedigelsesgrunde), U 68/620 (om opsigelse), U 66/743 (do.), U 54/532 (om stillingsforandringer) U 47/25 (om løn og ferie) U 47/433 (om afskedigelsesgrunde), U 34/301 (om løn), U 33/1083 (do.)

175. Bortset herfra kan sådanne forskrifter fastlægge rammerne for myndighedernes handle-måde med henblik på sikring af dispositionernes uangribelighed, således at de af den grund ville kunne påberåbes af lønmodtageren, se således muligvis U 73/240.

176. I princippet vil et sådant grundlag være udtømmende efter sit indhold, og skulle det efterfølgende vise sig ukomplet, lader det sig ikke uden videre supplere med tjenestemandsløven og de i henhold hertil udfærdigede forskrifter. U 50/683 antager således, at en kommunal vedtægt ikke kunne suppleres med statstjenestemandsløvens suspensionsregler, idet der ikke i denne henseende i vedtægten var henvist hertil. Se tillige U 69/42 og U 54/532.

177. Se f. eks. U 67/419, hvorefter ventepenge ikke kunne kræves, fordi arbejdstageren ikke havde fået tillagt pensionsret over for kommunen - hvilket var en betingelse for ventepengekravet - men derimod havde fået sine pensionsforhold ordnet forsikringsmæssigt.

traktsområdet¹⁷⁸, eller på de vanskeligheder, som ændringer af de »tilsvarende« stillinger kan medføre¹⁷⁹.

Problemet bliver især intrikat, hvis de særlige tjenestemandsmansrettigheder og -pligter ikke har tilstrækkelig lovhjemmel og derfor nødvendigvis må bygge på aftale¹⁸⁰. Der vil ganske vist i almindelighed ikke være noget til hinder for at parterne ved udtrykkelig eller stiltiende vedtagelse kan gøre regler hentet fra tjenestemandssystemet anvendelige på forholdet. Risikoen er imidlertid at en sådan »tjenestemandsstatus« bliver ukomplet derved, at kun visse af tjenestemandsmansreglerne bringes i anvendelse, medens andre centrale led udelades. Herved får forholdet et skævt indhold, som kan gøre det vanskeligt at håndtere, hvis en konkret strid opstår, og som også tjener til at give parterne forkerte forestillinger om stillingens retlige karakter. Men hertil kommer, at det næppe lader sig gøre på aftaleretligt grundlag at gennemføre en retsstilling, der er identisk med den egentlige tjenestemand. Helt afgørende er naturligvis i denne forbindelse vanskelighederne ved at etablere den pensionsordning, der er et centralt element i tjenestemandsstillingen. »Private« arbejdsgivere vil således antagelig ikke på alle punkter inden for pensionslovgivningens rammer kunne etablere en opdækning identisk med den, der svarer til tjenestemandsmans – rent bortset fra at der mange gange ikke vil være økonomisk eller politisk mulighed herfor. Men i mangel af positiv lovhjemmel lader den retlige regulering, der præger tjenestemandsstillingen, særligt sanktions-systemet, sig måske også vanskeligt anvende i stedet for de almindelige misligholdelsesregler.

I dette perspektiv er det nok værd at hæfte sig ved, at de »tjenestemandslignende« stillinger ikke er institutionaliseret i retsreglerne som et entydigt begreb omend deres eksistens er forudsat.

Den i henhold til tjenestemandsmansloven af 1969 § 49 etablerede hovedaftale omfatter således foruden de egentlige tjenestemand i henhold til tjenestemandsmansloven også personale, som er ansat på tjenestemandslignende vilkår i staten, folkeskolen eller folkekirken (jfr. dennes § 2 stk. 1). Men dette har blot den virkning, at de pågældendes vilkår forhandles på linie med de egentlige tjenestemandsmans.

Ferieloven undtager fra sit område lønmodtagere i statens, folkeskolens eller folkekirkens tjeneste ansat som tjenestemand, lovens § 2. Begrundelsen herfor fremgår af forslaget til den oprindelige ferielov¹⁸¹, der udtaler, at det må forudsættes, at tjenestemandsmanslovgivningen ikke vil give disse personer ringere ferievilkår end lovgivningen om ferie med løn¹⁸². Retspraksis udvidede 1938-ferielovens

178. Se hertil U 65/780, der frakender undervisningsministeriets manglende accept af en lønmæssig indplacering betydning mellem parterne, idet den pågældende arbejdstagers - en lærers - vilkår var fastlagt i et ansættelsesbrev uden noget forbehold om senere godkendelse.

179. Se f. eks. U 67/448.

180. Det er nok her værd at være opmærksom på, at også den lovmæssige baggrund kan være flydende.

181. Lovforslag nr. 56, 1937-38, p. 5.

182. Kommunernes tjenestemand undtages altså ikke men kan evt. holdes uden for ferieloven i henhold til dispensation efter nugældende ferielovs § 3.

område til også at gælde arbejdstagere, der af den pågældende styrelse havde fået tillagt ferie med løn efter lignende regler som de for statens tjenestemænd gældende. Fra 1953 blev loven i konsekvens heraf tilpasset således, at man udtrykkeligt undtog også lønmodtagere i statens, folkeskolens eller folkekirkens tjeneste med ret til ferie med løn efter samme regler som for tjenestemænd ¹⁸³. I 1977 ¹⁸⁴ blev det endelig »præciseret«, at undtagelsen gjaldt tilfælde, hvor pension var sikret gennem medlemskab af en pensionsordning, for hvis forpligtelse staten indestår. Denne ændring kunne synes at indebære en indsnævring i forhold til 1953-formuleringen, fordi der nu kræves pensionsret som led i karakteristikken af de »tjenestemand«-stillinger, som falder uden for ferieloven, og ikke blot ferieret svarende til de egentlige tjenestemænds. Det fremgår imidlertid af bestemmelsens forarbejder, at den ikke havde dette sigte, men blot var et led i ændringen af § 2 stk. 2, som tilsigtede at undgå udbetaling af feriegodtgørelse ved fratræden til arbejdstagere, som samtidig oppebar pension, tilvejebragt gennem betalinger fra det offentlige. Det får herefter stå hen, hvor langt nyformuleringen af undtagelsesbestemmelsen vil få praktisk betydning.

Og også funktionærloven er inde på problemet. Dennes § 1 stk. 3 holder således uden lovhenvielse »tjenestemænd – eller aspiranter til tjenestemandstillinger – under staten, folkeskolen, folkekirken eller kommunerne« uden for lovens område.

H.G. Carlsen ¹⁸⁵ forudsætter her, at der er tale om egentligt tjenestemandsansat personale og ikke blot f.eks. løst antaget medhjælp, men tager tilsyneladende ikke stilling til, hvad tjenestemandsvilkårene skal hvile på. Som det udtales i U 66/655 er der intet til hinder for, at betegnelsen »tjenestemand« i lovgivningen benyttes om personer i statens tjeneste, hvis ansættelsesforhold ikke er omfattet af tjenestemandslovens regler. Og med den usikkerhed, der præger den almene opfattelse af, hvad tjenestemandsbegrebet dækker over, vil det nok ikke være rimeligt at lægge for stærk vægt på funktionærlovens ordvalg ¹⁸⁶. Af bemærkningerne til § 1 i lovforslaget fra funktionærlovsudvalget af 1946 synes at kunne udledes, at tjenestemænd m.fl. holdes uden for, fordi de forudsættes at have en lige så god beskyttelse som den, funktionærloven sikrer ¹⁸⁷. Der er derfor næppe betænkelighed ved at antage, at sådanne tjenestemandslignende stillinger, som overholder mindst funktionærlovens niveau, falder uden for loven. Dette moment interesserer da tilsyneladende også retten i den eneste trykte afgørelse herom ¹⁸⁸ – U 51/395 – der

183. Lovforslag nr. 21, 1952-53, p. 6.

184. Lovforslag nr. 115, 1977/78.

185. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 50.

186. Jfr. også den omstændighed, at retspraksis som oven for nævnt udvidede ferielovens oprindelige undtagelsesbestemmelse - se hertil U 43/661 der antog, at den tidligere ferielovs henvisning til tjenestemænd også omfattede personer, der havde fået tillagt ret til ferie med løn som gældende for tjenestemænd.

187. Som det siges: Der er for disse personer ikke »Trang« til funktionærlovens beskyttelse.

188. U 66/743 accepterer et 3 måneders opsigelsesvarsel i henhold til lønningsreglement efter en vurdering af, at arbejdsforholdet *ikke* var omfattet af funktionærloven.

vedrørte en tjenstemandslønnen sygeplejerskes krav på funktionærlovens opsigelsesvarsel. Dommen anfører ganske vist, at det har betydning, at ansættelsen ikke var foretaget hos staten eller en kommune. Men hertil føjes, at ansættelsesforholdene ikke kunne sidestilles med en tjenstemandsstilling, navnlig fordi der ikke var sikret den pågældende arbejdstager tjenstemandspension efter uansøgt afsked.

Endelig undtager lærlingeloven efter § 1 stk. 9 personer antaget i henhold til tjenstemandsloven. Der er imidlertid måske usikkerhed om undtagelsens omfang i relation til kommunale ansættelser på tjenstemandsvilkår, idet disse ikke synes at falde under formuleringen ¹⁸⁹, ¹⁹⁰.

De fåtallige lovreglers stilling synes således at være ret entydig: Når den almindelige arbejdsmarkedslovgivning viger, er det ud fra forudsætningen om en retsstilling, der er mindst lige så god som den der tilkommer den egentlige tjenstemand – som igen forudsættes at tilgodese lovens intentioner. Derimod ligger der ikke heri nogen antydning af de tjenstemandslignende stillingers nærmere indhold eller fællestræk. Tværtimod får man nærmest ud fra den uensartede måde, problemet er løst på, indtryk af, at der ikke er klare forestillinger om, hvad denne indebærer.

Retspraksis er tilsvarende uensartet og tendensen til at søge over i den egentlige tjenstemandsret svingende, alt afhængigt af hvor langt man ligger væk fra de traditionelle tjenstemandsstillinger, men også i nogen grad betinget af den måde, de konkrete tilfælde lægges op på.

Flere sager vedrører afskedigelsers gennemførelse og gyldighed.

For at opnå sikkerhed omkring beslutningsgrundlaget bringes de egentlige tjenstemandsregler her undertiden i anvendelse. U 71/830 (om en lærer ved en teknisk skole) henviser således til, at arbejdsgiveren »overensstemmende med de principper der ligger til grund for tjenstemandslovgivning og -regulativer om disciplinærforfølgning mod tjenstemænd« burde have gjort den pågældende bekendt med fremsatte klager og have givet ham lejlighed til at udtale sig. Ikke-overholdelse heraf måtte komme arbejdsgiveren bevismæssigt til skade, og den stedfundne afskedigelse ansås i henhold hertil for uberettiget. Og U 73/240 fastslår, at en i reglement anordnet høringsforpligtelse var en så væsentlig sikring imod uberettiget afskedigelse, at ikke-overholdelse heraf bevirkede opsigelsens ugyldighed.

Afskedigelsens virkninger og selve afskedigelsesretten indpasses ofte i det system, som finder anvendelse i private retsforhold. U 73/167 antager således i den ovenfor refererede sag U 71/830, at den uberettigede afskedigelse ikke var uden virkning, men at der måtte tilkomme arbejdstageren en erstatning, som in casu blev ansat til ca. 1 års løn. Landsretten udtaler i denne forbindelse, at det efter arbejdsforholdets særlige karakter må følge af almindelige retsgrundsætninger, at arbejds-

189. Hertil betænkning fra lærlingekommissionen af 1952, p. 74, smh. 1937-lærlingelovens § 1, stk. 9.

190. Som et kuriosum burde måske sluttelig nævnes den ældre regel i retsplejelovens § 513 om udelukkelse af kreditorforfølgning i tjenstemandsløn. Reglen er tillige blevet anvendt i private stillinger, hvor vederlaget udbetaltes på tilsvarende grundlag, se VLT 56/65 om en ansat ved en privatbane.

giveren mod erstatning kan bringe dette til ophør ¹⁹¹. U 68/620 tilkender 3 måneders løn svarende til gældende opsigelsesvarsel i overensstemmelse med privat-arbejdsretlige principper for opsigelse før tiltræden. Den omstændighed, at der er tale om en halvoffentlig virksomhed, synes heller ikke at medføre, at der i almindelighed kan stilles særlige krav til afskedigelsens saglighed. U 66/743 fandt således et ved en privatbanes lønningsreglement institueret 3 måneders opsigelsesvarsel anvendeligt, uden hensyn til om den pågældende havde givet rimelig grund til afskedigelsen, men lægger vægt på, at denne ikke var omfattet af funktionærloven. Og U 64/387 når til, at skønnet over begrundelsen for en afskedigelse suverænt lå hos arbejdsgiveren – en selvejende tilskudsinstitution – og at den omstændighed, at der var tale om ministeriel godkendelse og offentlig støtte, ikke bevirkede nogen ændring heri. Se tillige U 67/910.

Tilfælde af stillingsforandringer har ligeledes været under påkendelse. Problemet bliver her at afklare, hvorvidt man er gået ud over det tilladelige i henhold til de ændringsregler, der måtte være gældende for forholdet ¹⁹². I en situation hvor dette var tilfældet blev dispositionen kendt ugyldig ¹⁹³, hvilket man næppe kunne tænke sig i almindelige private arbejdsforhold, hvor misligholdelsesreglerne havde måttet anvendes. Resultatet skal dog nok ses i sammenhæng med, at man i det pågældende tilfælde, der vedrørte en privatbane, havde et pensionsreglement af falde tilbage på, således at konstateringen af ugyldigheden ikke cementerede en umulig situation. VLT 57/89 og VLT 45/131 vil da tilsyneladende heller ikke antage et sådant resultat f.s.v. angår tjenestemandsansatte arbejdere i kommuner. På den anden side er forestillingen om den ensidige bestemmelsesret, ud fra hvad der iverigt er sagligt begrundet, slået igennem i en afgørelse vedrørende en anden privatbane. Her anerkendte man nemlig, at et reglements bestemmelser måtte forstås således, at de kunne ændres til ugunst for lønmodtagerne ud fra arbejdsgiverens økonomiske situation ^{194, 195}.

Endelig har de tjenestemandslignende stillinger været oppe i kollektivarbejdsretlig sammenhæng. Sag 7824 vedrørte således spørgsmålet om lovligheden af et konfliktvarsel fra et antal reservelufthavnsbetjente, ansat på »tjenestemandslignende« vilkår. Dette varsel blev anfægtet under henvisning til, at området allerede var overenskomstdækket, og at den organisation, der havde varslet konflikten, ikke havde nogen faglig interesse i en overenskomst på området. Efter at have konstateret at det arbejde, der var tale om, faldt under arbejdstagerorganisationens naturlige område, anerkendte Arbejdsretten imidlertid varslets lovlighed. Den omstændighed, at der forelå tjenestemandslignende vilkår synes kort sagt ikke at ændre bedømmelsen i henhold til den almindelige kollektive arbejdsrets grundsæt-

191. Erstatningen er dog nok af en størrelse, der ikke ville blive relevant i et tilsvarende privat retsforhold.

192. Hertil f. eks. U 71/830, U 54/532.

193. U 54/532.

194. U 34/301.

195. Herudover findes en række spredte retstilfælde med relation til forskellige problemer, se f. eks. sag 338, 955 og U 47/433, der måske antyder et udvidet decorum.

ninger. Dette harmonerer med sag 1346, der anerkender strejkeretten for visse tjenestemænd under telefonselskaberne. Sag 1741 fastslår endelig, at hvor fastansatte tjenestemænds lønforhold reguleres gennem ministerielt godkendte regler og regulativer, falder tilfældet uden for forudsætningen for loven om den faste voldgiftsret. Lovhjemmelen for disse tjenestemandstillinger fremgår imidlertid ikke af sagen.

Alt i alt er der altså grund nok til at være forsigtig med at slutte, at man befinder sig uden for området for de almindelige arbejdsretlige regler, blot fordi en ansættelse karakteriseres som tjenestemandstilling – også selv om den måtte indeholde tjenstemandslignende træk. Det helt afgørende bliver, om det foreliggende retsgrundlag, herunder parternes vedtagelser på det punkt striden vedrører, kan bære en sådan løsning.

Men samtidig kunne der måske være anledning til legalt såvel som administrativt, at få tilvejebragt større klarhed over retsforholdene i tussmørkezone mellem den private arbejdsret og tjenestemandsrätten.

D. Om arbejdstagerbegrebet i arbejdsretten.

Fremstillingen har altså sigte på den type af kontraktsforhold, hvor der på den ene side optræder en arbejdsgiver og på den anden det som med varierende udtryk kaldes en lønmodtager, medarbejder, ansat eller lignende. Det er her den socialt betonede lovgivning spiller ind, og hvor man finder kollektive aftaler som dominerende retsgrundlag, alt sammenfattet i hvad der fremstår som en særlig juridisk disciplin: arbejdsretten. Herved opstår imidlertid et indlysende behov for afgrænsning af de arbejdsforhold, som hører under nævnte regler over for de andre kontrakter om udførelse af arbejde.

Problemet om grænsetilfældenes retlige klassifikation har imidlertid ikke tiltrukket sig overvældende megen interesse herhjemme. Speciallitteraturen indeholder ganske vist ordentligvis korte skitser af den anvendelse, der gøres af lønmodtagerbegrebet i relation til de enkelte regelsæt. Af generelle arbejder foreligger derimod kun et par helt oversigtsmæssige fremstillinger samt en enkelt afløsningsopgave til juridisk embedseksamen¹⁹⁶. Således står man i dansk ret i det væsentlige uden det overblik, som er en afgørende hjælp til forståelsen af omtalte begrebs nuancer.

Arbejdsaftalernes placering i det almindelige juridiske system var længe

196. H. Ussing, »Enkelte Kontrakter«, p. 324 ff, Ole Hasselbalch, »Ansættelsesret«, p. 12 f, Michael Keldsen, »En gennemgang af tjenesteforholdsbegrebet i funktionær- og ferieretlig belysning«, Københavns Universitet 1976. J. P. Jensen Stevns »Tyenderetten efter dansk Lovgivning« p. 1 f.

behæftet med en vis usikkerhed. Som det vil blive omtalt under det historiske tilbageblik i afsnit IV var situationen således flydende i den periode, som dannede grundlag for vor tids ordning. Visse kontrakter, som nu klart må rubriceres som almindelige ansættelsesforhold, adskiltes dengang systematisk herfra. Men de slørede konturer kan også i nogen grad tilskrives den omstændighed, at kontraktsrettens sædvanlige regler i vid udstrækning også var gældende for afhængigt lønarbejde. Herved blev nødvendigheden af en udsondring ikke påtrængende.

Denne situation ændredes vel ikke afgørende i kraft af overenskomstsystemernes etablering på arbejdsmarkedet. Der blev ganske vist lejlighedsvis fra arbejdsgiverside gjort forsøg på at konstruere mellemværendet som således selvstændigt, at det i kraft heraf faldt uden for kollektivaftalens område. Men problemet bestod derved nærmest i at afklare, hvorvidt selvstændigheden var reel eller ej, medens der ikke synes at have været tvivl om karakteren af de arbejdsforhold, der omfattes af en sædvanlig faglig overenskomst ¹⁹⁷.

Udviklingen af særreguleringer på lovområderne skabte imidlertid et klarere behov for udskillelse af de heraf omfattede arbejdsforhold. Dette var vel ikke markant i ældre tid, selv om etableringen af konkurslovens lønprivilegium i 1872 umiddelbart efter sin tilblivelse gav anledning til en række processer ¹⁹⁸. Men i kølvandet på den senere arbejdsmarkedslovgivning aktualiseredes spørgsmålet efterhånden mærkbart. Kommissionsloven af 1917 omfattede f.eks. såvel selvstændige som lønnede arbejdsforhold (tjenestestillinger). Samtidig var det imidlertid naturligt at holde sådanne kontrakter uden for lovens reguleringer, som i forvejen var underkastet de særlige regler for mellemværendet mellem principal og medhjælper. Derfor udskiltes de såkaldte faste rejsende (i tjenesteforhold), på hvilke kun de bestemmelser skulle finde anvendelse, som ansås for velbegrundede ud fra kontraktens særlige karakter (f.eks. § 86 om pligt

197. Spørgsmålet har typisk været, hvorvidt arbejdsgiveren under henvisning til en indgået kompagniskabskontrakt el. lign. kan hævde det standpunkt, at den pågældende arbejdstager hører hjemme udenfor overenskomstens område. Ved afgørelsen af det reelle i forholdet lægges herved vægt på f. eks. karakteren af delagtigheden i risiko, udbytte og kapital samt i beslutningsretten, stillingens over- eller underordnede karakter og e.o. vederlagets størrelse m.v. Hertil sag 514, 678, 958, 1058, 1176, 1955, 2433, 2455, 2555, 3211, 3468, 3979, 4400, 5535.

198. 1872 lovens § 33 2) f): »saavel høiere som lavere Tjenendes, Fabrikarbeideres, Haandværkssvendes og Haandværksdrenge samt Dagleieres Krav paa Løn og Kostpenge for Tjeneste eller Arbeide...«

til ikke uden samtykke at arbejde for andre end handelshuset, derimod ikke § 71 om retten til at få provisionsnota). Og behovet for klare grænselelinier voksede selvsagt i takt med, at den egentlige arbejdsmarkedslovgivning i stadig højere grad domineredes af sociale hensyn.

Dette behov modsvares imidlertid ikke af afgørende legale tydeliggørelser af området for de arbejdsforhold, der omfattes af de nye regler. Den første ferielov (lov 170 af 13/4 1938) rettedes efter sit indhold på »Arbejdere, Funktionærer og Medhjælpere« (med undtagelse af partsfiskere), hvilket i 1970-ferieloven omformuleres, således at man generelt lægger vægt på, at der består et tjenesteforhold. Funktionærloven af 1938 var ikke inde på problemet. Ved ændringen af loven i 1948 blev der imidlertid indføjet en bemærkning om, at dens anvendelse forudsætter, at den pågældende arbejdstager indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner. På lignende måde sigter andre af arbejdsmarkedets regler under anvendelsen af en svingende terminologi på, hvad der bredt kan kaldes almindelige ansættelsesforhold. Således kunne nævnes sygedagpengeloven (jfr. § 3), ATP-loven (§§ 2-4), medhjælperloven (forudsætningen i § 1), løngarantiloven (§ 1), ligelønsloven (§ 1), loven om arbejdsskadeforsikring (§ 1), arbejdsmiljøloven (§ 2), lov om arbejdstageres opfindelser (§ 5) ¹⁹⁹.

Med andre ord: Trangen til en udskillelse af det almindelige ansættelsesforhold fra andre kontrakter om arbejde hænger især sammen med eksistensen af en række lovmæssige særreguleringer. Karakteristisk er imidlertid, at man heri sjældent går tættere ind på spørgsmålet om dækningsområdet for lovens forskrifter men i stedet overlader afgrænsningen til fastlæggelse gennem den senere retsanvendelse, særligt afgørelsesorganernes praksis.

Disse organer har da flere muligheder. Man kan opfatte lovgivningen som accessorisk knyttet til et fælles abstrakt arbejdstagerbegreb, hvis nærmere indhold må fastlægges bl.a. ud fra retsteoretiske overvejelser. Eller man kan give køb på denne enhedsopfattelse og søge frem til et resultat ud fra fortolkning af de enkelte regelsæt og overvejelser over

199. Den tidligere lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring indeholdt en noget mere fyldig beskrivelse i tydelig afsmi-ning af ældre ulykkesforsikringslovgivning, jfr. lovbekendtgørelse nr. 53 af 28/2 1969 § 9 stk. 2: »enhver der mod løn eller akkordbetaling eller som ulønnet lærling (eller medhjælp) her i landet stadig eller midlertidig beskæftiges i virksomheder inden for de af loven omfattede fag, eller som for arbejdsgiveren mod vederlag har tilsyn med ledelsen af sådanne«.

disses formål og indhold. Som det vil blive påvist nedenfor er holdningen i dansk ret ambivalent men må nærmest opfattes som en kombination af de to løsninger.

Det er klart, at det ville være en væsentlig fordel, om der på abstrakt plan kunne opstilles en sikrere model for udskillelsen af arbejdskontrakter, der opfyldes i en sådan afhængighed af virksomheden, at der er anledning til at behandle dem for sig. Selv om afgrænsningen af disse kontrakter lejlighedsvis har givet anledning til afgørelser uden for lovgivningens område²⁰⁰, er det imidlertid nok klart, at en sådan teoretisk model næppe lader sig opstille på en måde, der udgør et sikkert redskab for retsanvendelsen. Det vil måske her være på sin plads at se på, hvorledes man rent systematisk har søgt at placere ansættelseskontrakten inden for den almindelige kontraktsret.

I tilslutning til Romerretten er der traditionelt blevet skelnet imellem mandats(fuldmagts)kontrakter (sysslomannaavtal) og egentlige arbejdskontrakter. Blandt sidstnævnte sondredes igen mellem på den ene side tjeneste- eller arbejdsleje (Dienstvertrag, tjänstlega, locatio conductio operarum) der gik på arbejdskraften som sådan (hvorved arbejdstageren ikke påtog sig risikoen for, at arbejdet førte til et resultat), og på den anden værksleje (Werkvertrag, arbetsbeting, locatio conductio operis), gående på selve arbejdsresultatet. Udskillelsen af sidstnævnte fra arbejdsretten (tjenestekontraktens ret) antages at hvile på forskellige begrundelser. Fortrinsvis er således blevet henvist til det karakteristikum, der ligger i at risikoen for arbejdsresultatet påhviler arbejdstageren, der derved selv har afgørelsen af, hvorledes arbejdet skal udføres²⁰¹. Men hvad iøvrigt tjeneste- og arbejdslejekontrakterne angik, ansås der at kunne foreligge såvel selvstændigt arbejde som det der kaldtes »afhængigt« lønarbejde (egentlige tjenesteaftaler, arbeids- eller anställningsavtal), karakteriseret af den pågældendes pligt til at indordne sig under arbejdsgiverens ledelse. Kun sidstnævnte henføres til arbejdsrettens område fremfor til de rent formueretlige aftaler, hvilket tilskrives mellemværendets personlige karakter. Arbejdskraften er her, som det siges af Paal Berg²⁰², objektet for arbejdsaftalen. Og da arbejdskraften ikke kan skilles fra mennesket, har aftalen til følge, at det ene menneske får ret til at råde over det andet. Dette skaber

200. Således U 1909/70, SHT 43/301, U 36/1124.

201. Ussing, »Enkelte Kontrakter« p. 326, Paal Berg, »Arbejdsrett« p. 38.

202. »Arbejdsrett« p. 6.

igen et magtforhold, som kan være bestemmende for arbejdstagerens højeste livsinteresser. Heraf anses igen at flyde nødvendigheden for en særstilling af disse aftaler frem for andre, altså et særligt retsbehov, eller som Ussing ²⁰³ siger »trang« til socialt præget lovgivning.

Afgørende for den teoretiske opdeling er da, hvad aftalerne om løbende arbejdsydelser angår, forholdets afhængighed og graden af arbejdsgiverens dispositionsret efter selve kontraktsindgåelsen. Afgørende for afgrænsningen over for de uafhængige værkslejeaftaler er derimod primært arbejdstagerens selvstændige risiko og deraf flydende dispositionsret.

Dette kunne vel nok siges at give nogen vejledning. Her som overalt må der imidlertid bestå en rimeligt snæver forbindelse mellem teori og virkelighed for at førstnævnte kan tillægges afgørende betydning. Selvstændigt afgørende vil den skitserede teoretiske model derfor kun være, såfremt den ikke kolliderer med det lønmodtagerbegreb, som praktiseres ud fra gældende retsregler. Og en sådan kollision synes uundgåelig.

Opdelingen mellem værksleje og arbejdsleje i den ovenfor omtalte form er således næppe længere relevant med henblik på lønmodtagerbegrebets afgrænsning ²⁰⁴. Kontraktsakkorderne på bygge- og anlægsområdet karakteriseres f.eks. ofte af en så stor selvstændighed, at arbejdsgiverens løbende instruktionsbeføjelse nærmest er en illusion. Dette modsvares imidlertid ingeniørlunde nødvendigvis af en risiko for arbejdsresultatet (eks. »garanteret mindsteløn«). Og disse akkordforhold er da også siden århundredets begyndelse konsekvent blevet henført til de regler, som gælder for almindelige lønmodtagere.

Heller ikke virksomhedens rådighedsret og arbejdstagerens afhængighed i de egentlige tjenesteaftaler forekommer at være ganske afgørende kendetegn for disse. Som det vil blive påvist nedenfor, kan den omtalte rådighedsret ud fra stillingens art ofte være så begrænset, at den synes ikke-eksisterende. Og arbejdstagerens afhængighed er i virkeligheden et politisk mere end den er et retligt moment. Som sådant vil den vægt det tillægges såvel som dets anvendelse på konkrete tilfælde få et skønsomt præg, der reducerer værdien som redskab for sondringen. Bortset herfra synes dette moments betydning også at kunne anfægtes ud fra en retlig synsvinkel. Hvis man antager, at den omtalte magtstilling beror på

203. »Enkelte Kontrakter« p. 325.

204. Tilsvarende Svante Bergström »Kollektivavtalslagen« p. 35.

aftale mellem parterne, rækker dens konsekvenser jo nemlig ej heller længere end disses vilje begrunder. Autonomien i forholdet er altså i princippet bevaret. Heroverfor kunne ganske vist indvendes, at arbejdstagerparten mister sin reelle uafhængighed og bliver påvirkelig for pres, når han først har bundet sig. Afhængigheden i denne forstand behøver imidlertid næppe at adskille sig meget fra, hvad der kendes i andre kontraktforhold. Indenfor den frie samhandel vil man jævnligt være afhængig af hinanden i en grad, som gør den personlige bestemmelsesret efter kontraheringen til en illusion. Den selvstændige handelsagent, der efterhånden har koncentreret sin fulde virksomhed omkring et enkelt produkt, er fuldt så bundet af sin leverandør, som den almindelige lønmodtager er af sin arbejdsgiver.

Situationen er da den, at der vel på teoretisk plan kan opstilles momenter, som vil tale i den ene eller den anden retning ved afgrænsningen af de arbejdskontrakter, som hører under de arbejdsretlige regelsæt. Derimod kan der tydeligvis ikke opstilles nogen matematisk formel for løsningen af de praktiske tvivlstilfælde.

Afgørende bliver således det, man kan kalde de sociale realiteter, nemlig den omstændighed at en række arbejdsforhold omgærdes med forestillinger om et fælles indhold og rent faktisk er blevet underkastet særreguleringer i ikke uvæsentligt omfang. Men disse reguleringer hviler delvis på vilkårlighed, således at forstå, at der er tale om et produkt af samfundsmagtens skøn over, hvorledes retssystemet bør indrettes for at nå bestemte mål, uden at man herved har knyttet sig til begreber af sikker juridisk kvalitet. Bag dette skøn ligger således utvivlsomt også bevidstheden om, at der er tale om en gruppe, som uagtet sin uigennemsigthed i grænsezonen har et homogent centrum, er omfattende nok til at være politisk relevant, har klart definerbare behov og endelig i kraft af forbindelsen til arbejdsgiveren er et egnet objekt for tryghedsreguleringer hvilende på denne. Lønmodtagerreguleringernes udstrækning i den grå overgangszon til de uafhængige arbejdskontrakter vil følgelig være underkastet de til enhver tid herskende strømninger i samfundet. Klare eksempler på udbredelsen af arbejdsretlige regler uden for disses oprindelige område kendes da også. I midten af 40'erne udstraktes således f.eks. i Sverige lovgivningen om forenings- og forhandlingsretten til sådanne arbejdstagere, som selv om noget ansættelsesforhold ikke forelå dog indtog en afhængig stilling af væsentligt samme art som lønmodtagerens til arbejdsgiveren

²⁰⁵. Og tilsvarende udvidelser vandt indpas f.eks. i relation til arbejdsmarkedets forsikringsordninger. Men en tendens til at parallelisere tryghedssystemerne for personer i og uden for egentlige tjenesteforhold genfindes iøvrigt i visse EF-initiativer ²⁰⁶ og muligt i den stigende tilbøjelighed til at yde opsigelsesvarsel til selvstændige handelsagenter ²⁰⁷.

Herved kommer retsanvendelsen altså i defensiven. Man er henvist til at deducere sig frem til et billede af det almindelige ansættelsesforhold ud fra de karakteristika, som lader sig uddrage af de eksisterende retsregler på området. Litteraturen har da også i væsentlig grad beskæftiget sig med at udfælde sådanne faktorer, som, uden hver for sig at være udslaggivende, skulle være i særlig grad egnede til at indicere, om der foreligger et arbejdstagerforhold i almindelig arbejdsretlig forstand eller ej ²⁰⁸. Groft sagt har man herved koncentreret sig om følgende:

1) Graden af arbejdsgiverens dispositionsret i det løbende kontraktforhold og de hermed forbundne momenter. Som refleksvirkning af denne beføjelse står således adgangen til at føre kontrol med den løbende arbejdsydelse og arbejdstagerens eventuelle rapporteringspligt. Omvendt må rådighedsretten forudsættes at være til stede i de tilfælde, hvor arbejdet alene er bestemt efter art og/eller udføres inden for en nærmere fastsat arbejdstid.

2) Ordningen af det økonomiske mellemværende, især vederlagets udmåling og art ²⁰⁹. Karakteristisk for lønmodtagerforholdet skulle således være, at arbejdstageren ikke opnår driftsherrevinst men betaling i for-

205. Begrundelsen herfor var erkendelsen af, at det økonomiske liv i almindelighed er bedst tjent med, at interesseløst løses ad forhandlings- eller forligsvejen.

206. Således om samordning af vilkårene for handelsrejsende og handelsagenter i EF-landene.

207. Se f. eks. U 64/361, U 65/373, U 71/323. Betænkning 701 1974 om ændring af kommissionsloven anbefaler iøvrigt gennemførelsen af udfyldende regler herom.

208. Hertil Ussing »Enkelte Kontrakter«, p. 325, Ole Hasselbalch »Ansættelsesret«, p. 12, Svante Bergström »Kollektivavtalslagen« p. 40, Folke Schmidt »Löntagarrätt p. 58, Axel Adlercreutz »Arbetstagarbegreppet« p. 123, Paal Berg, »Arbejdsrett« p. 39. Opregninger af denne art kendes iøvrigt ikke blot fra litteraturen. Således forekommer det, at forarbejderne til de positive bestemmelser benytter sig af en tilsvarende fremgangsmåde i et forsøg på at illustrere tanken bag den afgrænsning, som ikke kan udtrykkes entydigt i lovtæksten. (Således Kommissionsbetænkningen af 1947 til funktionærloven p. 38 f og kommissionsbemærkningerne til §§ 65 og 86 til lovforslaget af 1917 til Kommissionsloven).

209. Det vil dog næppe være afgørende i alle relationer, at der opnås vederlag for arbejdet overhovedet, jfr. f. eks. arbejdsskadesforsikringslovens § 1.

hold til den medgåede tid eller det tilvejebragte resultat. Modsat vil han principielt ikke bære nogen risiko for, at arbejdet lykkes. Samtidig oppebæres godtgørelse for udlæg, ligesom han får stillet driftsmateriel til rådighed fra virksomheden, medens den selvstændige f.eks. selv bekoster forretningslokaler, indestår for moms o.s.v.

3) Den eventuelle pligt til at udføre arbejdet personligt, d.v.s. uden adgang til at sætte en anden i sit sted.

4) Tilknytningen til arbejdsgiveren, herunder arbejdets varighed, den omstændighed at der er tale om mere end et bijob, eller at andet arbejde ikke kan bestrides ved siden af pågældende beskæftigelse. Ligeledes at arbejdet udføres på selve virksomheden.

5) Den »sociale« vurdering af forholdet, altså spørgsmålet om hvorvidt arbejdstageren i henseende til sin sociale og erhvervsmæssige stilling kan sidestilles med en almindelig lønmodtager.

Det ville være nærliggende at opfatte disse momenter som et mekanisk instrument, en slags checkliste hvorudaf det til enhver tid er muligt at aflæse det korrekte resultat i de konkrete retstilfælde. Enhver, der har beskæftiget sig med problemet i praksis, vil imidlertid vide, at denne fremgangsmåde ikke lader sig anvende med tilfredsstillende resultat. Selv om man gennem den omtalte deduktive virksomhed utvivlsomt er kommet tættere på en dækkende almen opfattelse af arbejdstagerbegrebet, end det var muligt på retsteoretisk/abstrakt grundlag, vil det billede heraf, som på afstand virker konsistent, gå i opløsning, når man bevæger sig tættere på. Dette hænger igen sammen med den omstændighed at arbejdsmarkedslovgivningen, uagtet den kunne synes at bygge på en enhedsopfattelse af den berørte personkreds, efter sit indhold og sin oprindelse udgør en så heterogen masse, at ethvert forsøg på at nå til et fælles resultat på forhånd vil være dømt til at mislykkes. Vejen til løsningen af de praktiske retstilfælde må nødvendigvis gå over en anerkendelse af denne fleksibilitet. Dette indebærer, at man er nødt til at tage udgangspunkt i strømningerne og de dybere liggende grunde bag hvert enkelt regelsæt.

Herved må imidlertid nok et par generelle usikkerhedsfaktorer tages i betragtning. Omtalte fleksibilitet synes således at have flere facetter, hvoraf kun den ene har henblik på arbejdstagerbegrebets omtalte relative uafhængighed i hver enkelt lov. Således foreligger også, hvad der kan kaldes en absolut uafhængighed eller uafhængighed i tid derved at opfattel-

sen af begrebets kernepunkter tydeligvis er undergået en forskydning gennem årene.

Afgrænsningsproblemerne var første gang genstand for en mere defineret stillingtagen ved forberedelsen af kommissionsloven af 1917. Som allerede nævnt skelner man her imellem selvstændige handelsagenter og handelsrejsende i tjenesteforhold, og i bemærkningerne til forslaget §§ 65 og 86 opregnes en række momenter som vejledende for afgørelsen i de konkrete tilfælde. Herunder lægges f.eks. vægt på, *om* den pågældende frit disponerer sin tid, *om* han hyppigt virker for flere agenturgivere, *om* han oppebærer vederlag, der udelukkende har form af provision, *om* arbejdet geografisk udføres på et helt andet sted end hos agenturgiveren, og *om* der er aftalt opsigelsesvarsel ²¹⁰. En nutidig opfattelse ville næppe have taget det samme udgangspunkt. Den omstændighed, at pågældende bestrider flere jobs, vil således næppe i dag kompromittere anerkendelsen af lønmodtagerstatus ²¹¹. Præstationslønformen har vid udbredelse også inden for de almindelige lønmodtagerforhold, og arbejdsstedet kan for disse meget vel ligge uden for virksomheden («hjemmearbejdere»). Omvendt bliver det stadig mere almindeligt, at der aftales opsigelsesvarsel for selvstændige agenter ²¹².

En tilsvarende forskydning markeres i andre regelsæt. I funktionærlovsmæssig sammenhæng er der således f.eks. anledning til at notere udviklingen bort fra lovens oprindelige ordning, hvorefter den pågældendes eventuelle sideordnede beskæftigelse spillede en langt mere fremtrædende rolle end nu. Og et identisk forløb kendes inden for ferieloven, hvis

210. Afgørelser: SHT 23/324, SHT 35/52, ØLT 24/86, VLT 29/252, U 38/614.

211. Jfr. nu den selvstændigt opstillede 15 timers betingelse i funktionærlovens § 1.

212. Denne udvikling markeres da tilsyneladende også inden for det område, der dækkes af nævnte lov. Betænkning 701/1974 om ændring af kommissionsloven foreslår f. eks. reglen i lovens § 71 (om ret til provisionsnota) udstrakt også til de ansatte rejsende - en rimelig erkendelse af, at den forudsætning 1917-betænkningen lagde til grund, nemlig at disse gennem kontakten med kontoret har lejlighed til at skaffe sig de fornødne oplysninger, ikke mere holder stik. Ligeledes knytter man sig som en »kodifikation« af gældende ret til funktionærlovens regler, selv om denne lovs tjenesteforholdsbegreb nok går noget ud over kommissionslovens oprindelige. Iøvrigt er det næppe ganske utvivlsomt, at funktionærlovens regler, således som betænkningen forudsætter, i alle tilfælde finder anvendelse på handelsrejsende i tjenesteforhold til handelshuset. Og forudsætningen holder ej heller stik, hvor funktionærlovens 15 timers krav i § 1 ikke er opfyldt.

oprindelige krav om arbejde af mindst 1 uges varighed henholdsvis regelmæssigt mindst 3 dage ugentligt ikke længere er opretholdt ²¹³.

Lønmodtagerbegrebets tidsmæssige fleksibilitet tilsiger altså en vis forsigtighed med det materiale, som står til rådighed. En anden vanskelighed flyder af begrebets bøjelighed som redskab for lovgiver i byrdefordelingspolitikken som jo selvsagt ofte vil være produkt af et skøn, der ikke har udspring i retlige betragtninger. Dette vanskeliggør den efterfølgende retsanvendelse.

Til illustration kunne fremhæves et par bemærkninger fra 1948-betænkningen til funktionærloven, hvori det hedder ²¹⁴: »Udvalget finder, at det er en naturlig Betingelse for, at man kan paalægge en Arbejdsgiver de af Loven følgende Byrder, at Funktionæren har sin Hovedbeskæftigelse hos ham«. Og videre: »De Repræsentanter, der som Regel som Følge af, at de repræsenterer flere Firmaer, selv tilrettelægger Ruter og Kundebesøg, ikke aflægger regelmæssig Rapport og iøvrigt disponerer frit med Hensyn til deres Arbejde« er »følgelig nærmest ... at sidestille med selvstændige Forretningsdrivende. Udvalget er i Overensstemmelse med Domspraksis af den Opfattelse, at saadanne Medarbejdere i en Virksomhed falder uden for den almindelige Opfattelse af Funktionærbegrebet og ikke trænger til Lovens Beskyttelse«. Herved bliver der til dels tale om en ansvarsfraskrivelse. Når retsinstanser skal løse konkrete tvivlstilfælde, må man søge tilbage til de ræsonnementer, som ligger til grund for lovens områdeafgrænsning. Men denne beror på et politisk rimelighedsskøn. I den udstrækning, hvori dette rimelighedsskøn ikke er underbygget med konkrete anvisninger, ender man i noget, som har mere med politisk end juridisk virksomhed at gøre.

Med de nævnte usikkerhedsfaktorer tilbagestår herefter forsøget på at nå til klarhed over indholdet af den afgrænsning, som anvendes i de enkelte regelsæt. Herunder er detaljerne vel ikke afgørende, og der vil da i det følgende ej heller blive gjort forsøg på dyberegående sammenligninger af enkelthederne i afgørelsespraksis. Derimod er det væsentligt at forsøge at

213. Som et supplerende eksempel på glidningen i opfattelsen af tjenesteforholdets natur: I ældre tid opfattedes medhjælperens arbejdsforpligtelse som værende videre (jfr. den omstændighed, at tyendet stillede sin arbejdskraft »som helhed« til rådighed) end nu, hvor pågældendes mulighed for at afvise andet arbejde end det, hvortil han er fæstet, næppe berøver stillingen dens retlige karakter. Angående diskussionen herom, se Lassen-Ussing: »Lærebog i Obligationsretten, specielle Del«, 1931, p. 337 f.

214. P. 38 f.

klarlægge tyngden og funktionen i hvert af de foran opregnede momenter for måske derigennem at nå frem til en bedre erkendelse af de legislative grunde for en løsning i den ene eller den anden retning.

Afgørelserne på funktionærområdet, hvor den største domspraksis findes, falder stort set ind i en traditionel/kontraktsretlig opfattelse af lønmodtagerbegrebet ²¹⁵.

Den centrale instruktionsbeføjelse eller mangelen på samme, stillingens selvstændighed, danner her basis for adskillige sager ²¹⁶. Konstateringen af, hvorvidt denne beføjelse er til stede eller ej, kan imidlertid være problematisk, hvis arbejdet udføres under sådanne omstændigheder, at virksomhedens dispositionsadgang ikke fremstår som en selvfølge. Dette er f.eks. aktuelt i relation til salgspersonale, akkvisitører o.l., som nødvendigvis befinder sig »i marken«, og hvor der yderligere opstår den vanskelighed, som ligger i, at der på mange områder er tradition for etableringen af selvstændigt virkende handelsagenturer. I så fald er det nødvendigt at prøve at eftervise eller afkræfte afhængigheden i forholdet til virksomheden. Man vil derfor i varierende grad lægge vægt på, hvorvidt der består en regelmæssig forbindelse med denne, typisk manifesteret i et hyppigt fremmøde eller pligt til løbende at rapportere om det udførte kundearbejde og denne rapporteringspligts indhold ²¹⁷. Ligeledes ligger der måske en antydning i den omstændighed at arbejdet pågår inden for anviste distrikter og rejseruter ²¹⁸. Vægten i sidstnævnte bør dog i parentes bemærket næppe overdrives, da tilsvarende ordninger er almindelige også for selvstændige handelsagenter.

Ofte vil sagens omstændigheder tale i hver sin retning. I så fald må de forhold, der er essentielle kendetegn for arbejdsgiverens rådighedsret anses for udslagsgivende. Frihed, der er begrundet i arbejdets karakter, behøver således ikke afgørende at tale imod anerkendelse af tjenestestillingen. Den omstændighed, at pågældende selv fastlægger sine rejseruter,

215. I enkelte tilfælde synes den måde, hvorpå parterne selv har anskuet forholdet, trods lovens præceptive karakter at have spillet en rolle til bestyrkelse af det resultat, som iøvrigt måtte fremstå, jfr. f. eks. U 76/940 (arbejdstageren medlem af Grosserersocietet), U 40/841 (ingen betalt ferie), SHT 50/75, SHT 46/10.

216. U 52/484, U 56/603, U 64/409, U 69/117 og især U 76/200, SHT 40/322. Muligvis tillige U 55/497, SHT 50/75, SHT 60/195.

217. U 40/841, SHT 50/135, jfr. U 51/722, U 61/703, U 61/749, U 69/117, U 72/935, U 76/940, U 78/958, HRT 55/493, SHT 39/285, VLT 48/378.

218. SHT 50/135, jfr. U 51/722, U 52/484, U 78/958, HRT 55/493, SHT 39/285.

behøver f.eks. næppe at afskære funktionærlovens anvendelse, hvis rapportpligten dog er opretholdt ²¹⁹. Tilsvarende gælder tilsyneladende i andre relationer. En høj grad af professionel selvstændighed i jobbet eller den frihed, som grundes i pågældendes alder, dygtighed og erfaring, behøver således heller ikke at afskære funktionærstatus, når arbejdsgiveren dog har den løbende endelige bestemmelsesret angående rammen for opgavens gennemførelse. ²²⁰. Modsat har man været inde på, at den selvstændige erhvervsdrivende ikke nødvendigvis behøver at optræde ganske uafhængigt af virksomhedens direktiver. Almindelige vejledninger, der ikke har karakter af løbende instruktion præjudicerer næppe stillingen ²²¹. Et identisk synspunkt lægges iøvrigt til grund med henblik på pligten til at overholde en fast arbejdstid. Eksistensen af en sådan vil ofte karakterisere det lønnede arbejdsforhold ²²². Men muligheden for at gennemføre denne ordning vil i høj grad kunne variere alt efter jobbet karakter. Selv stor frihed i så henseende synes derfor ikke med nødvendighed at afskære anerkendelsen af en egentlig tjenestestilling ²²³.

Den praktiske konsekvens af rådighedsretten vil normalt være en position, hvor arbejdstageren så at sige indgår i virksomhedens struktur. Heraf flyder igen en identifikation imellem virksomhed og funktionær udmøntet i, at sidstnævnte optræder på førstnævntes vegne ²²⁴. Men arbejdsgiverens ledelsesret i videste forstand har måske også en anden betydning. Således synes man at opfatte funktionærens pligt til at udføre de opgaver, som arbejdsgiveren løbende anviser, som helt central. Den omstændighed, at forholdet ikke er befæstet med nogen egentlig arbejdsforpligtelse, antages følgelig at tjene til at trække det udenfor de arbejdsretlige reguleringer ²²⁵. Med andre ord: Medens der i det frie arbejdsforhold formodningsvis kontraheres om afgrænsede opgaver på en måde, hvor arbejdstageren har ret til at nægte at påtage sig disse, er situationen omvendt i den lønnede beskæftigelse. Her antages han som udgangspunkt at være bundet til en

219. U 40/199 (SHT 39/275), U 71/731.

220. Hertil U 60/880, U 64/248, U 68/643, U 71/731, sml. U 54/914 (SHT 54/187).

221. SHT 46/10, SHT 50/135, jfr. U 51/722, SHT 53/302 sml. U 61/703 og U 72/935.

222. U 40/841.

223. U 64/248, VLT 43/256 sml. dog U 54/914 (SHT 54/187) U 72/935 og SHT 46/10.

224. U 61/749, U 64/248, VLT 43/256 muligt J 39/191.

225. SHT 50/135 jfr. U 51/722 (pågældende kunne lade arbejdet ligge en periode), U 52/484 forudsætningsvis, U 56/1 (ingen mødepligt), U 77/444, SHT 60/195 men også U 48/1026 (U 47/786).

løbende forpligtelse, der alene suspenderes ved iagttagelse af kontraktens normale frigørelsesregler. Heller ikke dette forhold bør dog rimeligvis overdrives. På arbejdsområderne er det meget almindeligt, at lønmodtager og arbejdsgiver kontraherer om et enkeltstående stykke arbejde. Dette gælder især i byggeriets akkordforhold. Tilsvarende vil kunne forekomme på funktionærlovens område, særlig i forbindelse med de såkaldte vikarsættelser. Men mellemværendets karakter af egentligt tjenesteforhold vil her vise sig i arbejdsgiverens løbende instruktionsbeføjelse, så længe det enkelte job varer ²²⁶.

Også de konsekvenser funktionærlovspraksis drager af den måde, hvorpå parterne har ordnet deres økonomiske mellemværende, falder ind i det oven for afstukne mønster. Den omstændighed, at virksomheden stiller arbejdsmaterialer og redskaber til rådighed af ikke helt underordnet værdi og svarer de omkostninger, som iøvrigt er forbundet med arbejdet, anses således at tale for anerkendelse af den egentlige tjenestestilling ²²⁷. Det samme gælder ydelsen af fast løn ²²⁸. Omvendt er et rundeligere og anderledes ansat vederlag modsvarende den selvstændiges driftsrisiko anset at tale imod anerkendelse af funktionærstillingen ²²⁹, og tilsvarende gælder manglende regelmæssighed i afregningen ²³⁰.

Tilknytningen til arbejdsgiveren i bredere forstand, altså spørgsmålet om, hvor stor en del af arbejdet der helliges virksomheden, herunder eksistensen af andre forretningsforbindelser, måtte naturligvis fortrinsvis påkalde sig opmærksomhed under en retstiltand, der ikke som den nuværende bygger på et udtrykkeligt lovkrav m.h.t. mindstemålet for den arbejdsindsats, der tidsmæssigt kan begrunde lovens anvendelse ²³¹. Graden af sådan tilknytning synes dog stadig at være af en vis interesse. Den omstændighed, at den pågældende udelukkende arbejder for virksomheden, tages således som indicium for, at der foreligger en egentlig ansættelse

226. Hertil iøvrigt U 48/864 om en afløsningsekspeditrice.

227. U 61/703, U 61/749, U 64/248, U 76/940, U 69/117, U 76/940, VLT 43/256. Den omstændighed, at pågældende selv lønnede medhjælp i en vis udstrækning, ansås dog i U 64/248 ikke tilstrækkeligt til at bringe forholdet uden for funktionærloven.

228. U 39/1126.

229. U 61/703, U 78/958, SHT 46/10.

230. Hertil VLT 48/378 og U 59/499 men også U 40/841.

231. Se fra ældre praksis U 39/593, U 39/1126, J 39/150, SHT 40/256, SHT 40/145 forudsætningsvis, SHT 40/286, SHT 50/75, VLT 29/252, VLT 48/378. Iøvrigt U 48/864 om en afløsningsekspeditrice.

²³², medens modsat det forhold, at han opretholder betalt kontakt til anden side, kan tjene til at fuldstændiggøre billedet af stillingens selvstændige karakter ²³³.

Det foregående har primært henblik på udskillelsen af personer, der i forhold til arbejdsgiveren nærmest må betragtes som selvstændige erhvervsdrivende. Over for denne eksterne afgrænsning står en intern, nemlig over for sådanne medarbejdere, der i kraft af deres placering i organisationen eller på andet grundlag indtager en uafhængig position. Denne afgrænsning, der især har henblik på visse ledende medarbejdere ²³⁴, har ikke givet anledning til særligt mange sager ²³⁵.

At ikke et hvilket som helst overordningsforhold bringer stillingen uden for loven fremgår allerede af dennes § 1 stk. 1 c), hvorefter personer, der udelukkende eller i det væsentlige beskæftiger sig med på virksomhedens vegne at lede eller føre tilsyn med andres arbejde, er dækket. Heroverfor forudsætter revisionsbetænkningen af 1948 ²³⁶ som allerede berørt, at administrerende direktører nærmest må sidestilles med arbejdsgivere og derfor så lidt som de selvstændige erhvervsdrivende har lovens beskyttelse behov, endsig falder under den almindelige opfattelse af funktionærbegrebet. Ved klarlæggelsen af, hvor den nærmere grænse går, er man altså tilbage i det gamle problem: Udsondringen hviler på en politisk byrdefordelingsbetragtning, der er lidet håndterlig. Arbejdstagerens eventuelle behov for beskyttelse er et problematisk udgangspunkt for afgørelsen, og henvisningen til den almindelige opfattelse af funktionærbegrebet rummer ingen selvstændige bidrag til forståelsen af samme. Det er følgelig nødvendigt at søge at efterrationalisere sig frem til grunde, som må antages at kunne bære resultatet.

Afgørende er vel nok især den elementære forestilling om, at virksomhedens ejerskab må personificeres, og at denne person som en lige så stor selvfølgelighed må stå uden for de regler, der gælder arbejdstagerne iøv-

232. U 61/749, U 64/248, U 69/117.

233. U 76/940, U 77/444, SHT 39/285, SHT 50/75, VLT 41/35, sml. dog f. eks. U 64/409 (tilladelse til at optage ordrer fra andre). Kuriøst U 44/1222, der nægter at anerkende funktionærstilling i bijob, da hovedbeskæftigelsen havde karakter af en statstjenestemandsstilling.

234. Et problem om den reelle afhængighed er undertiden opstået i tilfælde, hvor der består en familiemæssig tilknytning mellem parterne, U 74/1070.

235. Dette kan muligt bla. ses i sammenhæng med, at sådanne personer jævnligt vil være omfattet af tilsvarende regler, evt. som »naturalia negotii«, jfr. nedenfor afsnit IV.

236. P. 38 f.

rigt. Tværtimod vil det være uhensigtsmæssigt på forhånd at binde personificeringen af kapitalindsatsen i de retlige strukturer, som er gældende for de almindelige medarbejdere. Ligeledes vil der måske være behov for at undgå den interessekollision hos ledelsen, som kunne være en konsekvens af en henførelse under samme regler.

Med det anførte – forestillingen om kapitalindsatsens nødvendige personificering uden for de retsregler, der gælder de øvrige ansatte, harmonerer i hvert fald et par afgørelser om lønnede tillidshverv i organisationerne²³⁷. Og hermed harmonerer formentlig også tendensen til at give undtagelsen en snæver tilknytning til de stillinger, der substituerer den egentlige arbejdsgiver²³⁸.

Domspraksis i relation til de øvrige arbejdsmarkedslove følger i væsentlig grad den linie op, som markeres i funktionærloven. Tæt beslægtet med denne står medhjælperloven, hvor problemet fortrinsvis består i at udskille de selvstændigt virkende forpagtere og bestyrere. Afgørelserne her præges imidlertid af, at det isolerede spørgsmål om tjenestestillingens eksistens drukner i de øvrige betingelser for kontraktens henførelse under nævnte lov. Det materiale, som kan nyttiggøres i nærværende sammenhæng, er derfor ret lille. VLT 31/253 udtaler dog, at det for selvstændige medhjælperstillinger er afgørende, i hvilken udstrækning arbejdsgiveren har ført tilsyn med bedriften²³⁹. Men herved lægges også vægt på, om pågældende selv afholder udgifterne til medhjælp, U 43/1014²⁴⁰. Markant står nok alene U 24/95, der finder, at en fodermester med selvstændig beboelse og husstand, betydelig løn og en ikke helt underordnet position på gården indtog en sådan stilling, at hans livsvilkår i det hele faldt uden for den ramme, efter hvilken lovens ubetingede erstatningsregel kunne anses for afpasset. Herved fremstår i et glimt det moment af social vurdering, som i relation til anden lovgivning, jfr. nedenfor, er tillagt en central betydning²⁴¹.

Paralleliteten genfindes også i relation til afgrænsningen af konkurslo-

237. Således U 61/690 (tillidshverv som kasserer og arbejdsfordeler under ansvar overfor generalforsamlingen). U 68/122 (bestyrelsesmedlem og heltidsbeskæftiget, der »nærmest selv repræsenterer arbejdsgiveren«).

238. Jfr. U 66/664 om en selskabsdirektør med sædvanlige beføjelser.

239. Jfr. også U 43/1014.

240. Dog også U 1917/705 og U 29/441, der iøvrigt antager, at vederlagets eventuelle afhængighed af udbyttet ikke afskærer anerkendelsen af tjenestestilling.

241. Om et tilfælde af familiemæssigt tilknytningsforhold mellem parterne, se U 39/102, U 37/1142 og U 39/102.

vens lønprivilegium²⁴². Denne lovgivning rejser imidlertid et særligt problem. Således vil en udstrækning af ordningen til medarbejdere, som har en væsentlig indflydelse på virksomhedens drift, kunne være ubillig i forhold til de almindelige kreditorer og tillige skabe basis for ikke tilsigtet brug af de fordele, privilegiet indebærer. Personer, der er skyldneren nærtstående, kan her nægtes fortrinsret efter den udtrykkelige regel i konkursloven § 95, stk. 2 (jfr. § 2), når denne ret ud fra f. eks. pågældendes økonomiske interesse i virksomheden ikke er rimeligt begrundet. Men visse ledere anses efter retspraksis i det hele at falde uden for det arbejdstagerbegreb, bestemmelserne bygger på²⁴³. For sådan udelukkelse er det dog næppe tilstrækkeligt, at den pågældende blot er almindelig arbejdsleder og tilsynsførende, U 28/110²⁴⁴. Afgørende er derimod det, som er kaldt myndigheden i virksomhedens anliggender²⁴⁵. Således er det antaget, at medlemskab af bestyrelsen afskærer lønprivilegiet²⁴⁶, og at medejerskab trækker i samme retning^{247, 248}.

På denne måde får konkurslovens lønmodtagerbegreb altså den selvstændighed, som betinges af risikoen for en anvendelse af de materielle regler, der ligger ud over det ved gennemførelsen forudsatte. Fra at være et

242. Hertil Mogens Munch »Tillæg til Konkursloven«, p. 135, samme »Konkursloven« (af 1977 med kommentarer), p. 399 ff, H. G. Carlsen, »Dansk Funktionærret«, 2. udg. Se iøvrigt især VLT 29/252 (Kommissionsloven), U 61/703 (funktionærloven) og U 66/664 (funktionærloven og ferieloven). Hvor privilegiets anvendelse er underkastet selvstændig prøvelse, genfindes også de allerede refererede momenter i afgørelserne, således: Om den centrale ledelsesbeføjelse eller mangelen på samme, SHT 51/130, U 51/879, U 61/703, iøvrigt U 1896/1290, U 1905A/281, U 1913/349. Om betydningen af andre forretningsforbindelser SHT 51/130, U 61/1014, U 1886/731, U 1907/828, U 1907/762, U 1911/698, U 26/511. Om driftsherreansvaret U 67/687 og kapitalindsatsen U 61/703, U 1907/762, U 1913/349. Om vederlagets art U 1871/259, U 1886/731, U 1896/1290, U 1913/349, U 37/485 (provisionslønformen ikke afgørende) og fastsættelse U 61/703. Om valgt medhjælp i forening U 1919/244. Andre ældre afgørelser: U 1878/190, U 1891/939, U 1904/645, U 1907/828, U 1908/474.

243. Hertil iøvrigt Niels Ørgaard, »Konkursret«, 2. udg. p. 223 f, Mogens Munch, »Konkursloven« (af 1977 med kommentarer) p. 400 f. Se iøvrigt H. G. Carlsens betænkkeligheder i J 67/469 f.

244. Tillige U 1901/952, U 1911/459.

245. U 1898/903.

246. SHT 40/270, U 30/1, U 55/730.

247. U 55/730 og fra ældre tid U 1875/754, U 1880/734.

248. En aktieselskabsdirektør falder klart udenfor lovens område U 66/664. Og iøvrigt U 1895/1235, U 1903/638, U 1913/344, U 1914/280. Ligeledes er en fuldmægtig for den fraværende direktør, som efter løbende instruktion fra denne ledede driften, også anset at falde udenfor lønprivilegiets område, U 1902A/169. Stillingens titulatur alene er derimod ikke afgørende, måske U 75/97. Iøvrigt U 1882/309.

passivt redskab for lovens formål får begrebet et mere aktivt indhold. Samme mekanisme kendes f.eks. i relation til lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring. Tidligere havde alene lønmodtagere adgang til nydende medlemskab hos de i henhold hertil anerkendte arbejdsløsheds-kasser. På det seneste er der vel blevet etableret lovmæssig mulighed for godkendelse af en arbejdsløshedskasse for selvstændige. Men vilkårene er her til dels forskellige fra, hvad der gælder i forhold til de almindelige lønmodtagerforhold. Dette afføder visse indlysende vanskeligheder med placeringen af f.eks. personer ansat i et af dem selv ejet selskab. Og også her ender man i en vurdering af, hvorvidt pågældende kan antages at have afgørende indflydelse på virksomhedens drift ^{249, 250}.

Problemerne omkring afgrænsningen af ferieloven og ulykkes(arbejds-skades)forsikringsloven afviger lidt fra de foran refererede. Denne lovgivning er efter sin oprindelse væsensforskellig fra f.eks. funktionærloven og medhjælperloven. Medens sidstnævnte fortrinsvis er vokset ud af en retstradition, markerer ferieloven og ulykkesforsikringslovgivningen i højere grad en social beslutningstagen fra lovgiver. Dette skaber igen basis for en mere uafhængig og formålsbestemt fortolkning ²⁵¹. Hertil kommer en anden omstændighed. Medens funktionærlovens og medhjælperlovens regler bygger på bestemte forudsætninger m.h.t. strukturen af de herunder hørende arbejdsforhold, udgør ferielovens og ulykkesforsikringslovens sikring afgrænsede goder, som lettere lader sig udstrække til kontrakter i grænseområdet for de traditionelle tjenestestillinger. Endelig er denne sikring i afgørende grad gjort til genstand for administrativ afgørelse, hvilket skaber grundlag for et mindre traditionsbundet syn på forholdet.

249. Vejledende ses herved på, hvorvidt han og den nærmeste familie ejer mere end 50% af selskabskapitalen, eller - hvis dette ikke måtte være tilfældet - om der foreligger et personligt samvirke mellem deltagerne om driften, og om det må antages, at hensynet til den begrænsede hæftelse og/eller skattemæssige grunde er afgørende for, at virksomheden drives i selskabsform, jfr. cirkulære fra arbejdsdirektoratet AF 173/77 og AK 49/77.

250. Om familieforhold: Cirkulære fra arbejdsdirektoratet AF 207/77, AK 61/77, der underkender lønmodtagerstatus mellem ægtefæller, hvor den ene havde en afgørende indflydelse på virksomhedens dispositioner.

251. En sådan beslutning lå vel i sin tid også bag konkurslovens regel, jfr. bemærkningerne til lovforslaget: ... »En saadan Udvidelse vil komme en talrig, i økonomisk Henseende sædvanlig ringere stillet Samfundsklasse tilgode og kan, naar henses til, at der i disse Forhold sjælden vil blive Spørgsmaal om at gjøre Fortrinsretten gjældende for betydelige Beløb, eller for mere end en kort Tid, ikke antages at frembyde Betænkelighed af Hensyn til de almindelige Kreditorer« ... Som foran omtalt udløste dette imidlertid ingen frigørelse fra sædvanemæssig opfattelse.

Hvorom alting er, anes der på nævnte lovområder en glidning væk fra den gammelkendte opfattelse. Kravet om, at arbejdet skal udføres i en arbejdsgivers tjeneste, genfindes ganske vist inden for arbejdsskadeforsikringens område ²⁵². Og den herudfra opbyggede administrative praksis hviler da også i vid udstrækning på kriterier, der er stort set parallelle til de ovenfor skitserede ²⁵³. I kombination med disse dukkede der imidlertid allerede på et tidligt tidspunkt et særligt moment op. Således ses en tilbøjelighed til at lægge selvstændig vægt på det, som kan kaldes arbejdstagerens hele økonomiske, erhvervsmæssige og sociale stilling ²⁵⁴. Denne linie genfindes på ferielovens område ²⁵⁵. Afgrænsningen af lønmodtagerbegrebet var her længe underkastet en administrativ endelighedsbestemmelse. Derved skabtes plads for omfattende myndighedspraksis ²⁵⁶, der ud fra en retsanvendelse svarende til den inden for ulykkesforsikringen gældende skulle vise sig ret liberal i arbejdstagerens favør ²⁵⁷.

Ferieloven kunne hermed synes at confirmere en udvikling, der fører

-
252. Nuværende lovs § 1, Hertil iøvrigt betænkning 792/1977 vedrørende arbejdsskadeforsikring, p. 15 og 51. Oprindeligt byggede man tillige på en lønsumsbegrænsning.
253. Hertil G. Hagen »Ulykkesforsikringsloven« p. 81 ff, 298 ff. Således genfindes f. eks. spørgsmålet om driftsrisikoen og kapitalindsatsens placering, U 1920/529 DfU (Direktoratet for Ulykkesforsikringen) 2901/64, vederlagets størrelse og fastsættelse U 1920/529, DfU 7870/57 (men også DfU 2901/64, DfU 4625/59), tilstedeværelsen af andre forretningsforbindelser DfU 51-2-41/65 m.v.
254. Således allerede V. L. Faber: »Ulykkesforsikringsloven af 6. Juli 1916«, p. 148.
255. Se f. eks. referatet i VLT 43/113. Administrationens ret til at gå ud fra det økonomisk/sociale kriterium fremfor karakteren af det retlige forhold mellem parterne (arbejdsforhold eller entreprisforhold) anerkendes i U 43/1046. Synspunktet anerkendes i J 50/119.
256. Herom K. A. Hansen, »Ministerielle Afgørelser angaaende Ferieloven«.
257. Dette indebar altså vel ikke, at de traditionelle kendetegn for tjenestestillingen blev aldeles uden betydning. Tværtimod genfindes disse i rigt mål i afgørelserne. Om den pågældende selv har påtaget sig en driftsrisiko: J 50/119, J 57/117, U 59/199, U 59/923. Om han selv hæfter for materialer, redskaber, fremmed medhjælp o.l. udover det helt uvæsentlige: U 59/199, U 59/923, U 61/673, U 71/801, J 50/119, SHT 57/166 (dog også U 70/850). Om vederlagets fastsættelse, størrelse og form: U 59/199, U 61/673, U 70/850, U 71/801, J 55/182, J 57/117, SHT 57/166. Om instruktionsbeføjelsen og forhold, der indicerer tilstedeværelsen af samme i tilfælde, hvor der efter arbejdets art er behov for en sådan: U 59/199, U 65/796, U 71/801, J 55/182, SHT 57/166. Om arbejdsforpligtelsen J 57/117. Om overordningsforholdet VLT 56/6. Dog træder visse forhold, især beskæftigelsens omfang, tydeligvis i baggrunden, U 55/951, J 55/182. Den omstændighed, at den fulde arbejdskraft står til rådighed for firmaet, vil dog i særlig grad støtte kravet om lønmodtagerstatus, U 61/673, SHT 57/166. Medens den omstændighed, at der består flere forretningsforbindelser, e.o. vil kunne være egnet til at underbygge billedet af den selvstændige forretningsdrivende, U 57/927.

arbejdsmarkedets love over i en retning, hvor de fungerer som mere aktivt redskab for opnåelse af de sociale formål: Afgørende for lovens anvendelse bliver ikke kontraktens ydre kendetegn, men derimod de indre grunde, som taler for at lade beskyttelsesreglerne finde anvendelse. Ud over de momenter, som efter almindelig opfattelse af arbejdstagerbegrebet karakteriserer dette, opstilles således et nyt, der lægger afgørende vægt på, om arbejdets beskaffenhed og de sociale behov er således sammenlignelige med det almindelige lønmodtagerforhold, at der er anledning til at lade de herfor gældende regler finde anvendelse ^{258, 259}.

Hvorvidt denne linie er holdbar eller ej ud fra retsreglerne skal ikke her diskuteres i detaljer. Afgørende er til syvende og sidst domstolens syn på sagen. Og selv om det afgørelsesmateriale, som hidrører herfra, vel nok kunne tages til indtægt for en vigende tilbøjelighed til at anerkende stillingens selvstændighed²⁶⁰, er det dog for begrænset og de enkelte afgørelser for vanskeligt sammenlignelige til, at det er muligt at nå sikre konklusioner. Af de grunde, som allerede er nævnt ovenfor under B.d., må der alt i alt nok udvises forsigtighed med at drage for mange slutninger ud fra administrationens praksis alene. Dette støttes også af, at den eneste fremstilling, som sammenstiller resultaterne mere udførligt og medtager utrykt domspraksis, må konstatere, at administrationen måske er tilbøjelig til at gøre lønmodtagerbegrebet videre, end domstolene har villet acceptere ²⁶¹. Under alle omstændigheder bør den sociale betragtningsmåde

258. Jfr. U 61/673, der lægger vægt på arbejdets beskaffenhed, samt U 71/801.

259. Samme tendenser (den formålsbestemte fortolkning) kendes indenfor lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring. Også her opregnes de traditionelle momenter: Instruktionsbeføjelsen, driftsrisikoens og kapitalindsatsens placering, vederlagets art, om pågældende identificeres med virksomheden eller tværtimod markerer sig selvstændigt m.v. (Else Basse, »Socialret 2. Arbejdsformidling og Arbejdsløshedsforsikring« p. 45 ff. Hertil iøvrigt arbejdsdirektoratets cirkulære AK 129/70 og AF 389/70). En enkelt forfatter er imidlertid inde på spørgsmålet om, hvorvidt pågældendes indtjening er anlagt efter samme linier som de i vedkommende fag almindeligt praktiserede, eller med andre ord: hvorvidt retsgrundene for lovens dækning er de samme. (P. E. Borgqvist: »Lov om Arbejdsformidling og Arbejdsløshedsforsikring«, 2. udg.).

260. Afgørelser, der fastslår selvstændighed: U 57/927, U 59/923, U 59/499, U 66/664 (aktieselskabsdirektør), U 72/263, U 74/1070, J 57/117, J 39/224, VLT 56/6 (direktør).

261. Jfr. Michael Keldsen: »Tjenesteforholdsbegrebet i funktionær- og ferieretlig belysning« p. 20: ... »Der findes således ikke trykte domme - og så vidt ses heller ikke utrykte - hvor en domstol har ment, at der foreligger tjenesteforhold i FL's forstand imod en af direktoratet og arbejdsministeriet truffet afgørelse. Derimod findes der en del praksis, hvor domstolene i modsætning til direktoratets og arbejdsministeriets afgørelser har udtalt, at der ikke foreligger tjenesteforhold...«

ikke udstrækkes ganske uden hensyntagen til de underliggende reglers karakter. Inden for arbejderbeskyttelseslovgivningens område har f.eks. såvel de foreliggende lovkommentarer ²⁶² som bemærkningerne til betænkningen af 1938 fra udvalget angående arbejderbeskyttelse ²⁶³ foretaget en sammenkædning med ulykkesforsikringsloven ²⁶⁴. Men det har ikke meget formål at hævde lovens regler i arbejdsforhold, der ikke hviler på en utvetydig instruktions- og kontrolbeføjelse fra arbejdsgiverens side. Uden denne beføjelse bliver en væsentlig del af forskrifterne og ikke mindst arbejdsgiveransvaret nærmest meningsløse.

Det væsentlige er imidlertid i nærværende sammenhæng at vise, at lønmodtagerbegrebet også kan orienteres imod det mere formålsbestemte. Dette markerer en ny funktion af dette begreb og udgør derfor andet og mere end et supplerende element i den ovenfor opstillede liste over afgrænsningskriterier. I så henseende har retsanvendelsen inden for ferieloven og ulykkesforsikringsloven træk fælles med den, der kendes på visse andre områder, således i forhold til kildeskattelovgivning og til anvendelsen af Danske Lovs regel om det såkaldte principalansvar ²⁶⁵.

En sidste og lidt speciel afgrænsningmetode er endelig repræsenteret i et glimt indenfor arbejderbeskyttelseslovgivningen. Den tidligere lov sigtede her efter sit indhold på »arbejdere (medhjælpere)«. Tilføjelsen skulle understrege ²⁶⁶, at ordet arbejder måtte forstås i vid betydning som

262. Mogens Falk, Lisbeth Lollike og Henrik Elo Petersen: »Arbejds miljøloven« p. 46. Erik Dreyer »Lov om almindelig Arbejderbeskyttelse« p. 70.

263. P. 104.

264. Arbejds miljølovens § 2 taler om »arbejde for en arbejdsgiver«, hvilket efter bemærkningerne til lovforslaget skulle dække samme område som den tidligere arbejderbeskyttelseslovgivnings beskæftigelse i en arbejdsgivers »tjeneste« (lov om almindelig arbejderbeskyttelse, § 1, lov om arbejderbeskyttelse indenfor handels- og kontorvirksomhed, § 1).

265. Også i sidstnævnte henseende fastholdes vel principielt instruktions- tilsyns- og kontrolmyndigheden som en nødvendig betingelse for hæftelsen. Men dette er ikke anset at være en hindring for i visse tilfælde at udstrække denne til aldeles selvstændige hvervtagere, hvilket antagelig bl.a. ses i konsekvens af den almindelige tendens til inden for erstatningsretten at pålægge ansvar også for selvstændige medhjælpere, når det drejer sig om udførelse af arbejder eller andre foranstaltninger, som ejeren af en fast ejendom er forpligtet til at foretage for at forebygge skader eller ulemper, der kan ramme almenheden. (A. Vinding Kruse: »Erstatningsretten«, 3. udgave p. 233).

Inden for skattelovgivningens område har man positivt henført en række indtægtsarter som A-indkomst til de for lønmodtagere i tjenesteforhold gældende regler. (Hertil Ole Bjørn, Lida Hulgaard og Aage Michelsen: »Lærebog om Indkomstskat« p. 638).

266. 1938-betænkningen fra udvalget angående arbejderbeskyttelse, p. 103 ff.

omfattende medarbejdere af enhver kategori og altså også overordnede eller betroede folk. Disse var imidlertid ikke omfattet af arbejdstidsbestemmelserne, der indeholdt en udtrykkelig undtagelse for sådanne arbejdsforhold, og for repræsentanter uden for virksomhedens faste arbejdssted²⁶⁷. Undtagelsens omfang skulle imidlertid bero på en vurdering af, i hvilken udstrækning lovens materielle regler måtte anses for uforenelige med den pågældende virksomheds karakter²⁶⁸.

Man bevæger sig altså gennem et bredt spekter af nuancer over det samme tema. Og fra den traditionelle kontraktretlige opfattelse af arbejdstagerbegrebets indhold forskydes tyngden i vurderingen over i en retning, hvor andre hensyn synes at dominere. Dette kan give et uklart grundlag for klassificeringen af de enkelte arbejdsforhold, hvilket er uheldigt ikke mindst i tilfælde, hvor der er behov for en hurtig og let håndterlig vejledning.

Et sådant behov er særlig markant inden for sygedagpengelovens område. Denne strukturerer lønmodtagerens dagpengerettigheder på særlig måde. Og kun selvstændige erhvervsdrivende er berettiget til at sikre sig dagpenge gennem frivillig forsikring i henhold til lovens § 28. Det er derfor nødvendigt for de kommunale social- og sundhedsforvaltninger hurtigt at kunne afgøre, hvornår der er tale om en lønmodtager henholdsvis en selvstændig erhvervsdrivende. Socialministeren har følgelig med hjemmel i lovens § 2 fastsat, at sådanne indtægter skal anses for lønindtægt – og dermed som indtægt, der begrunder dagpenge efter lønmodtagerreglerne – som efter kildeskattelovgivningen er A-indkomst. Herved opnåede man tillige et sikrere beregningsgrundlag for udbetaling af dagpenge fra det offentlige.

Hensynene bag henholdsvis dagpengeloven og skattelovgivningen er imidlertid klart forskellige. I sidstnævnte henseende træder den fiskale interesse i en effektiv opkrævning i forgrunden. I førstnævnte henseende dominerer derimod bl.a. ønsket om at sikre de traditionelle lønmodtagergrupper mod indkomstbortfald ved sygdom m.v. på en måde, som harmonerer med de øvrige arbejdsretlige reguleringer. En række administrative afgørelser har anset arbejdsforhold, der ligger på grænsen af de almindelige tjenestestillinger, som lønmodtagerforhold i dagpengelovens forstand

267. Nuværende arbejdsmiljølovs § 56, stk. 2.

268. 1938-betænkningen fra udvalget angående arbejderbeskyttelse, p. 269.

²⁶⁹. Det er imidlertid klart, at der selv her må være en grænse. »Sociale Meddelelser« af 3/9 1976 ²⁷⁰ fastslår eksempelvis, at værnepligtige har adgang til sygedagpenge af værnepligtslønnen ²⁷¹. Det er uklart, hvorvidt dette er ment som en bindende lovfortolkning. Men er dette tilfældet, kunne konsekvenserne blive, at også f.eks. de indsatte i fængslerne efterhånden vil have adgang til at rejse sådanne krav. Herefter måtte dagpengemyndighederne tage stilling til hvorvidt lovens udbetalingsbetingelser er til stede, herunder f.eks. om der kan anses at foreligge et løsarbejderforhold! Eksemplet illustrerer meningsløsheden i en fremgangsmåde, hvorefter man uforbeholdent lægger sig på en positivretlig regel uden blik for de mangeartede forhold, på hvilke denne skal finde anvendelse. Den omtalte bekendtgørelse har da heller ikke hindret Den sociale Ankestyrelse i at fastslå, at en række forhold, som kun af tekniske grunde er A-indkomstskattepligtige, falder uden for dagpengelovens lønmodtagerbegreb ²⁷².

Resultatet bliver da alt i alt følgende:

Behovet for udsondring af et særligt arbejdstagerbegreb på arbejdsrettens område hænger især sammen med forekomsten af visse specialreguleringer her. Dets nærmere indhold må således fastlægges ud fra disse regelsæt.

Arbejdsmarkedslovgivningen bygger imidlertid i vid udstrækning på fælles forestillinger om, hvad der er omtalte begrebs centrale indhold. Disse har igen til dels rod i den opdeling af arbejdskontrakterne, som finder sted på teoretisk basis i den almindelige kontraktsret. Afgørende er herefter især arbejdsgiverens beføjelse til inden for kontraktens rammer at disponere over den til rådighed stående arbejdskraft, således som det til enhver tid tjener driftsformålet. Det er også herved arbejdstageren så at sige bliver en del af virksomhedens organisme, hvilket altså er et vigtigt kendetegn. Det samme gælder alle sådanne forhold, som er egnede til at underbygge

269. Hertil dagpengemeddelelser 6/73, 56/73, 57/73.

270. Iøvrigt dagpengemeddelelse 7/77.

271. At pligtarbejde af denne art næppe kan opfattes som lønarbejde i almindelig forstand blev allerede meget tidligt fastslået under ulykkesforsikringsloven.

272. Se eksempelvis Den sociale Ankestyrelses afgørelser af 30/3 1977 (jour. nr. 12571-75 og 13041-76), Sociale Meddelelser af 30/3 1977, 29/4 1975 (jour. nr. 3222-74), 5/9 1977 (jour. nr. 13718-76). Iøvrigt Sociale Meddelelser af 30/3 1977, journ. nr. 14246-75 og 11441-75. Det bør tilføjes, at det vel iøvrigt næppe er ganske utvivlsomt, at afgrænsningen af den af dagpengeloven omfattede personkreds hviler på § 2 alene.

eksistensen af dispositionsbeføjelsen eller iøvrigt understrege placeringen i nævnte organisme, Instruktionsbeføjelsen markerer imidlertid en intimitet imellem virksomhed og medarbejder, som også har andre facetter, der i det hele tjener til at understrege forholdets særlige karakter. Den principielle pligt til personlig udførelse er en af disse ²⁷³, det kontraktlige »forsørgsforhold«, som markeres af en løbende og fast udbetaling af vederlaget, et andet. Til supplerung af billedet står således også erkendelsen af, at ordningen af det økonomiske mellemværende mellem to uafhængige parter er fundamentalt anderledes. I focus står her det forretningsmæssige chancespil for tab eller vinding. De dispositioner, som ligger til grund for dette spil, er som udgangspunkt unddraget medkontrahentens (arbejdsgiverens) indsigt og indflydelse. Til gengæld er han frigjort for omkostninger og risiko i forbindelse med hvervets udførelse. Iøvrigt bør tilføjes, at forestillingerne om arbejdstagerbegrebet kompletteres med bevidstheden om, at der foreligger en intern grænse i virksomheden, over hvilken man befinder sig inden for arbejdsgiverbegrebets område.

I tættere eller løsere tilknytning til dette traditionelle kontraktsretlige arbejdstagerbegreb er udviklingen forløbet efter forskellige retningslinier. I dansk ret har man vel ikke bevæget sig så langt væk fra det traditionsbestemte begreb, som det er tilfældet visse steder i udlandet. Men afgørelsen af tvivlstilfældene på de forskellige lovområder har også herhjemme markeret en retstilstand, hvor man kan tale om forskelligartede tendenser. Således synes 3 principielt forskellige betragtningsmåder at være repræsenteret. I henhold til den første vil man afgøre enkelttilfældene ud fra en helhedsvurdering i lyset af de lige opridsede momenter alene. Den anden mulighed består i at løse eventuelle tvivlstilfælde ved at anlægge en i højere grad formålsbestemt fortolkning. Afgørende bliver herefter groft sagt, hvorvidt den foreliggende arbejdskontrakt udgør en analogi til et almindeligt ansættelsesforhold. Endelig er der en tredje mulighed af mere negativ karakter. Herefter udskilles de arbejdsforhold, på hvilke lovens materielle regler vanskeligt lader sig praktisere, fra disse reglers område.

Lovgivningen lader sig ikke opdele i klart afgrænsede grupper efter disse modeller. Inden for det enkelte regelsæt kan man således højst gøre sig håb

273. Selv om de afgørelser, der anerkender lønmodtagerstatus, uagtet den pågældende selv antager og lønner fremmed medhjælp, viser, at dette moment må ansues med en vis forsigtighed.

om at udfælde en dominans. Der er måske følgelig anledning til at se lidt nærmere på de synspunkter, der må antages at ligge bag de forskellige afgrænsningsmetoder.

Det traditionelle kontraktsretlige arbejdstagerbegreb synes at hvile på to fundamentale betragtninger.

Den første kan kaldes kontraktssynspunktet, fordi den har udspring i en principiel anerkendelse af parternes forudsætninger for den måde, hvorpå de har gjort deres økonomiske mellemværende op. I henhold hertil er der behov for at godtage stillingens uafhængighed, såfremt ordningen af mellemværendet i henseende til driftsrisikoens og kapitalindsatsens placering, og i sammenhæng hermed vederlagets størrelse, er en sådan, at selvstændigheden med rimelighed kan anses forudsat. Modsat vil opgivelsen af nævnte selvstændighed og af muligheden for at tage en driftsherrevinst hjem typisk være forbundet med forestillingen om, at dette opvejes gennem elementære trykedsgarantier i den retlige stilling til arbejdsgiveren. Set i dette lys bliver instruktions- og kontrolbeføjelsen og identifikationen med virksomheden i virkeligheden alene ydre udtryk for en situation, der er egnet til at begrunde de omtalte forventninger.

Til dette rent kontraktsretlige element kommer imidlertid også det strøg af forsorgsforpligtelse, som en intim forbindelse mellem parterne bevirker. Også denne forpligtelse har vel rod i et forudsætningssynspunkt, men denne forudsætning bygger frem for alt på en tradition, der udspringer af ældre tiders retlige ordning af arbejdsforholdene. Dette bliver da den første models traditionsbestemte element.

Opfattet på denne måde udgør arbejdstagerbegrebet en imødekommelse af de kontraktlige realiteter, hvorved det på en måde kan ses som en reminiscens af den (ældre) retstilstand, der lod arbejdsforholdets indhold bestemmes af parternes vedtagelser. Herved tilgodeses kun delvis de praktiske behov for anvendelse af arbejdsmarkedslovgivningens regler. Denne mangel opvejes i nogen grad igennem den betragtningsmåde, hvorefter det udslaggivende bliver arbejdstagerens hele økonomiske/erhvervsmæssige stilling. En vurdering med udgangspunkt heri har derfor også bedre udsigt til at honorere de krav, der stilles til et moderne samfunds socialpolitik. Samtidig vil en sådan løsning af tvivlstilfældene måske ofte være den eneste praktisable, når afgørelsen skal træffes i administrative organer med deraf følgende ringere mulighed for at opklare den enkelte sags detaljer. Her vil det helhedsindtryk, der fremstår i kraft af arbejdstagers

»sociale« status, ofte være det eneste helhedsindtryk, som lader sig producere overhovedet.

Heroverfor vil den betragtningsmåde, som pragmatisk vurderer muligheden for at administrere de givne regler på et arbejdsforhold som det foreliggende, være en imødekommelse af et hensyn, som går igen i al retsanvendelse. Denne betragtningsmåde udgør således i virkeligheden næppe en særlig model for løsningen men snarere et forbehold, udsprunget af den gustne erkendelse af, at selv de mest veldædige intentioner må have deres begrænsning indenfor rammerne af den praktiske virkelighed.

Den retsanvendelse, som knytter sig accessorisk til det traditionelle/kontraktretlige arbejdstagerbegreb, udgør selvsagt et mindre aktivt redskab for lovgivningens præceptive beskyttelsesformål end den som domineres af selve dette formål. Der levnes således parterne et betydeligt rum for ordning af deres mellemværende på en måde, der ikke opsamles af pågældende forskrifter ²⁷⁴. Gennem den heri liggende anerkendelse af kontraktforudsætningerne opfylder denne fremgangsmåde på den anden side et fundamentalt behov i al retlig samvirken. Dette turde være et vægtigt moment, så længe man må anerkende, at et entydigt arbejdstagerbegreb næppe lader sig fastlægge overhovedet som platform for anvendelsen af arbejdsmarkedslovgivningens materielle regler. Og som forholdene indenfor konkurslovens og arbejdsløshedsforsikringens område illustrerer, behøver fastholdelsen af det traditionelle begreb ej heller gå så vidt, at man umuliggør en tilpasning ud fra hensynet til imødegåelse af ikke-tilsigtet brug af de positive bestemmelser.

Manglerne ved det traditionelle arbejdstagerbegreb opvejes vel i nogen grad, når man anlægger den sociale betragtningsmåde. Men denne kunne uden vanskelighed have været anordnet direkte i lovgivningen. Når dette ikke er tilfældet, er det næppe ganske ubetænkeligt at anerkende disse tendenser som gældende ret. Helt umuligt bliver det i hvert fald ofte i

274. Det forekommer ganske vist, at bestræbelser på at opretholde uafhængigheden i det indbyrdes forhold gennem passende aftaler mellem parterne søges imødegået under henvisning til, at der foreligger omgåelse. Her må det imidlertid fastholdes, at sådanne betragtninger ikke kan anlægges i tilknytning til regler, der knytter sig betingelsesløst til den foreliggende virkelighed, uanset om den løsning, som herigennem materialiseres, måtte fremstå som mindre ønskelig ud fra en overordnet samfundsmæssig målsætning. Derimod lader det sig naturligvis efterprøve, hvorvidt de dispositioner, der trækker forholdet uden for lønmodtagerreguleringernes rækkevidde, er reelle og dækker mellemværendets virkelige indhold, eller om der tværtimod er tale om proformaværk.

relation til regelsæt, hvis materielle indhold forudsætter, at den underliggende arbejdskontrakt er struktureret som et almindeligt lønmodtagerforhold (som det hyppigt vil kunne forekomme i relation til sygedagpengeloven og arbejdsmiljøloven).

Tilbage står det faktum, at enhver bestræbelse frem imod en total enhedsopfattelse synes dømt til at mislykkes under den nu herskende retstilstand. Heraf følger formentlig også, at en entydig terminologi på området ikke kan opnås. Begrebet »lønmodtager« bliver i visse relationer for vidt ved at indicere, at der skal svares vederlag for arbejdet, og opstillingen af et »tjenesteforholds« begreb vil på mange punkter kun meget ufuldstændigt dække de anerkendte realiteter. Betegnelsen »ansættelsesforhold« vil tilsvarende kunne give et forkert indtryk af de omstændigheder, der begrunder reglernes anvendelse. Svarende til vanskelighederne ved at udfælde et særligt område for arbejdsretten vil der altså også være problemer forbundet med at finde en passende betegnelse for de herunder hørende personer. Således må man også på dette punkt blive stående ved den betegnelse for pågældende arbejdstager, som i relation til de enkelte regelsæt må anses for bedst dækkende ²⁷⁵.

275. Det er altså også en betænkelig sag ganske ukritisk, som det så ofte ses, at henvise til beslutninger, som måtte være taget på andre områder end det, som foreligger til konkret afgørelse (sml. udtalelsen i U 57/1074). Rent bortset fra at vurderingen herved let kommer til at køre i ring, vil overdreven brug af denne fremgangsmåde have karakter af en ansvarsforflygtigelse, der ikke har meget med juridisk virksomhed at gøre. Henførelsen under den ene lov kan dog få løftevirkning i relation til andre, jfr. U 76/940 forudsætningsvis.

Afsnit II. Arbejdsretlige ufravigelighedsprincipper

Som det vil fremgå af afsnit I B. falder retsgrundlaget på arbejdsrettens område ind i et prioritetsystem. Dette er i sig selv ikke usædvanligt. Det arbejdsretlige prioritetsystems indhold er imidlertid ret specielt. Det karakteriseres for det *første* af en interesse fra lovgivningsmagtens side, som har givet sig udslag i, at visse typer af arbejdsforhold og visse ansættelsesretlige relationer er underkastet en omfattende offentlig regulering, som begrænser individualparternes dispositionsfrihed. Og for det *andet* af, at selv den regulering, som finder sted gennem partsaftale i en vis udstrækning er ordnet således, at visse aftaler, nemlig de kollektive overenskomster, går forud for andre, nemlig de individuelle kontrakter mellem den enkelte lønmodtager og arbejdsgiver.

Aftalemomentet udgør - som også påvist ovenfor under afsnit I. C. - mellemværendets bindemiddel. Men aftalefriheden er altså underkastet særlige begrænsninger. Disse begrænsninger udgør så at sige en form, hvori centrale elementer i retsgrundlaget sammensmeltes til den helhed, på hvilken det enkelte arbejdsforhold retligt set hviler. Ufravigelighedsreglerne er dermed også så væsentlige for retsanvendelsen, at de nødvendigvis må påkalde sig nærmere opmærksomhed.

Gennemførelsen af et ufravigelighedssystem kan hvile på flere hensyn. De resultater, der udledes, vil i vid udstrækning fremstå som et produkt af disse hensyn.

I relation til arbejdsmarkedslovgivningen indtager ønsket om at beskytte arbejdstagerens forhandlingsposition en fremtrædende placering. Det er således ganske indlysende, at man vil komme i en uholdbar situation ved at fastholde parternes uindskrænkede ret til at vedtage de løsninger, de bedst kan finde frem til, når lønmodtagerens samlede velfærd skal afvejes over for den omstændighed, at en enkelt kontrakt blandt måske mange for arbejdsgiveren står som noget mere underordnet. Allerede dette betydelige spænd i parternes interesse i kontraktens opretholdelse eller indgåelse betinger et svælg i deres forhandlingsstyrke. Hertil kommer, at arbejdsgi-

veren jo normalt må forudsættes at have størst mulighed for at overskue situationen. I almindelighed vil han således formodningsvis være bedre inde i såvel retsreglerne som virksomhedens forhold. Også denne ulighed er der behov for at kompensere på en sådan måde, at arbejdstageren ikke fristes til at bevæge sig ud i vilkår, hvis konsekvenser han ikke har overblik over. Men undertiden begrundes også reglernes særlige formål, f. eks. beskyttelsen af arbejdstagerens sundhed, at deres gennemførelse bør ligge uden for hans rådighedssfære. Endelig kan der påhvile samfundet en subsidiær forpligtelse, som skaber afgørende offentlig interesse i, at det af lovgivningsmagten etablerede trykkesystem ikke forrykkes afgørende gennem individuelle vedtagelser.

Indholdet og konsekvenserne af det ufravigelighedsprincip, som er aktuelt på lovområderne, vil herefter blive søgt kortlagt neden for i underafsnit I°.

Heller ikke de kollektive overenskomster kan uden videre fraviges ved individuel aftale. Dette beror imidlertid ikke blot på et hensyn til arbejdstageren men også på de i overenskomsten involverede organisationsinteresser. Problemet bliver i denne forbindelse dels at klarlægge området for de tilladelige dispositioner, dels at afveje behovet for en individuel reaktionsmulighed manifesteret i f. eks. en ugyldighedsregel over for muligheden af at nøjes med at sanktionere overtrædelser ved organisationens foranstaltning (påtale og sanktion gennem det fagretlige system).

Det særlige spørgsmål om overenskomsternes fravigelighed vil herefter blive belyst neden for i underafsnit II°.

Underafsnit I.° Afkald på lovgoder

Generelt.

Det ville være fristende at gå ud fra, at de skitserede generelle hensyn bag ansættelseslovgivningen havde udmøntet sig i fælles principper for dennes fravigelighed, evt. udtrykt i ensartede positive regler herom.

Dette er imidlertid ikke tilfældet.

Det principielle problem om, hvorvidt lovgivningen skal have præceptiv eller deklaratorisk karakter, er således for det første løst på forskellige måder. De i visse arbejdsforhold meget væsentlige bestemmelser i kommissionsloven træder f. eks. kun ind i mangel af modstående vedtagelse. Og andetsteds åbnes der jævnlige muligheder for fravigelse ved individuel aftale¹ eller kollektiv overenskomst². Eller lovens anvendelse lader sig dog tilpasse ved aftale inden for afstukne rammer³.

Men dernæst kan gennemførelsen af et eventuelt ufravigelighedsprincip hvile på flere forskellige modeller. Flere regelsæt indeholder således slet ikke generelle vedtagelser desangående. Ufravigeligheden følger her af lovens almindelige karakter og sigte. Dette gælder således loven om sygedagpenge og lærlingeloven⁴. Andre har sådanne bestemmelser. Dette er tilfældet med funktionærloven (§ 21), medhjælperloven (§§ 2 og 34) samt ferieloven (§§ 3 og 23). Men her kan identiske problemer være løst på forskellig måde. Ferieproblemerne, som i ferieloven har givet anledning til en særdeles kontant bestemmelse om afkalds ugyldighed m.v. (ferielovens § 23), må således i medhjælperloven løses ud fra denne lovs almindelige forudsætning om, at bestemmelserne ikke kan fraviges til ugunst for medhjælperen (§§ 2 og 34, jfr. § 11)⁵. Og i det hele har der tilsyneladende ikke i tilknytning til den almindelige ansættelseslovgivning fundet dyberegående

1. Således funktionærlovens § 21 stk. 2, dagpengelovens § 12, ferielovens § 10, stk. 2.

2. Således ferielovens §§ 3 og 10 stk. 2, dagpengelovens § 9 in fine.

3. Se således funktionærlovens §§ 2 stk. 5, 5 stk. 2 og 18 stk. 1 in fine, ferielovens § 9 stk. 3 og 4 og medhjælperlovens § 11 stk. 6.

4. Ufravigeligheden kan dog fremgå forudsætningsvis, jfr. således f. eks. dagpengelovens § 12 og lærlingelovens § 9 stk. 8.

5. Der er også sjældent afgørende bidrag at hente til løsning af de komplicerede problemer, der knytter sig til forvaltningen af ufravigelighedsprincippet i forarbejderne til de positive regler. Her fastslås almindeligvis blot, at lovens goder bør tilkomme lovens arbejdstagere, og at de i lyset af det pågældende regelsæts formål ikke bør kunne fraviges. I folketingsbetænkning af 6/4-1938 til forslaget til lov om individuelle arbejdsaftaler (den senere funktionærlov) hedder det således: »De foreslaaede Bestemmelser er Udtryk for de Rettigheder, der efter Udvalgets Formening bør være tilsikrede enhver Funktionær, uden Hensyn til hvorledes Forholdet i øvrigt er ordnet i den enkelte Funktionærkontrakt. I Overensstemmelse hermed er det derfor i § 13 udtalt, at Lovens Bestemmelser ikke ved Aftale, ej heller mellem Organisationerne, skal kunne fraviges til Ugunst for Funktionæren«. Og i forarbejderne til f. eks. ferieloven og medhjælperloven henvises blot til disse regelsæts formål, se bemærkningerne til lovforslag nr. 53 1918-19 samt bemærkningerne til § 7 i lovforslag nr. 56 1937-38 om ferie med løn.

overvejelser sted over det hensigtsmæssige i at have positiv hjemmel for ufravigeligheden overhovedet⁶.

Dette rejser naturligvis i almindelighed spørgsmålet om forholdet mellem de formelle ufravigelighedsregler og det ufravigelighedsprincip, som kan udledes af loven på friere grundlag. Herunder bliver problemet, hvorvidt de positive regler kan antages udtømmende og bindende at fastslå rammen for de tilladelige dispositioner.

Svaret herpå forekommer dog relativt indlysende.

Ufravigelighedsregler efter ferielovens model (ugyldighed af nærmere angivne aftaler) lader sig naturligvis vanskeligt indskrænke ud fra friere overvejelser over retsgrunden bag samme. Modsat vil »programudtalelser«, som de kendes i funktionærlovens § 21 og medhjælperlovens §§ 2 og 34 hvilende på rummelige beskrivelser af den uberettigede disposition (»ugunst« for lønmodtageren), først få ånd og mening i lyset af de bagved liggende hensyn. Dette levner et videre spillerum for aftale.

Man synes i almindelighed heller ikke at kunne gå ud fra, at ugyldighedsvirkningen udtømmes inden for den positive ufravigelighedsregels fortolkningsgrænse. Medhjælperloven har rod i tyendeloven, som i alt væsentligt var fravigelig, og funktionærloven er udsprunget af udfyldende normer, markeret i retspraksis. Der var altså her et behov for at udtrykke forandringen til den præceptive retstilstand, uden at det dog deraf kan sluttes, at hensigten var at begrænse denne virkning inden for de anvendte formuleringer. Tværtimod ligger det typisk i forarbejderne, at ufravigelighed som sådan er den rimelige konsekvens af de materielle reglers formål⁷. De formelle ufravigelighedsregler må altså i almindelighed nok snarere læses som udslag af et sådant generelt princip end som udtømmende dette, og de indicerer derved alene et stadium på et historisk udviklingsforløb, som ikke bør binde den retsanvendelse, som enhver tids behov tilsiger.

Men de positive ufravigelighedsreglers forskelligartede udformning og styrke umuliggør iøvrigt en opsamling af problemstillingen inden for ram-

6. Næsten samtidig med at medhjælperlovens regel blev lovfæstet i begyndelsen af 20'erne, var problemet imidlertid oppe i relation til sømandsloven. I tilknytning til sølovsrevisionskommissionens udkast til en ny sømandslov (indledningen til bemærkningerne til kommissionens lovudkast, maj 1921) nævnes det således, at man har opgivet tanken om at etablere en almindelig bestemmelse om, at loven er ufravigelig til skade for fører og mandskab. Derefter overlades spørgsmålet om de materielle lovreglers fravigelighed til løsning gennem en overvejelse over den konkrete bestemmelses sigte.

7. Note 5.

merne af en fælles formel, sammenfattet over det, som ligger i de enkelte love. Derimod lader der sig nok udfælde visse generelle funktioner, udsprunget af de ovenfor skitserede almene hensyn bag reglerne. Opgaven må følgelig være at lægge et bredt snit ind i disse funktioner for herudfra at opnå et bedre overblik over de faktorer, som begrænser parternes rådhedssfære. Dette vil herefter blive forsøgt neden for under A.

Et lidt specielt problem flyder i denne forbindelse af de arbejdsretlige reguleringers principielle placering i kontraktsretten med anerkendelse af de heri gældende grundsætninger. Således opstår et spørgsmål om indholdet af den almindelige passivitetsvirkning i konfrontation med retsgoderne principielle uopgivelighed (nedenfor under B).

Endelig påkalder ufravigelighedsreglernes rækkevidde i relation til lovgivningens anvendelsesområde og selve virkningen af den lovstridige aftale sig en vis opmærksomhed (nedenfor under C og D).

A. Hensynene bag reglerne som basis for parternes dispositionsbeføjelse.

Det centrale element i ufravigelighedsbedømmelsen bliver altså normalt afvejningen af de almindelige hensyn, som taler for at opretholde henholdsvis tilsidesætte den trufne disposition i det enkelte tilfælde ud fra lovens sigte.

Når man ser bort fra de momenter, som følger af enkelte regelsæts helt specielle formål⁸, vil disse hensyn i det væsentlige være identiske med de oven for refererede generelle begrundelser for reglernes præceptive karakter (lønmodtagerens underlegenhedstilstand, den implicerede offentlige interesse i deres overholdelse m.v.). Det er herefter naturligt at lade den retlige analyse af problemstillingen tage udgangspunkt i den indfaldsvinkel, som ligger heri.

a. Samfundsinteressen.

Det ville nok være efterrationalisering at se ansættelseslovgivningen som konsekvens af dybtgående generelle overvejelser og byrdefordelingsbetragtninger.

Dette hindrer imidlertid ikke, at de enkelte love de facto indgår som led i

8. Således typisk ferieloven, jfr. f. eks. J 41/67, der afskar løbende kontant udbetaling af feriegodtgørelse.

samfundets samlede sikringssystemer. Tillader man væsentlige forrykkelser på ét punkt, kan det altså også få uforudsete konsekvenser i anden sammenhæng.

Det er uden for enhver tvivl, at opbygningen af disse systemer bygger på visse forudsætninger med hensyn til den rolle, de virksomhedsbaserede ydelser spiller. I konsekvens heraf er det også naturligt at antage, at ikke hvilke som helst rokeringer hermed vil kunne accepteres af retsordenen, uanset om begge parter interesser isoleret set måtte være bedst tilgodeset med den opnåede ordning. Man kunne udtrykke det på den måde, at ufravigelighedsprincippet oprindelige primære begrundelse i hensynet til arbejdstageren i alt fald efterhånden må anses for kompletteret i kraft af udviklingen i de sociale sikringsordninger og den bagved disse liggende bredere samfundsinteresse. En anden antagelse måtte også føre til anerkendelsen af enhver disposition, som isoleret set tjente lønmodtagerens interesser eller dog hvilede på jævnbyrdighed mellem parterne. Og så vidtgående en regel accepteres ikke i retspraksis, jfr. det neden for under c. b) nævnte om afkald imod compensation og det under b. a) refererede om fravigelser gennem kollektiv overenskomst.

Til gengæld er det nok vanskeligt at sige noget mere eksakt om, hvor langt det hævdede samfundshensyn vil gøre sin indflydelse gældende.

Det ville være naturligt at gå ud fra, at det offentliges direkte involverede økonomiske interesse måtte være afgørende. Frigøres f. eks. funktionærarbejdsgiveren fra de lovlige opsigelsesvarsler, må arbejdsløshedsforsikringen træde ind. Og frigøres virksomheden fra pligten til at udrede sygedagpenge, kommer lønmodtagerens bopælskommune til at betale i stedet. Praksis synes imidlertid ikke at lægge afgørende vægt på denne subsidiære ydelsespligt. Ingen funktionærsager henviser således - så vidt ses - hertil. Og selv om kun så få dagpengesager har været forelagt domstolene, at noget sikkert ikke lader sig fastslå, må man tro, at resultatet på dette område vil blive det samme. Men dette kan selvfølgelig hænge sammen med, at spørgsmålet kun ender hos retterne, hvis lønmodtageren ser sine interesser tilsidesat, hvilket i så fald bliver stridens tema.

Man kunne dog fristes til at tage det anførte som udtryk for, at den omtalte offentlige interesse i vid udstrækning respekterer tryghedsbestemmelsernes ståsted i kontraktsretten. Noget sådant ville også harmonere med, at prækclusion gennem passivitet ikke synes udelukket⁹, og ligeledes med at

9. Neden for under B.

der ikke er tale om en ugyldighedsvirkning, der påses af domstolene *ex officio*¹⁰.

Alt i alt er det altså næppe muligt at komme videre end til en generel konstatering af, at positive aftaler imod loven er afskåret, og at sådanne aftaler iøvrigt må respektere den struktur for ansættelsesforholdets regulering, som loven bygger på. Men uden for området for de egentlige aftaler gøres der modsat ikke indgreb i de almindelige kontraktretlige funktioner og misligholdelsesregler. Ufravigelighedsprincippets anvendelse tjener derved f.s.v. også til at illustrere arbejdsrettens beliggenhed i grænseområdet imellem kontraktsretten og de socialretlige discipliner.

Det centrale bliver herefter de øvrige momenter, som antages at bære den ufravigelige retstilstand.

b. Lønmodtagerens underlegenhedstilstand.

Den oprindelige begrundelse for ufravigelighedsprincippets gennemførelse var lønmodtagerens underlegenhedstilstand, jfr. det i indledningen nævnte. Dette turde i almindelighed indebære, at ufravigelighedsvirkningen i nogen grad afhænger af graden af konkret jævnbyrdighed.

I det praktiske retsliv vil dette spørgsmål især dukke op for så vidt angår fravigelser gennem kollektiv overenskomst og med henblik på afkaldets tidspunkt i relation til en fratrædelse.

a) Fravigelser gennem kollektiv overenskomst.

Fagforeningernes magtstilling skaber i vid udstrækning et ligeligt styrkeforhold mellem parterne, som eliminerer den væsentligste begrundelse for ufravigelighedsprincippets gennemførelse i relation til organisationsmæssige aftaler. Det kunne også hævdes, at hensynet til overenskomstparternes autonomi i sig selv måtte afgive en stærk begrundelse for at respektere sådanne vedtagelser, og at det f. eks. er urimeligt at binde en stor fagorganisation fast i specielle sociale goder, hvis man føler sig bedst tjent med en anden orden end lovens.

Et så generelt forbehold accepteres imidlertid tilsyneladende ikke af lovgivningen. Folketingsbetænkningen af 6/4-1938 (vedrørende funktionærloven) går direkte herimod¹¹. Og ferieloven indeholder ganske vist en

10. Neden for under D.

11. Note 5.

generel anerkendelse af fravigelser ved overenskomst, jfr. nu dennes § 3¹². Men dette er en konsekvens af, at feriereglerne oprindeligt hidrører fra overenskomstområderne, således at det var naturligt at lade den første lov (fra 1938) respektere de allerede eksisterende ordninger. Endelig findes der spredt i lovgivningen enkelte bestemmelser, der kan fraviges ved kollektiv overenskomst med eller uden særlig anerkendelse¹³. Men her er der ikke tale om nogen generel linie, der kan tages som udtryk for et alment princip.

Udgangspunktet for retspraksis er også tydeligvis, at klart lovstridige overenskomster må vige ganske på linie med individuelle aftaler¹⁴. I almindelighed må vel denne løsning også siges at have rimeligheden for sig, da anerkendelse af total partsautonomi indebærer en risiko for, at de fordele, arbejdstagersiden måtte opnå ved at fravige lovordningerne, reelt vil blive båret af samfundets øvrige sociale sikringssystemer.

Imidlertid afgiver den omstændighed, at den afvigende ordning har overenskomstkvalitet, måske mulighed for at indtage en mere fleksibel holdning til spørgsmålet om lovreglernes strikte overholdelse i tilfælde, hvor tilsidesættelsen ikke er ganske klar.

Selv i relation til individualaftaler anerkender retspraksis således tilsyneladende inden for meget snævre rammer fravigelser fra lovgivningen, som må anses for ganske uvæsentlige i forhold til dennes overordnede sigte. Dette er f. eks. kommet frem derved, at man har accepteret, at mindre løndele administreres på en måde, der strengt taget ligger uden for, hvad loven forudsætter¹⁵.

I forhold til overenskomstmæssigt vedtagne ordninger, hvor begrundelsen for ufravigelighedsprincippet er mindre stærk, synes denne mulighed at være så meget desto mere aktuel.

12. Den tilsvarende regel i medhjælperlovens § 11 stk. 7 er ikke ganske klar i sine konsekvenser.

13. I selve ferieloven er der f. eks. givet regler, der åbner mulighed for for fravigelse ved kollektiv overenskomst - se således §§ 9 stk. 4 og 10 stk. 2. Se også dagpengelovens § 9. Om den generelle respekt af overenskomsterne, som flyder af den omstændighed, at de individuelle rettigheder - herunder de lovbaserede - viger ved iværksættelsen af en lovlig konflikt på et overenskomstdækket område, henvises til det neden for under afsnit III B. 1. nævnte.

14. Se f. eks. U 39/956, U 40/425, U 40/594 og U 51/395 samt iøvrigt forudsætningen i U 63/830.

15. Hertil VLT 57/239, U 64/22, U 69/117.

Især ville det være naturligt at respektere overenskomstens anvisning i de tilfælde, hvor loven knytter sig til indholdet af den indgåede arbejdsaf-tale, til almindelige misligholdelsesregler o.l. på en sådan måde, at det er vanskeligt at isolere de lovbundne elementer. Det samme gælder, hvor der er tale om rammebestemmelser eller retlige standarder, hvis anvendelse er overladt til retsordenens udfyldning eller suppleret gennem sædvaner m.v.

En eksemplifikation ville måske her være på sin plads.

Flere lovbestemmelser giver lønmodtageren ret til sygebetaling i forhold til det normale vederlag. Dette vederlag beror imidlertid på parternes aftale eller kollektiv overenskomst. Forholdet kan her være det, at man umiddelbart kan aflæse, hvad der normalt ydes pr. udført tidsenhed, og det turde selvfølgelig i så fald være indlysende, at parterne ikke retsgyldigt kan vedtage en undtagelse for det tilfælde, at arbejdstageren bliver syg. Men lønnen kan også være opdelt således, at der for en del udbetales tillæg for f. eks. produktivitet, fremmøde o.l., hvori ligger dels et incitament, dels en belønning af den særligt arbejdsomme og pligtopfyldende medarbejder. Her bliver stillingen ved sygdom straks mere uklar, og det samme gælder i den mellemgruppe, hvor tillægget er knyttet til det udførte arbejde - f. eks. for holddrift, natarbejde o.s.v.¹⁶. I sådanne grænsetilfælde vil det e.o. være rimeligt at godkende partsvedtagelser om forvaltningen af den grundlæggende ydelse ud fra en kritisk vurdering af den pågældende ord-nings anerkendelsesværdighed, målt over for risikoen for at kompromitte-re lovens sigte uopretteligt.

Sygebetalingsreglerne bygger også i vid udstrækning på forudsætninger om, at fraværet f. eks. skal anmeldes og dokumenteres m.v. Og virkningen heraf i relation til rettighedens fortabelse beror jævnlige på en bedømmelse i henhold til misligholdelsesreglerne, således som denne må falde ud på basis af de faktorer, der iøvrigt behersker retsforholdet. Det ville være nærliggende at gå ud fra, at den omstændighed, at en sædvanlig kollektiv overenskomst her griber ind med anvisninger, må påvirke vurderingen af løsningsens anerkendelsesværdighed.

Overenskomsten synes altså at kunne spille en rolle i flere forbindelser, som har betydning for ufravigelighedsprincippet gennemførelse. Retsforholdet mellem parterne bliver således måske derigennem mere kom-

16. I overenskomstnævnets sag nr. 1/1977-79 var problemet aktuelt. Afgørelsen blev her truffet ud fra fortolkning af overenskomsten uden særligt henblik på lovens ufravigelighedsregel.

plekst, hvorved forvaltningen af den ufravigelige regel nødvendigvis i højere grad vil blive behersket af de hensyn, der præger overenskomstforholdet. Og hvor lovreglerne skal suppleres, bør overenskomstens anvisninger have bedre muligheder for at opnå retsordenens anerkendelse som lovmedholdelige end en tilfældig individuel aftale. Men samlet er det, som begrunder overenskomstens betydning i disse tilfælde, lovreglernes accessoriske karakter, eller den omstændighed at de efter deres indhold ikke er udtømmende.

I periferien af, hvad der kan karakteriseres som egentlige fravigelser fra loven, ligger måske endelig en anden tilfældegruppe.

Mange lovregler på det arbejdsretlige område karakteriseres af uklarhed og manglende konsekvens. Her er der en umiddelbar trang til at give overenskomstparterne mulighed for at opnå den sikkerhed, som en udtrykkelig vedtagelse omkring det pågældende forhold kan give.¹⁷ Man kunne også sige, at lovgivningen ikke mindst på det arbejdsretlige område, hvor klarhed er nødvendig og pludselige ændringer i etablerede positioner anses for i særlig grad uønskelige (jfr. iøvrigt det oven for i afsnit I om kutyper nævnte), må bære en vis »risiko« for egne ufuldstændigheder manifesteret i en lempeligere anvendelse af ufravigelighedsprincippet, når overenskomsten iøvrigt anviser en forsvarlig løsning.

I de nævnte tilfælde vil resultatet, overenskomstreglens opretholdelse eller ej, bero på en afvejning af interesserne bag vedtagelsen og dennes almindelige rimelighed over for de hensyn, der bærer loven. Ikke blot denne vurdering, men også følgevirkningerne i det konkrete tilfælde af at overenskomsten tilsidesættes, bør imidlertid måske tages med i betragtning.

Tilsidesættelsen af en enkelt bestemmelse som lovstridig vil ganske vist normalt ikke få konsekvenser i det øvrige overenskomstforhold og kan normalt ej heller påberåbes som svigtende forudsætning for overenskomsten som sådan¹⁸. Men udelukkes helt kan det ikke¹⁹. Og ligeledes vil der kunne forekomme situationer, hvor det kan være åbenbart stødende at statuere ugyldighed. Det pågældende »rettighedsafkald« er f. eks. måske

17. Hovedorganisationerne har eksempelvis vedtaget retningslinier for ferie i holddrift og dagpenge i holddrift. Jfr. også det oven for i afsnit I. C. nævnte om anvendelse af lærlingelovens regler for § 30-lærlinge på funktionærområdet.

18. Hertil Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 89 med henvisninger.

19. Se hertil f. eks. fra tysk ret »Grundriss des Arbeitsrechts«, 1965, p. 214.

gennemført mod ydelsen af andre definerede fordele til arbejdstagersiden, således at der kunne blive tale om, at fagorganisationen gennemfører først det ene ad forhandlingens vej og derefter fragår modydelsen ved domstolene.

Retspraksis imødekommer tilsyneladende inden for meget snævre grænser de skitserede behov for en respekt af overenskomstmæssige vedtagelser. Eller den omstændighed, at det underliggende retsgrundlag har overenskomstkvalitet, tillægges i alt fald en særlig betydning.

Et par afgørelser har f. eks. i tvivlstilfælde lagt en vis vægt på organisationernes holdning og organisationsforholdene i sager om, hvorvidt lønmodtagere hører under funktionærloven - se U 39/1128, U 76/270 og J 40/188²⁰.

U 70/448 vedrører en funktionærs ret til holddriftstillæg uanset sygdom. Forudsætter man, at funktionærlovens § 5 ufravigeligt fastlægger sygelønsrettighederne, må ydelsen af dette tillæg principielt bero på selve loven. Man kunne således vanskeligt forestille sig, at udbetaling af dele af vederlaget under sygdom skulle være afhængig af organisationernes vedtagelse. Højesteret anerkender imidlertid tilsyneladende i den nævnte sag, at overenskomsten er afgørende for, hvorvidt tillægget skal udbetales under sygdom, og henviser derfor striden til fagretlig behandling - der iøvrigt faldt ud til fordel for arbejdstagerparten²¹.

U 74/580 lægger endvidere ved afgørelsen af en arbejdstagers feriepenget vægt på, at spørgsmålet ikke kunne afgøres uden sammenhæng med de øvrige lønspørgsmål, som var løst ved de organisationsmæssige forhandlinger. Og U 62/588 lægger en overenskomstbestemmelse vejledende til grund for løsning af en fortolkningstvivel vedrørende forståelsen af loven. Endelig accepterer U 63/830 en overenskomstmæssig vedtagelse om at lade sygemelding træde i stedet for opsigelse uden varsel i henhold til funktionærlovens regler om opsigelse ved midlertidig ansættelse. Og ligeledes lægger J 55/305 vægt på, at den afvigende ferieordning var organisationsmæssigt tiltrådt.

20. Dette kan dog også skyldes, at traditionen inden for det pågældende område i sig selv har en vis betydning for fortolkningen af funktionærlovens § 1.

21. Se herover for U 76/528, der dog muligvis skal ses i lyset af, at en ren henvisning til loven ikke kan medføre andet resultat end det en lovfortolkning umiddelbart tilsiger. SHT 39/96 finder ikke en bestemmelse om fradrag i lønnen for hver sygedag holdbar over for funktionærloven.

b) Afkaldets tidspunkt - lønmodtagerens konkret manglende underlegenhed.

Ufravigelighedsprincippet er som nævnt i sin oprindelse knyttet snært til forudsætningen om den underlegenhed, der har rod i lønmodtagerens vanskeligheder ved at overskue fremtidige situationer.

Visse af ufravigelighedsreglerne synes da også nærmest at have haft forhåndsafkald for øje²².

Selv om man imidlertid ved at begrænse lovens præceptive virkning til sådanne afkald ofte vil opnå en rimelig mellemproportional imellem de krydsende interesser, er det ud fra nugældende retsopfattelse herhjemme vanskeligt at anerkende denne indskrænkning i ufravigelighedsprincippet gennemførelse. På ferielovens område afvises synspunktet tilsyneladende klart ud fra denne lovs specielle sigte, jfr. neden for. Og afkald på f. eks. funktionærlovens goder anerkendes heller ikke uden videre i kraft af den blotte omstændighed, at disse er aktualiserede²³.

H. G. Carlsen²⁴ vil, tydeligt påvirket af Bernt Hjejle²⁵, trække grænsen for, hvilke afkald der herefter må accepteres ud fra en afvejning af, hvorvidt de momenter der begrundet ufravigelighedsreglen, nemlig lønmodtagerens svagere stilling og hans vanskeligheder ved at overskue situationen in concreto har været til stede. Nogen vægt skulle i denne forbindelse lægges på den omstændighed, at det står i forbindelse med en fratrædelse.

Vanskeligheden ligger jo imidlertid deri, at lønmodtagerens jævnbyrighed i sig selv ikke uden videre synes at kunne legalisere rettighedsafkald. Var dette tilfældet, ville man ende i helt uholdbare resultater, såsom at der måtte lægges vægt på hans økonomiske uafhængighed, hans større

22. Se hertil Tyendekommissionens betænkning af 1910, p. 31, medhjælperlov af 1921 § 33. Ufravigelighedsreglerne i nugældende medhjælperlov og funktionærlov opfattes vist nok også mest naturligt på denne måde, se også H. G. Carlsen, »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 294. Se iøvrigt Bernt Hjejles undersøgelse af de legislative grunde for en sådan retsanvendelse i »Foreningsvoldgift« p. 24 ff.

23. Se heroverfor Folke Schmidt i »Löntagarrätt« p. 16, som antyder, at partsrådigheden i svensk ret indtræder ved rettighedens aktualisering. En lønmodtager skulle herefter meget vel kunne afstå fra forfalden ferieløn m. v. og ligeledes fra opsigelsesløn for allerede hengået tid. Han kan således også indgå aftale om erstatning for en indtruffet begivenhed, uanset om selve erstatningen kompenserer tab af fremtidig arbejdsindkomst. I samme retning A. O. Bache »Sømandsloven af 1952«, p. 25 f. Tillige Tore Sigeman »Semesterrätt« p. 23.

24. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 21 ff.

25. »Foreningsvoldgift«, kap. 1, særligt p. 24 ff.

indsigt end arbejdsgiveren o.s.v.²⁶. Og bevæger man sig over i de lovregler, som har et specielt formål, vil jævnbyrdigheden som afgrænsningskriterium i alt fald blive uanvendelig. Dette gælder således i relation til ferieloven og arbejderbeskyttelseslovgivningen, som tillige skal beskytte arbejdstageren imod konsekvenserne af hans egen letsindighed eller kortsynethed.

Det er vel også i det hele et spørgsmål om selve fratrædelsestidspunktet bør tillægges en alt for dominerende betydning som målestok for graden af underlegenhed. Man kan meget vel forestille sig situationer op hertil, hvor lønmodtageren indser arbejdsforholdets ophør med absolut sikkerhed, og hvor det resterende mellemværende antager en så rent økonomisk karakter, at situationen ikke er væsensforskellig fra den, der opstår efter fratrædelsen, hvor der blot resterer visse lovkrav på arbejdsgiveren. Omvendt kan der være tilfælde, hvor arbejdsgiveren skylder så væsentlige beløb i henhold til loven, at han også efter ansættelsesforholdets afslutning vil være i stand til at presse et gunstigere forlig igennem end situationen strengt taget berettiger til, slet og ret fordi funktionæren f. eks. mangler penge.

Carlsen tager da også forbehold for det tilfælde, at der ikke foreligger den fornødne viljesfrihed for funktionæren. Og tillige nævnes andre momenter som vejledende, således funktionærens reaktionstid, idet det antages, at der må indtræde passivitetsvirkning hurtigere, når der foreligger en egentlig aftale, end når der er tale om ensidige uberettigede dispositioner fra arbejdsgiver.

Man ender derfor sikkert i en negativ konstatering af, at der i hvert fald ikke er noget stort behov for at tillade afvigelser fra lovgivningens regler i lyset af lønmodtagerens manglende underlegenhed, så længe arbejdsforholdets ophør ikke er i sigte. Afgørelsen af, hvorvidt arbejdstageren her er jævnbyrdig eller ej, vil som nævnt i sig selv være uhyre vanskelig. Og i det hele vil der altid ligge den pression, som betinges af udsigterne for det fremtidige samarbejde.

Men der bør iøvrigt næppe overhovedet opstilles nogen generel sætning om, hvornår et afkald må anses for forbindende på grund af den ligebyrdighed, der betinges af tidspunktet for dets afgivelse.

Resultatet må således afhænge af en bedømmelse af samtlige momenter i

26. Hertil også det oven for under a) nævnte om afkald gennem kollektiv overenskomst.

sagen. Afkaldets tidspunkt og den omstændighed, at det er udtrykkeligt, vil således veje til med den vægt, som betinges af graden af viljesfrihed der konkret ligger bag samt af aftalens kvalitet og afstand fra et egentligt retsforlig. Og disse momenter må igen sammenholdes med andre - lønmodtagerens passive holdning, en vurdering af hvorvidt afkaldet kan siges at være til ugunst for ham, spørgsmålet om lovreglens sigte og de involverede uden for parterne liggende interesser m.v.

Spørgsmålet om afkaldets tilladelighed i kraft af tidspunktet for dets afgivelse opløser sig således i væsentlig grad i de elementer, som iøvrigt bærer ufravigelighedsbedømmelsen.

Tilbage bliver herefter det moment, der kan siges at ligge i, at afkaldet har karakter af et udenretligt forlig i forbindelse med afslutningen og opgørelsen af et arbejdsforhold.

Ved vurderingen af bærekraften i sådanne forlig er det imidlertid nok nødvendigt at skelne alt efter den ufravigelige lovregels art.

Flere ansættelseslove er normgivende for hele ansættelsesforholdets struktur. Nogle af reglerne, f. eks. opsigelsesbestemmelserne, må følgelig nødvendigvis have den fleksibilitet, der betinges af, at de skal fungere i meget forskelligartede retlige situationer, herunder som grundlag for erstatningsopgørelser, ved suspension, i forbindelse med arbejdsforholdets ændring o.s.v. På den ene side tilsiger den oven for refererede offentlige interesse her, at det indgåede forlig ikke bevæger sig for langt væk fra det, som en egentlig retsafgørelse ville medføre. På den anden side vil udfaldet af retlige afgørelser med relation til bestemmelser af den nævnte art ofte være behæftet med den usikkerhed, der betinges af f. eks. bevismæssige vanskeligheder, og af at anvendelsen af lovens norm på forholdet kan være kompliceret. Dette turde tilsige parterne en vis frihed til at løse deres mellemværende aftalemæssigt, herunder ved at handle om »risikoen« for at tage sagen.

Andre regler instituerer konkrete krav i henseende til f. eks. feriebetaling eller ydelser under sygdom. Den ovennævnte offentlige interesse er også her til stede, men suppleres af det moment, der ligger i, at der er tale om goder, som lader sig udmåle mere nøjagtigt. Dette indebærer, at retsordenen vanskeligere vil kunne acceptere affindelsesordninger, der har karakter af grove gennemsnitsløsninger, simpelt hen fordi reglerne er klare nok til, at det nøjagtige resultat kan aflæses.

Ferieloven udgør så udpræget et regelsæt af denne art. Og her antyder da

også såvel reglernes positive indhold som retspraksis en meget restriktiv linie²⁷. Afkald på ferieløn tilsidesættes således f. eks. uanset om det finder sted efter fratrædelsen²⁸, og tilsyneladende også selv om ferien er aktuel. J 40/240 anfører eksempelvis direkte, at lønmodtageren skal være i stand til at holde ferie efter den økonomiske standard, som ferieloven bygger på²⁹,
³⁰.

c. Fravigelser til gunst for lønmodtageren.

Det går som en rød tråd igennem de eksisterende ufravigelighedsregler, at forbudet imod rettighedsafkald naturligvis kun sigter på dispositioner, der i lyset af lovens formål må anses for at være til lønmodtagerens ugunst³¹.

Imidlertid vil jo næsten alle afkald kunne siges at være til gunst for arbejdstageren - om ikke andet så derved, at den trussel arbejdsgiveren fører i marken herefter ikke realiseres. Grænsen mellem det legitime og det illegitime, det anerkendelsesværdige og det som ikke tåler retsordenens godkendelse, kan altså være nok så kompliceret at drage.

I denne forbindelse er det heller ikke muligt uden videre at fastslå, hvor langt en gennemsnitsmålestok for begunstigelsen vil påvirke afgørelsen, eller om denne tværtimod alene må træffes ud fra, hvad den konkrete lønmodtager er bedst tjent med. Samfundsinteressen bag reglerne synes ganske vist at tilsige, at vurderingen må tage udgangspunkt i, hvad der er til gunst for arbejdstagere i almindelighed. Dette vil imidlertid kunne føre til ubillige resultater for den enkelte og harmonerer heller ikke særlig godt med de positive ufravigelighedsreglers udformning.

Alt i alt bliver det således nok nødvendigt at vurdere bærekraften i den begunstigelse, den pågældende disposition antages at indeholde, ud fra de foreliggende omstændigheder i det enkelte tilfælde.

Rent praktisk har problemet to facetter, hvoraf den første refererer til

27. Hertil Lise Kofod, »Ferieloven« p. 249 ff og p. 231 f.

28. Se J 40/240, U 42/658. Modsat tilsyneladende forudsætningen i Københavns byrets dom af 22/2-1954 (citeret af Lise Kofod i.c. p. 250).

29. Hertil iøvrigt U 58/233, U 49/454, U 48/969, U 42/658, SHT 60/85, J 55/113 og J 40/52.

30. Retsforlig må dog stadig respekteres, U 53/347. Se iøvrigt Kurt Grönfors i Festskrift til Håkan Nial, p. 214, der kun vil acceptere indenretlige forlig som grundlag for afkald efter dagældende svenske ferielov.

31. Funktionærlovens § 21, medhjælperlovens § 2, ferielovens § 3. Undertiden lægger loven nærmere rammer for gennemførelsen af retmæssige afkald (dagpengelovens § 12, funktionærlovens § 21, stk. 2, ferielovens § 3, lærlingelovens § 9, stk. 8.

den konkrete situations art, og den anden til det, man kan kalde kompensationsproblematikken.

a) Afkaldet tilladeligt ud fra den konkrete situation.

Som basis for forsøget på at uddrage vejledende momenter for, hvornår et afkald i det konkrete tilfælde kan anses for at være til gunst for lønmodtageren, er det nok nødvendigt at tage udgangspunkt i nogle af de praktiske tilfældegrupper.

Det er ofte forekommet, at virksomhedens meget alvorlige økonomiske situation, f. eks. op til en lukning, gør det objektivt uforsvarligt at lade arbejdstagere med langt varsel fortsætte med fulde lovmæssige opsigelsesrettigheder.

H. G. Carlsen³² vil i disse tilfælde ud fra den foreliggende funktionærretlige praksis anerkende udtrykkelige afkald på varsel, når omstændighederne iøvrigt ikke fremkalder mistanke om omgåelse af loven. Det er tillige en forudsætning, at denne situation er af så alvorlig karakter, at det er i begge parter velforståede interesse, at bedriften holdes i gang, og at man kan frigøre sig hurtigt. Carlsen antager endvidere, at denne tilstand vel ikke kan vare ubegrænset, men at der dog kan hengå adskillige måneder, såfremt faren vedbliver at være overhængende og funktionæren holdes underrettet om udviklingen. Modsat vil han ikke sætte den omstændighed, at der er afgivet et ordinært varsel forud for opsigelserne, som nogen ufravigelig betingelse, hvis alternativet er f. eks. en betalingsstandsning uden større udsigt til dækning af de privilegerede krav.

Carlsens sætning forekommer rimelig og vil antagelig have bærekraft også uden for funktionærloven. Dog er det måske lidt svært at se, at den omstændighed at lønmodtagerne fastholder opsigelsesvarslet efter loven i de praktiske tilfælde skulle kunne udløse betalingsstandsningen. Og selv om dette sker, forlises det fulde krav jo ikke mere efter etableringen af Lønmodtagernes Garantifond. Medens det derfor vel er ubetænkeligt e.o. at lade arbejdstagerne fortsætte med nedsat varsel efter udløbet af normal opsigelsestid, bør der måske foreligge stærke grunde, førend afkald på varsel kan gives straks.

Hensynet til opretholdelsen af beskæftigelsen synes også at ligge bag U 44/955, der godkender en aftale om øjeblikkelig lønreduktion af ikke helt

32. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 249 f.

uvæsentlig størrelse. Retten turde her ikke anse dispositionen som stridende mod funktionærloven, selv om væsentlige vilkårsændringer jo normalt kræver fuldt opsigelsesvarsel³³. Den tilsidesættes herefter kun fordi opsigelse alligevel blev afgivet og altså ud fra et forudsætningssynspunkt.

Særlige vanskeligheder volder aftaler om øjeblikkelig frigørelse fra kontrakten, eftersom denne frigørelse jo jævnlige vil kunne være i arbejdstagerens bedste interesse³⁴.

H. G. Carlsen³⁵ konkluderer ud fra retspraksis, at aftaler om fratrædelse uden varsel principielt er gyldige, men at der stilles små krav til grundlaget for en antagelse om, at aftalen ikke er indgået af funktionærens frie vilje.

Hvis udgangspunktet imidlertid er, at afkaldet for at holde skal være til gunst for lønmodtageren, må det afgørende alene være, om det rent faktisk tjente dennes interesser eller ej^{36,37}. Herved bliver den omstændighed, at der foreligger en direkte aftale om fratrædelse, alene ét moment blandt andre. Og den manglende viljesfrihed bliver ingen nødvendig betingelse for tilsidesættelsen af dispositionen.

Retspraksis ser da tilsyneladende også fortrinsvis på, om arbejdstageren har været tjent med ordningen³⁸. Og eventuelle pressionsmomenter synes blot at være en yderligere - eller tilstrækkelig - begrundelse for at forkaste afkaldet³⁹.

I denne anledning kommer der imidlertid også et tidsperspektiv ind i billedet. Det, som oprindeligt syntes at være fordelagtigt, kan jo nemlig senere viser sig at være mindre gunstigt. Og ligeledes kan de ydre omstændigheder senere ændre sig. Spørgsmålet bliver med andre ord, om det lovmæssige ufravigelighedsprincip også beskytter arbejdstageren imod

33. Hertil Ole Hasselbalch, »Ansættelsesret«, p. 368 ff.

34. Som en særrregel forudsætter lærlingelovens § 23 stk. 2 en ubetinget ret for parterne til ved gensidig overenskomst at ophæve et læreforhold uden videre.

35. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 292 ff.

36. Dog er der måske ikke noget til hinder for i de tilfælde, hvor virksomheden var i god tro med hensyn hertil, at se på, om der er gjort indsigelse så betids, at arbejdsgiveren kunne have redresseret forholdet, jfr. neden for under B.

37. Se også Folke Schmidt i »Löntagarrätt« p. 17, der antager, at forudsætningen for et sådant afkald må være, at lønmodtageren handler i egen interesse, f. eks. fordi han har fået et nyt job.

38. Hertil SHT 39/53, SHT 39/69, SHT 41/1, SHT 66/46, U 47/236, U 56/150. Iøvrigt U 72/979.

39. Hertil f. eks. SHT 60/40, SHT 65/315, SHT 57/162, U 53/1156, U 74/3.

konsekvenserne af hans egne fejlvurderinger m.h.t. fremtiden og mod senere skiftende ydre forhold, der gør, at forudsætningerne for afkaldet svigter.

Skal lønmodtageren overhovedet kunne gøre et krav gældende i henhold til dette synspunkt, må retten i hvert fald begrænses inden for rammerne af den frist hans almindelige reklamationspligt levner, jfr. neden for under B. Og denne pligt vil i sig selv sjældent give ret lang fortrydelsestid i de tilfælde, hvor der indgås et udtrykkeligt rettighedsafkald. Men medmindre arbejdsgiveren indså eller burde indse de forhold, der senere får arbejdstageren til at gå fra afkaldet, således at der kommer et moment af svig ind i sagen, synes det i det hele heller ikke rimeligt at tillægge senere indtrædende omstændigheder relevans. Ufravigelighedsreglerne har ikke karakter af selvstændige sociale beskyttelses- eller forsørgelsesnormer men udgør en sikring imod arbejdsgiverens udnyttelse af en overlegen position. Hvis afkaldet fremstår som opfyldende lovens gyldighedskrav på det tidspunkt, hvor det blev givet, må det derfor være af mindre betydning, om denne bedømmelse senere ville have faldet anderledes ud.

Der forekommer nok kun få tilfælde, hvor lønmodtageren med fordel, og altså retmæssigt kan give afkald på de egentlige sociale goder, sygeløn, ferierettigheder o.s.v. Praktisk er formentlig i alt væsentligt alene det tilfælde, at han renoncerer på sygebetaling i anledning af fravær, der skyldes en langvarig eller kronisk lidelse. Den legitime interesse i at tillade en sådan ordning ligger naturligvis deri, at han ellers ville komme i en vanskeligere beskæftigelsessituation end kolleger, der er ved godt helbred. Muligheden er derfor legaliseret i dagpengeloven § 12 og lærlingeloven § 9 stk. 8. Det er dog indlysende, at grænsen mellem det tilladelige og det utilladelige er hårfin. De nævnte bestemmelser betinger derfor også afkaldets holdbarhed af en særlig, offentlig godkendelse.

En gammel praksis på arbejdsmarkedet for at indgå tilsvarende afkald på sygeløn i henhold til funktionærloven blev ved sidste revision af loven sporet ind i tilsvarende baner. Til lovens ufravigelighedsregel i § 21 blev der således føjet et 2. stk., der gav arbejdsministeren adgang til at fastlægge retningslinier for afkald på visse funktionærgoder. Denne mulighed blev ikke udnyttet, måske fordi administrationen fandt, at problemet var løst i tilstrækkelig grad gennem dagpengeloven, der som bekendt også omfatter funktionærer og derfor sikrer arbejdsgiveren i alt fald delvis refusion af dagpenge på basis af lovlige afkald på dagpengeretten. Det er dog også

muligt, at der blot er tale om almindelig mangel på interesse for problemet, som jo ikke er presserende.

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt et afkald, der er godkendt i henhold til dagpengeloven, får virkning også i forhold til de lovregler, der intet positivt indeholder herom, således funktionærloven og medhjælperloven⁴⁰.

I den ene retning taler den offentlige anerkendelse af forholdets rimelighed, der ligger i en eventuel godkendelse efter dagpengeloven. I den anden taler i hvert fald for funktionærlovens vedkommende den omstændighed, at en klar mulighed for at åbne for dispensationer ikke er udnyttet, hvilket kunne berettige den antagelse, at man ikke har ønsket at legalisere sådanne ordninger.

Meget taler imidlertid for at acceptere afkaldets generelle lovlighed, når det først er godkendt i henhold til dagpengeloven. En slutning ud fra den manglende udnyttelse af dispensationshjemmelen ville således kunne føre til det kunstige resultat, at afkald, der evt. ville være lovlige i henhold til medhjælperlovens regler, blev retsstridige for funktionærer - netop i kraft af at loven havde lukket op for lempelser i ufravigelighedsprincippet. Og lovgiver har ydermere netop givet dispensationshjemmelen i bevidstheden om disse afkalds anerkendelsesværdighed⁴¹.

Tilbage bliver spørgsmålet om, hvorvidt den omstændighed, at dagpengeloven nu vil tilsikre arbejdsgiveren en vis refusion af sygelønsudgifterne, må afskære rettighedsafkald af den nævnte art. Arbejdsgiverens økonomiske begrundelse for at undlade at beskæftige kronisk syge arbejdstagere er jo afgjort blevet mindre stærk efter denne lovgivnings gennemførelse. På den anden side er det vanskeligt at anerkende, at undtagelsen skulle afhænge af en økonomisk målestok. Hensynet bag en lempelse i ufravigelighedsprincippet på dette punkt er ønsket om at undgå, at bestemte lønmodtagere belastes i beskæftigelsesmulighederne på grund af det særlige risikomoment for virksomheden, deres sygdom betinger. Hvis en usikker økonomisk målestok var afgørende, ville man let komme over i en situation, hvor afkaldets tilladelighed var umulig at forudse på forhånd – hvilket jo ikke ville bidrage til at begrænse arbejdsgiverens betænkneligheder ved ansættelsen. Muligvis måtte resultatet også blive forskelligt, alt afhængigt af om der er tale om højt- eller lavtlønnede funktionærer, fordi

40. H. G. Carlsen, »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 250, synes at gå ind for tilladeligheden af forkortet opsigelsesvarsel.

41. Bemærkningerne til lovforslag nr. 53 1970-71.

refusionen, der kan opnås i henhold til dagpengereglerne, bliver mindre desto større lønydelsen er.

Hertil kommer endelig hensynet til den almene retsbevidsthed. Det daglige arbejdsliv ville næppe have den helt store forståelse for, at det som i henhold til den ene lov (dagpengeloven) anses for ikke blot tilladeligt, men også ønskeligt, er forbudt i henhold til den anden (f. eks. funktionærloven), selv om der er tale om samme person, samme situation og samme ydelse.

Herved ledes man imidlertid over i et andet problem. Der findes sygebetalingsregler ikke blot i de generelle kontraktsnormerende love som funktionærlov og medhjælperlov, men også i ferielovens § 13 (om sygefrierpenge) og dertil svarende kollektive overenskomster. De eksisterende ferieoverenskomster åbner så vidt vides ikke mulighed for at dispensere for kronisk sygdom m.v., hvilket må tages som udtryk for, at man har betragtet problemet som perifert i forhold til ferieloven. Hvor ferielovens § 13 er gældende, er det endvidere vist nok den sædvanemæssige opfattelse, at afkald ikke kan gives med bindende virkning. Dette harmonerer med ferielovens meget absolutte ufravigelighedsregel. Man kunne vel også sige, at der ikke er det store behov for en dispensationsmulighed svarende til dagpengelovens, når overenskomstparterne ikke selv har søgt at åbne denne.

De refererede tilfælde viser vanskelighederne ved at fastslå noget generelt om kvaliteten af den situation, som legitimerer et rettighedsafkald. Ofte ender man i skøn over den konkrete rimelighed, parternes velforståede interesser, risikoen for omgørelser o.s.v.

Dog synes det at fremgå, at muligheden for at bevare eller opnå en beskæftigelse kun er relevant, når arbejdsgiveren ikke i den konkrete situation henviser dertil på en måde, der fremstår som misbrug af en overlegen position. I givet fald må der tværtimod være tale om produktet af objektiv nødvendighed eller af et legalt ønske om, at arbejdstageren ikke skal opnå fordele i kraft af loven, som på grund af hans særlige forhold ligger ud over det almindeligt forudsatte.

b) Kompensationsproblematikken.

Allerede det foregående viser, at der kun vil blive et meget snævert område tilbage, hvor afkald på lovgivningens goder lader sig opveje af kompensationer i anden retning. En isoleret vurdering ud fra den enkelte lønmodtagers forhold måtte ganske vist ofte føre til et andet resultat. Men

især den generelle offentlige interesse i reglerne synes at måtte stå hindrende i vejen for alt for vidtgående løsninger af denne art.

Afgørelserne herom er imidlertid få. SHT 48/29 nægter at anerkende højere løn som tilstrækkelig kompensation for mangelen på funktionærmæssige tryghedsgoder, *dels* under henvisning til det vanskelige i at skønne over om lønnen var at foretrække fremfor lovens beskyttelse, *dels* fordi accept af en sådan ordning, som det siges, vil åbne for stor adgang til at tilsidesætte funktionærlovens fundamentale regler, som overhovedet ikke beskæftiger sig med lønspørgsmålet⁴². Og U 48/1026 antager, at heller ikke særligt gode ansættelsesvilkår med hensyn til bl.a. frihed vil føre forholdet uden for funktionærlovens rækkevidde⁴³.

Sociale goder kan altså ikke uden videre kompenseres med løn. Men som påvist oven for i afsnit I. C. (om tjenestemandsvilkår som basis for undtagelser fra loven) vil intentionerne bag ansættelseslovgivningens tryghedsgoder antagelig også føre til, at de instituerede sociale goder heller ikke kan opvejes af sociale goder af en hvilken som helst art.

Generelt er det nok rimeligt at antage, at lovens goder uden for de grænsetilfælde, der er omtalt oven for under b.a) (udfyldning og fortolkning af lovreglerne m.v.) ikke vil kunne opvejes af ydelser uden for loven. Og endvidere at selv omforandringer inden for lovens rammer kun vil holde, hvis dennes generelle sigte ikke derved kompromitteres, og man ydermere undgår at forrykke grundlaget for anvendelsen af de sociale sikringsordninger iøvrigt⁴⁴. Dog er det muligt, at der specielt som led i forligsmæssige afviklingsordninger ud fra de oven for under b. b) nævnte betragtninger må være en større fleksibilitet i mulighederne for at bringe en samlet løsning i stand^{45, 46}.

42. Hertil iøvrigt J 50/53.

43. Se også U 63/342: Der må alene tages hensyn til, om resultatet af *den opståede tvist* bliver ugunstigere ved anvendelse af kontraktens end ved anvendelse af lovens regel.

44. Det er i god harmoni hermed, at ferieloven anerkender kollektive overenskomster, der blot ud fra en helhedssynsvinkel opfylder denne lovs niveau, jfr. J 55/305 og bemærkningerne til ferielovsforslaget af 1938, der udtaler: »Lovens Regler synes ej heller at burde bringes til Anvendelse indenfor saadanne Fag eller faglige Omraader, hvor der efter Socialministerens Skøn er truffet forsvarlige Ferieordninger, der ikke stiller de beskæftigede ringere end den foreslaaede Lov«. Se iøvrigt til problemet Svante Bergström: »Om semesterlön och provision«, p. 133 ff (Uppsala Universitets Årsskrift 1954).

45. Den omstændighed, at arbejdskraften er blevet frigjort ud over hvad virksomheden havde været nødt til, har f. eks. undertiden vejet til fordel for anerkendelse af afkaldets lovlighed, se U 74/3.

46. Se iøvrigt forudsætningen i U 56/152.

B. Fortabelse af de ufravigelige lovgoder gennem passivitet.

Lønmodtagerens passivitet kan efter praksis medføre fortabelse også af utvivlsomt ufravigelige lovgoder.

Hensynet bag et præklusionsprincip på dette grundlag uafhængigt af de almindelige forældelsesregler er måske udtrykt bedst inden for den almindelige kontraktsret i behovet for at sikre tilliden til den gennem fordringshaverens passivitet tilvejebragte faktiske situation, som debitor kan have indrettet sig efter⁴⁷. Dette behov er helt åbenlyst, hvis kreditor bevidst holder sit krav tilbage, vidende om at den anden part indretter sig efter situationen. Men også hvor et retstab for debitor kan undgås, er en sådan regel rimelig. Som det udtrykkes af C. J. Arnholtz⁴⁸: »I det hele er det vel et spørgsmål om den part som intet gjør for å verge sig på det tidspunkt, da alt med letthet kunde ha vært ordnet, har noget sterkt krav på at rettsordenen yder ham beskyttelse når han våkner av sin dvale«.

Det er indlysende, at der må noget særligt til at bære en præklusion gennem passivitet, når det drejer sig om arbejdsmarkedslovgivningens ufravigelige rettigheder.

Den omstændighed, at lønmodtageren intet foretager sig til hævvelse af disse, vil imidlertid ofte i sig selv indicere, at den opnåede ordning har tjent hans interesser bedst og derfor ikke er retstridig. Passiviteten tages med andre ord til indtægt ikke for rettighedsfortabelse men derimod for en etableret, lovlig retstilstand.

Men også flere af de begrundelser, der bærer den almindelige kontraktretlige passivitetsvirkning, kan gøre sig gældende inden for arbejdsretten. Hurtig reklamation vil således i vid udstrækning beskytte virksomheden imod at disponere ud fra en position, som den måtte opfatte som lovlig. Mange bevismæssige muligheder vil endvidere gå tabt, såfremt lønmodtageren ikke snarest gør sin opfattelse klar for arbejdsgiveren. Og sidst men ikke mindst vil reklamationen ofte sætte denne i stand til at redressere eventuelle fejl, således at misligholdelse undgås. »Passivitetsvirkningen« rækker herved over i misligholdelseslærens reklamationspligt.

Disse momenter må naturligvis afvejes over for hensyn, der kan tale i modsat retning. Først og fremmest vil arbejdstageren ikke med rimelighed kunne pålægges at reklamere førend på det tidspunkt, hvor han opnår en tilstrækkelig uafhængighed i forhold til virksomheden. Men dernæst bør

47. C. Bang i U 44 B/103.

48. »Passivitetsvirkninger« p. 5.

uvidenhed hos lønmodtageren m.h.t. lovkravene og andre undskyldende omstændigheder måske tillægges en særlig vægt. Det kan i denne forbindelse også tænkes, at arbejdstageren ud fra hændelsesforløbet først på et ret fremskredent tidspunkt har fået et mere direkte incitament til at fremme sine krav. Endelig kan arbejdsgiverens eventuelle grove onde tro tale for ikke at tillægge lønmodtagerens inaktivitet en alt for fremtrædende betydning.

Ikke mindst i grænseområdet mellem de lovlige og ulovlige dispositioner synes arbejdstagers passive holdning imidlertid at måtte spille en rolle, der ikke bør overses.

Kortlægningen heraf må naturligt koncentrere sig om de særlige forhold, som gør sig gældende i arbejdskontrakter ved den interesseafvejning mellem hensynene til de 2 parter, som er afgørende for præklusionsvirkningen.

I lyset af at der er tale om sociale sikringsordninger uden aftalemæssig baggrund men hvilende på objektive byrdefordelingssynspunkter, synes i denne forbindelse undskyldningsgrunde på lønmodtagerside ofte at måtte spille en særlig rolle. Det er da også antaget i retspraksis, at f. eks. uvidenhed om loven⁴⁹ og om retskravene⁵⁰ kan retfærdiggøre en sen reaktion. I andre tilfælde har praksis endvidere lagt vægt på arbejdstagerens sygdom⁵¹ eller eksisterende praktiske vanskeligheder for gennemførelsen af kravet⁵².

Det helt centrale bliver imidlertid vurderingen af, hvilken vægt der bør tillægges underlegenhedsmomentet over for de hensyn, der taler til fordel for arbejdsgiveren. I denne forbindelse er det nødvendigt at gå lidt tættere på de praktiske tilfældegrupper.

Så længe ansættelsesforholdet endnu *består*, taler vægtige grunde for at give lønmodtageren ret vide rammer.

Den fortsatte afhængighed af virksomheden vil her i sig selv gøre det vanskeligt at komme med for mange indsigelser. Og måske føler han også, at der er en risiko for at sætte nogle af de øvrige vilkår over styr ved at være for »kantet«. Det kan derfor ej heller undre, at ikke-honorerede lovkrav normalt først rejses i tilknytning til arbejdsforholdets ophør, hvor der så at

49. U 58/1209, SHT 39/142.

50. U 44/839, se iøvrigt dissensen i U 75/1091.

51. U 55/551 og SHT 57/220.

52. U 65/115.

sige er alt at vinde og intet at tabe. Endvidere vil arbejdstageren være mindre motiveret end ved fratræden til en kritisk vurdering af sine muligheder, hvorved det bliver lettere at undskylde, at han ikke er opmærksom på eventuelle krav. Og endelig har en reklamation ikke den samme betydning som ved fratrædelsen med henblik på afværgelsen af tab.⁵³

Her over for står naturligvis det stødende i, at sådanne ydelser skulle kunne gøres gældende flere år tilbage i tiden.

Tilsvarende problemer opstår jævnlige i tilknytning til de kollektive overenskomster, hvor man i forbindelse med en fratræden f. eks. finder ud af, at der igennem længere tid har fundet underbetaling sted. Men rent bortset fra at overenskomsterne ofte fastslår, at krav på de specielle tillæg skal gøres gældende løbende, har Arbejdsretten her en friere mulighed for ved bodsfastsættelsen at tage hensyn til, at lønmodtagerparten ikke selv har rejst eller forfulgt kravet i tide.

I almindelighed synes der ikke at være tilstrækkeligt grundlag for at antage en passivitetsvirkning i relation til lovgoderne i løbende ansættelsesforhold⁵⁴, hvilket turde have til konsekvens, at disse krav som hovedregel alene begrænses af forældelsesreglerne. En anden antagelse kunne også let bevirke, at arbejdsgiveren ville se sin interesse i at disponere imod lovgivningen i tillid til en hurtig præklusion.

Dette udelukker naturligvis ikke, at der kan forekomme særlige tilfælde, hvor passiviteten må få konsekvenser. FVK 9/10-53 afskar f. eks. særlig ventetidsbetaling i kraft af arbejdets forsinkelse p.g.a. arbejdsgiverens forhold, fordi kravet ikke blev rejst så betids, at virksomheden kunne råde bod på de omstændigheder, der begrundede forsinkelsen. Tilsvarende havde antagelig kunnet antages, selv om grundlaget for kravet ikke var en overenskomst men lovgivningens regler, f. eks. funktionærlovens §§ 2 og 3. Virkningen må også nok indtræde i andre tilfælde, hvor kravets rejsning i tide ville have givet virksomheden lejlighed til at undgå tab. I denne forbindelse kan f. eks. henvises til U 41/964, der afskar krav på feriegodtgørelse af sygeløn under henvisning til, at virksomheden kunne have

53. Det tilføjes, at den omstændighed, at der måtte foreligge en aftale om forholdet, ikke skærper passivitetsvirkningen, så vidt som en sådan vedtagelse oftest kan tilsidesættes i kraft af lønmodtagerens afhængighed i det løbende ansættelsesforhold.

54. Se dog den særlige forældelsesregel i ferielovens § 21.

henvist den pågældende til at holde ferien med løn inden fratrædelsen, hvis det var blevet bragt frem i god tid⁵⁵.

Rent praktisk opstår problemet imidlertid sjældent, bl.a. på grund af vanskelighederne ved at bevise ældre krav. Og når det dukker op, finder der ofte en forligsmæssig afslutning sted, evt. med ydelsen af et mindre, rundt beløb.

Grundene bag antagelsen af en passivitetsvirkning er stærkere ved arbejdsforholdets ophør.

I relation til ufravigelige lovgoder behøver det vel ganske vist ikke være afgørende, at lønmodtageren her har det fornødne incitament til at gøre sit krav op, og at han ikke mere er hæmmet af hensynet til et fremtidigt samarbejde.

Men netop i forbindelse med fratræden foreligger der ofte en positiv aftale om afviklingen, hvilket må have opfordret arbejdstageren til særlig påpasselighed. Hertil kommer, at de krav, der følger af fratrædelsessituationen, oftere vil være af en art, som kan give virksomheden anledning til berigtigelse. Det typiske eksempel er her kravet på opsigelsesvarsel. Efter fratrædelsen viger altså ikke blot den væsentligste begrundelse for antagelsen af en lempeligere reklamationspligt, men de stærke grunde for passivitetsvirkningen indtræder hyppigere.

Endelig lader et aftalemoment sig naturligvis lettere oparbejde. Lønmodtagerens inaktivitet i kombination med frigørelsen fra bindingen til virksomheden kan således efterhånden give det berettigede indtryk, at eventuelle krav er frafaldet.

Det ville således være rimeligt at acceptere en ret hurtig præklusion, når der foreligger udtrykkelig aftale om opgørelsen af parternes mellemværende i forbindelse med fratrædelse. Aftalen indicerer som allerede nævnt i sig selv dispositionens lovmedholdelighed. Og medmindre denne indikation er åbenlyst uholdbar, er der ikke tale om at beskytte arbejdsgiveren imod den opfattelse, der beføjes af lønmodtagerens passive holdning gennem nogen tid, men om at afværge de skadevirkninger, der må anses for umiddelbart forestående derved, at virksomheden disponerer i tillid til det skete. Hvad enten aftalen retter sig på de rettigheder i henseende til varsel

55. Det er antagelig også denne funktion, der ligger bag princippet om, at ferie holdes i videst muligt omfang uden varsel i arbejdsfri opsigelsesperioder, se f. eks. U 69/1014, U 69/719, U 72/77, U 73/999. Sml. iøvrigt U 27/369, U 28/550 og VLT 28/284 om de præceptive bestemmelser for beskaffenheden af medhjælperes værelse.

m.v., som selve fratrædelsen afføder, eller på goder, der vedrørte det løbende ansættelsesforhold, bør lønmodtageren derfor gøre sine indsigelser gældende. Og aftalen må herefter bedømmes efter de oven for under A nævnte principper.

Men iøvrigt synes passivitetens præklusionsvirkning altså nærmest at have sammenhæng med det forhold, at en hurtig reaktion kan give arbejdsgiveren anledning til at berigtige eventuelle fejl og derved undgå tab. Dette gælder i særlig grad i relation til de krav, der flyder af selve fratrædelsessituationen⁵⁶, typisk kravet på opsigelsesvarsel eller iagttagelse af kontraktens tidsindhold iøvrigt. Reklameres der i tide over mangler i denne henseende, kan forholdet rettes, således at virksomheden samtidig får lejlighed til at anvende arbejdskraften indtil lovligt ophør, medens den ellers var kommet til at betale erstatning uden modydelse. I det anførte ligger vel ikke, at lønmodtageren skulle være forpligtet til at give arbejdsgiveren midler i hænde til f. eks. at sikre sig imod, at en afskedigelse kan bedømmes som usaglig eller fortryde en klart uberettiget bortvisning. Men hvor misligholdelsen ikke er definitiv, og en reklamation med rimelighed må antages at have medført, at den retsstridige afskedigelse ikke var blevet effektueret, eller at en ukorrekt opsigelse var blevet berigtiget, må lønmodtageren være forpligtet til at reagere under det ansvar, der ligger i, at han ellers taber sine lovkrav.

Passivitetsvirkningen synes altså ret nøje forbundet med arbejdsgiverens såkaldte redresseringsret ved misligholdelse⁵⁷. Og afgørende for præklusionen bliver, om denne ret i det enkelte tilfælde er praktisk eller ej⁵⁸.

Retsspraksis synes at harmonere med det anførte. Der stilles således ikke stærke krav til reklamationspligten, såfremt der foreligger en klar bortvisning eller et forhold, som må sidestilles hermed⁵⁹. Undertiden antydes

56. Dog selvfølgelig næppe dem, som er en følge af selve den omstændighed, at fratrædelse finder sted, f. eks. kravet på fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a.

57. Herom: Ole Hasselbalch, »Ansættelsesret«, p. 410 med henvisninger.

58. H. G. Carlsen (»Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 273 ff) er inde på spørgsmålet om virkningen af passivitet over for en retsstridig opsigelse og søger at kortlægge den nærmere tidsmæssige grænse for passivitetsvirkningens indtræden. Tillige anføres (L. c. p. 192) at funktionærens erstatningskrav må gøres gældende inden rimelig tid, selv om der dog også anføres grunde til at modificere dette princip. En sådan kortlægning lader sig imidlertid næppe gennemføre uden relation til de grunde, som bærer præklusionen.

59. Se f. eks. U 60/769, U 62/380.

nærmest, at passiviteten her må have løftekvalitet, førend den vil virke afskærende⁶⁰.

Anderledes hvor virksomheden har adgang til at berigtige forholdet. I sådanne tilfælde, som normalt vil vedrøre fejlagtige opsigelser⁶¹, kredser afgørelserne jævnlige netop om muligheden herfor⁶²

Som et illustrerende eksempel kan fremhæves U 76/802, hvor protesten først kom ca. 3 uger efter fratrædelsen, men hvor lønmodtagerens tilbud om at stille arbejdskraften til rådighed dog endnu tidsmæssigt måtte have væsentlig interesse for virksomheden. (Denne havde ikke antaget nogen anden i tillid til det givne varsels berettigelse). I kombination hermed står U 75/1091, hvor der lægges vægt på, at protesten og det dermed forbundne tilbud om at stille arbejdskraften til rådighed kom så sent, at det var uden væsentlig interesse. Kravet ansås derfor for forlist. Men er redresseringsmuligheden til stede, forlises kravet i det hele let, såfremt det ikke gøres gældende i tide⁶³.

På den anden side er passivitetsvirkningen ikke ubetinget og udmåleligt knyttet til denne ret for arbejdsgiveren, men parternes subjektive forhold tages tillige i betragtning. Afgørende er således tilsyneladende også, om lønmodtageren har haft nogen opfordring til at reagere eller ej. Hvor striden f. eks. drejer sig om, hvorvidt opsigelse var afgivet eller ej, er der ikke altid lagt vægt på, at reaktionen trak ud⁶⁴. Og det samme gælder i andre tilfælde, hvor der er grund til at lægge et ansvar på virksomheden⁶⁵. Modsat vil lønmodtagerens dadelværdige forhold kunne tjene til at skærpe kravene til reaktionspligten. Har der således f. eks. været god tid til at bringe stillingen på det rene, er det endog antaget, at protest mod for kort varsel kom for sent ved først at blive afgivet den sidste arbejdsdag⁶⁶.

Det er rimeligt at antage, at reklamationens form også har sammenhæng med denne redresseringsret. Det turde herefter være tilstrækkeligt, at lønmodtageren fremsætter sin indsigelse eller iøvrigt reagerer på en måde,

60. U 60/769: Virksomheden kunne ikke med føje gå ud fra, at kravet var opgivet, selv om der var hengået lang tid.

61. Se dog også SHT 44/1 om sælgers krav om dækning af tabt provisionsindtægt for fratagelse af rejsemulighederne.

62. Se iøvrigt som et typisk eksempel præmisserne i SHT 40/201.

63. U 52/516, SHT 62/209, SHT 40/201, SHT 35/296, VLT 51/318 - se dog også U 21/349. Sml. SHT 48/100, hvor kravet ikke blev fortabt.

64. Hertil U 60/163 og SHT 22/446.

65. U 44/839, hvor denne måtte være i tvivl om dispositionens holdbarhed.

66. SHT 49/207 (U 49/1164), U 31/1130, U 33/222.

der giver virksomheden tilstrækkelig opfordring til at søge en afklaring af forholdet⁶⁷. Og efter det tidspunkt, hvor virksomheden har fået den fornødne anledning til at overveje situationen, må lønmodtageren ligeledes have vide rammer for opfølgning af sagen⁶⁸.

Passivitetsvirkningen i relation til den ufravigelige ansættelseslovgivning dækker altså over flere forskellige funktioner og kan derfor næppe heller opsamles i en fælles formel:

Foreligger der en udtrykkelig aftale, vil forløbet af en vis tid uden reklamation i sig selv skabe formodning for, at denne er verbindende, medmindre den manglende reaktion kan undskyldes, f. eks. i fortsat afhængighed af virksomheden. Passiviteten indicerer altså her, at ufravigelighedsprincippet ikke er krænket. Men selv om der ingen klar aftale er om forholdet, vil passiviteten i sig selv kunne afgive et moment af stiltiende indforståelse, som kan få aftalekvalitet - stadig under forudsætning af at lønmodtagerens fortsatte underlegenhed ikke stiller sig hindrende i vejen herfor. I så fald forudsættes dog almindeligvis længere tids passivitet, allerede fordi udgangspunktet jo stadig er, at retsordenen (loven) i forvejen har anvist en afvigende løsning i forhold til den, der er grundlaget for parternes opgørelse⁶⁹.

Men selv uden aftale spiller passiviteten en rolle. Dette gælder især, hvor en hurtig reklamation havde kunnet give virksomheden anledning til at udbedre de forhold, hvorpå kravet støttes, samtidig med at det er naturligt at lægge risikoen for inaktiviteten og det heraf forvoldte tab på arbejdstager. I disse tilfælde er passivitetsvirkningen kædet sammen med misligholdelsesreglerne.

I det skitserede mønster er der samtidig flere usikkerhedsfaktorer, som vil kunne påvirke vurderingen. Lønmodtagerens konkrete underlegenhedstilstand eller afhængighed er således helt afgørende, og det samme gælder parternes subjektive forhold. I denne forbindelse vil endelig overtrædelsens klarhed også komme ind i billedet.

67. Hertil U 44/839, hvor arbejdsgiveren »ikke med føje« kunne opfatte arbejdstagerens holdning som godkendelse af den ulovlige opsigelse og samtidig var i tvivl om berettigelsen i samme, samt U 58/551, hvor funktionæren havde spurgt, om bortvisningen var inappellabel. I begge afgørelser var der dog yderligere subjektive undskyldningsgrunde.

68. Således U 65/115.

69. Jfr. herved det almene princip, der også udtrykkes i præmisserne til SHT 62/297, gående ud på, at en parts dispositioner i strid med et foreliggende retsgrundlag kræver længere tids passivitet fra modparten for at blive bindende.

C. Ufravigelighedsreglernes rækkevidde.

a. Beskyttelsesprincippet uden for ansættelseslovgivningens område.

Ufravigelighedsprincippet gør sig gældende i de relationer, hvor lovens materielle regler griber ind. Men det er ikke altid let at vurdere, hvornår dette er tilfældet. Og også helt uden for det område, der reguleres af ansættelseslovgivningen, kan der være behov for en generel beskyttelsesregel.

Spørgsmålet er herefter, hvor langt lovgivningens ufravigelighedsprincip strækker sine virkninger, og om man her uden for kan antage eksistensen af visse uopgivelige retspositioner ud fra et bredere beskyttelseshensyn.

H. G. Carlsen anfører⁷⁰, at det beskyttelsesprincip, som funktionærlovens § 21 er udtryk for, kan anvendes i alle tilfælde, hvor en aftale eller faktisk foreliggende ordning eller tilkendegivelse medfører en situation, der til funktionærens ugunst afviger fra den traditionelle ordning af funktionærforholdet, som funktionærloven hviler på. Og ligeledes ser denne forfatter⁷¹ et udslag af det almindelige ufravigelighedsprincip, loven hviler på, i de tilfælde, hvor aftaler om ophør er blevet tilsidesat uden henvisning til funktionærlovens ugyldighedsregel, men i kraft af at aftalen er indgået under indtrykket af en vis pression, selv om denne ikke falder under aftaleloven (før ændringen heraf i 1975).

Herved søges tilsyneladende opstillet en ufravigelighedsnorm for funktionærer på bredere grundlag i lyset af hensynene bag funktionærloven.

De eksempler, Carlsen anfører som støtte for en sådan sætning, synes imidlertid at måtte føre til dens forkastelse. Således anføres, at området for væsentlig misligholdelse ikke kan udvides gennem aftale. Men dette er en følge af, at man ikke uden videre ved sådan aftale kan gøre lovens opsigelsesvarsler illusoriske. Overvejelserne må altså her snarere gå på, hvor langt funktionærlovens § 2 respekterer den almindelige hævebeføjelse ved misligholdelse end på udstrækningen af princippet i lovens § 21. Dernæst nævnes de afgørelser, der tilsidesætter indskrænkninger i funktionærens frie opsigelsesret. Men sådanne indskrænkninger vil antagelig også kunne tilsidesættes i en vis udstrækning uden for de lovdækkede områder, jfr. neden for. De kan iøvrigt siges at udgøre et brud på funktionærlovens § 2.

70. »Dansk Funktionærret«, 2. udg., p. 28.

71. L.c.p. 293 f.

Endvidere henvises til U 44/955, der forpligtede arbejdsgiveren til at respektere funktionærens kendelige forudsætning om, at han som modstykke til accept af en lønforringelse ikke ville blive opsagt inden rimelig tid. Men denne afgørelse kunne også træffes på rent aftaleretligt grundlag (svigtende forudsætninger for det givne rettighedsafkald)⁷². Og endelig anføres SHT 62/109, der nægtede at anerkende et cirkulære fra arbejdsgiveren som tilstrækkelig opsigelse af en gratialeordning, der var blevet et retligt krav. Men dette er en konsekvens af, at indgribende ændringer i ansættelsesforholdet ikke kan iværksættes uden iagttagelse af kontraktens tidsindhold, in casu opsigelsesvarsel. Dette varsel skal opfylde visse kvalitetskrav, og disse krav var ikke honoreret i den citerede sag. I alle de nævnte eksempler er altså enten lovens § 21 direkte anvendelig, eller der er tale om et ufravigelighedsprincip, som også gælder uden for det traditionelle funktionærområde.

Det må således fastholdes, at rækkevidden af de lovmæssige ufravigelighedsregler (eller det ufravigelighedsprincip, der må indfortolkes i loven ud fra dennes sigte) er knyttet til virkeområdet for lovens materielle bestemmelser. Den udvidede ugyldighedsvirkning, Carlsen antager, synes nærmest at have sammenhæng med den omstændighed, at disse bestemmelser undertiden har materiel betydning ud over det forhold de direkte sigter på at regulere. Ugyldighedsvirkningen vil følgelig i sagens natur blive mere omfattende i relation til regelsæt, der normerer de underliggende arbejdsforholds struktur (tidsindhold, misligholdelse o.s.v.) Vilårsændringer forudsætter her lovreglernes anvendelse, og enhver situation der får karakter af misligholdelse ligeledes. Men dette bør næppe forlede til antagelser om, at ufravigelighedsregelen gør sig gældende ud over lovens område.

På den anden side kan man måske meget vel tænke sig, at dispositioner i lønmodtagerens disfavør tilsidesættes også uden for ansættelseslovgivningen.

I aftaleretten har man flere steder været inde på beslægtede problemstillinger. Ussing opstillede således⁷³ f. eks. en sætning om, at en part ikke er bundet ved en bestemmelse, som er usædvanlig og stiller ham væsentligt

72. Denne opfattelse af dommen støttes også af resultatet i den parallelle sag SHT 1922/350, hvis udfald vist nok burde have været anderledes, såfremt Carlsens sætning var blevet lagt til grund.

73. »Aftaler«, 3. udg. p. 185.

ugunstigere end almindelige retsgrundsætninger, medmindre han har kendt den, eller den dog før aftalens indgåelse er fremhævet således for ham, at han ikke kunne undgå at lægge mærke hertil. Bevægede man sig herfra og over i arbejdsretten, fandt man parallelle betragtninger anvendt i U 1916/496 som grundlag for at statuere ugyldighed af en saldokvittering afgivet af en lønmodtager, der tydeligvis ikke var opmærksom på, at han fraskrev sig rettigheder.^{73a} Og man har også uden positiv lovhjemmel antaget ugyldigheden af afkald afgivet under omstændigheder, hvor der ikke var tale om en rimeligt fri viljesakt fra arbejdstagerens side⁷⁴.

På samme måde accepterede retsordenen ud fra forskellige synspunkter uopgivelige retspositioner på visse punkter. Lønmodtagerens ret til at bringe sig ud af arbejdsforholdet gennem opsigelse er således blevet anset for uangribelig⁷⁵. Og tilsvarende kan arbejdstagerens ret til at organisere sig og drive normal organisationsmæssig aktivitet måske ikke anfægtes selv gennem aftale herom.

Efter at aftalelovens § 36 er blevet ændret, således at aftaler og retshandler nu i almindelighed kan tilsidesættes helt eller delvis hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre dem gældende, synes det imidlertid ikke nødvendigt at gribe til anstrengte konstruktioner. Der tilbagestår herefter næppe et tomrum mellem ansættelseslovgivningens ufravigelighedsbestemmelser og aftalelovens regler, hvor der er et praktisk behov for en beskyttelsesnorm på friere grundlag.

Det fremgår ganske vist af forarbejderne til denne regel, at man ikke først og fremmest har haft det arbejdsretlige problem for øje. På den anden side har den nye »generalklausul« generelt til formål at sikre imod, at den

73a. Sml. ØLT 17/79.

74. Således SHT 45/256.

75. Jfr. her den omstændighed at tyendelovens § 8 om tyendets udløsningsret mod erstatning trods denne lovs almindelige deklaratoriske karakter ansås for ufravigelig. Ussing (»Aftaler«, 3. udg. p. 205 og »Enkelte Kontrakter«, § 47, A) begrundet reglen om opsigelsesadgangen i almindelige retsgrundsætninger (friheden som uopgiveligt retsgode). I »Forelæsninger over almindelig Formueret«, p. 48, anser Illum et sådant løfte for ugyldigt, som ligger uden for livsområder, der bør reguleres ved retlige pligter, hvilket antages at indebære grænser for, i hvilket omfang man kan forpligte sig til at stille sin arbejdskraft til rådighed for andre. Illum vil dog ikke opstille bestemte regler herfor, idet afgørelsen må bero på samtlige omstændigheder, herunder også den interesse arbejdsgiveren kan have i en langvarig kontrakt. Dette skulle føre til, at en mand i en ledende stilling kan binde sig længere ud i fremtiden end f. eks. et underordnet tyende eller en arbejdsmand. Se også H. G. Carlsen »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 257.

ene part i et kontraktforhold misbruger sin overlegne stilling til at skaffe sig fordele, der ensidigt tjener hans interesse⁷⁶.

Aftalelovens generalklausul overflødiggor dog naturligvis ikke ansættelseslovgivningens ufravigelighedsregler, så vidt som det jo ikke pr. definition er urimeligt at aftale noget andet end denne lovgivning tilsiger.

b. Lovfortolkning og -»analogi« m.v.

Fravigelighedsreglernes rækkevidde i relation til den underliggende lovgivning rejser et andet spørgsmål.

Det er almindeligt antaget, at materielle lovregler kan tillægges betydning ud over den snævraste ordgrænse. I denne forbindelse tales ofte om udvidende fortolkning og analogi. Problemet bliver herefter at afstikke ufravigelighedsprincippets udstrækning i relation til sådan anvendelse af bestemmelserne.

Man har søgt at opstille formler for, hvad de anførte udvidelsesmuligheder dækker over⁷⁷. I denne forbindelse er der fremhævet forskellige momenter, der skulle tale for analogislutninger: Lighed i tilfældenes ydre fremtrædelsesform og i grundene for reglernes anvendelse, reglens rimelighed, om forskelsbehandling ville blive opfattet som vilkårlighed, og om reglen må anses for udslag af en almindelig retsgrundsætning. Tillige er anført hensynet til harmoni i lovgivningen⁷⁸. Men det er også blevet hævdet⁷⁹, at der ikke er nogen relevant mulighed for at skelne mellem udvidende fortolkning og analogi.

Hvorom alting er, vil de forhold, som i henhold til det nævnte skulle begrunde analogi, i vid udstrækning gøre sig gældende i relation til ansættelseslovgivningens regler, uden at det af den grund uden videre lader sig gøre at give disse fortrin frem for modstående aftale.

76. Stig Jørgensen: »Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler«, 8/3 1974, særligt p. 19 ff.

77. Således »Juridisk Grundbog« p. 577, hvorefter udvidende fortolkning skulle være anvendelse af en lovregel på tilfælde, der ikke dækkes af den naturlige sproglige forståelse, men som dog sprogligt kan rummes inden for reglen, såfremt de samme grunde taler for at benytte denne på det videre område. Sammesteds defineres analogi som anvendelse af en regel på tilfælde, der ikke omfattes af ordene, såfremt der dog er årsagernes lighed mellem de foreliggende retstilfælde, således at samme grunde taler for at følge lovens anvisninger her.

78. Hertil bl.a. von Eyben i »Juridisk Grundbog« p. 597 og Gomard i Festskrift til Ross p. 127 og 132.

79. Hertil Preben Stuer Lauridsen, »Retslæren«, p. 323 ff med henvisninger.

Henvisninger til analogi benyttes ret ukritisk i specielt ældre arbejdsretlige afgørelser og litteratur som udtrykkende den omstændighed, at man finder, at den positive bestemmelse indeholder en passende løsning på det foreliggende problem^{80, 81}. Derfor trækkes der iøvrigt heller ikke altid nogen skarp grænse mellem området for sådanne analogier og de tilælde, hvor blot »tilsvarende« regler antages at gælde⁸². Sådant analogisering dækker altså over det forhold, at der er identitet mellem lovens materielle regel og den regel man her uden for vil lægge udfyldende til grund⁸³.

Lovanvendelse af denne art vil ikke uden videre trække ufravigelighedsprincippet med sig. Dettets gennemførelse betegner et brud på det almindelige udgangspunkt: Aftalefrihedens grundsætning - og må derfor bero på positiv stillingtagen fra lovgiver. At man ikke kritikløst kan udvide området for ufravigelighedsprincippet anvendelse blot i kraft af, at der er lovgivet på området, fremgår iøvrigt af den omstændighed, at den ufravigelige retstilstand undertiden alene er etableret i relation til visse af de persongrupper, på hvilke lovens regler anvendes⁸⁴.

Vel er det altså næppe udelukket at bygge på lovens anvisninger som udfyldende retsgrundlag, hvor disse indeholder den rimelige løsning. Og man vil givetvis også stille større krav til beviset for, at der er etableret en afvigende ordning parterne imellem, hvis denne ikke harmonerer med den regel, retsordenen og loven i forening peger på. Men lovgivningen kan

80. Jfr. Eckhoff, »Rettskildelære« p. 136: Man vil lettere driste sig til at indtage det standpunkt, der anses for ønskeligt; hvis der kan henvises til lovanalogi.

81. Som et typisk eksempel herpå »Enkelte Kontrakter«, p. 358 (analogi fra funktionærlovens sygelønsbestemmelse i andre arbejdsforhold af længere varighed, f. eks. direktørkontrakter), p. 360 (analogi af »reglerne om sygdom i alt fald i tjenesteforhold på længere tid« medfører, at der ikke indtræder misligholdelsesvirkninger, når arbejdet hindres ved uforudsete omstændigheder, som lønmodtageren ikke har hidført ved en optræden, som pådrager ham ansvar), p. 366 (analogi af erstatningsreglen i funktionærlovens § 3 for lavere tjenende uden for lovgivningen). Se iøvrigt i det hele fremstillingen neden for i afsnit IV.

82. Se til sammenligning »Enkelte Kontrakter« p. 359.

83. Denne identitet kan iøvrigt være opstået på forskellig måde. Ofte vil lovgivningen således udtrykke, hvad der ville være gældende uden særlig hjemmel. Men retsopfattelsen uden for den positive regulerings område påvirkes naturligvis også af de vedtagne normer. Se hertil i det hele afsnit IV.

84. Jfr. således medhjælperlovens regler, der for det første i væsentlig grad er fravigelige for voksne medhjælpere, men dernæst for det andet i vid udstrækning åbenlyst markerer almindelige regler om underordnede tjenestestillinger og derved også kan være afgørende i andre arbejdsforhold.

anvendt som udfyldende retsgrundlag uden for det direkte regulerede område ikke få fortrin for en utvetydig aftale⁸⁵.

Ufravigelighedsprincippet vil altså være knyttet ret nøje sammen med det område for de pågældende love, som normalt afstikkes i disses indledende bestemmelser.

Man kunne naturligvis spørge, hvor langt der kan analogiseres fra disse bestemmelser med udvidelse af lovens område som sådant til følge.

Dette må afhænge af en kritisk vurdering af den pågældende lovs karakter. En afgørelse, J 39/183, udtaler således, at der, selv om der ikke syntes at være væsentlig grund til, at en massøse skulle have kortere opsigelsesvarsel end funktionærer, efter denne lovs forarbejder og tilblivelse ikke kunne blive tale om analogisk anvendelse af reglerne heri. Dette resultat må være rigtigt. Funktionærlovens afgrænsning er ikke udtryk for bredere rimelighedsovervejelser, og de grunde som antages at bære analogien, jfr. oven for, ville føre til lovens anvendelse i langt videre udstrækning end der er dækning for i den politiske markering bag dens vedtagelse. Der må følgelig også udvises en vis forsigtighed med at strække et sådant lovkompleks længere end forarbejder og tekst med rimelig sikkerhed kan bære⁸⁶.

Det anførte udelukker ikke i sig selv den udvidelse af de ufravigelige lovreglers betydning, som ligger i, at f. eks. funktionærlovens bestemmelser anvendes for funktionærer, når dette vil være nærliggende, men hvor det konkrete tilfælde ikke er omfattet af den ordrette tekst. Grænsen for det tilladelige er dog heller ikke her let at drage.

Det kunne på den ene side hævdes, at den generelle beskyttelsesinteresse, som regler af denne art hviler på, tilsiger, at virkningen ikke bør begrænses gennem en alt for formalistisk retsanvendelse. I denne forbindelse kunne det også anføres, at udformningerne jo bevisligt ofte er tilfældige og usikre i forhold til det, som efter forarbejderne er det utvivlsomme

85. Der er ikke hermed taget stilling til problemet om berettigelse af »analogisering« fra reglerne med støtte i aftalelovens § 36. Se herom iøvrigt fra svensk ret Betänkande av generalklausulutredningen (JU 1970:58) p. 135 ff.

86. I denne henseende bør det dog måske nævnes, at netop oplægget til funktionærloven er så flydende, at det kan være berettiget med H. G. Carlsen (»Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 73) at antage muligheden for udvidet lovanvendelse i forhold til de stillinger loven *historisk set* hviler på. Se hertil folketingsudvalgets betænkning af 6/4 1938 til lovforslag om individuelle arbejdsaftaler: Den udformede definition af funktionærbegrebet »menes at omfatte, hvad man i daglig Tale kalder Funktionærer«.

sigte, således at man ikke bør vise for stor tilbageholdenhed med selv uden ganske faste holdepunkter i disse forarbejder at anordne den virkning, som falder naturligt ind i lovens system og almindelige formål. Her over for står imidlertid at retssikkerhedsgrunde nødvendiggør, at der trækkes en passende snæver grænse for de ufravigelige reglers rækkevidde - i alt fald hvor der foreligger modstående, klar aftale mellem parterne angående opgørelsen, og muligvis også hvor retsordenen iøvrigt tilsiger en regel, der er forskellig fra lovens.

Problemet har dog ikke været bragt frem i retspraksis i et sådant omfang, at noget sikkert lader sig fastslå. Men en restriktiv kurs er lejlighedsvis blevet antydet⁸⁷. En sådan kurs ville iøvrigt også nok stemme bedst med tendensen ved løsningen af beslægtede problemstillinger. I denne forbindelse kunne således fremholdes princippet i straffelovens § 1 og ligeledes antagelsen i U 63/392 angående en tilsvarende social beskyttelseslov, lejeloven, gående ud på, at reglerne ikke finder anvendelse »medmindre andet klart kan udledes af de enkelte lovbestemmelser«⁸⁸.

D. Om virkningen af den lovstridige aftale.

Den lovstridige disposition vil kunne få forskellige konsekvenser afhængigt af den krænkede regels sigte og styrken i de bagved liggende hensyn.

Strafhjemmel findes således ofte i relation til forskrifter, hvis overholdelse ikke kan sikres godt nok ad anden vej⁸⁹, og ligeledes hvor lønmodtagerens egen interesse ikke er stærk nok til at betrygge reglernes gennemførelse eller hans praktiske muligheder for at opnå lovens ordening dog er for usikre i forhold til vægten af de hensyn, der ligger bag reglerne. Sidstnævnte synspunkter begrundes således straf-sanktioneringen af feriereglerne i ferielov og medhjælperlov og ligeledes sanktioneringen af de bestemmelser, som tilgodeser hensynet til arbejdstagerens sundhed og sikkerhed, jfr. eksempelvis medhjælperlovens § 37 og lærlingelovens § 28. Lærlingelovens § 28 går endog videre ved også at sanktionere afvigelser fra forskrifterne omkring lærekontraktens oprettelse og varighed, dens økonomiske vilkår, arbejdet, lønkravet under sygdom og selve uddannelsens gennemførelse. Her

87. Se således U 54/394, der fandt det tvivlsomt, om funktionærlovens § 4 kunne finde anvendelse ved ophævelse af et ikke tiltrådt arbejdsforhold. Sml. U 68/196.

88. Vedrørende ufravigelighedsprincippet i relation til *aftaler* om lovens anvendelse: Se U 63/342, der tilsyneladende lader lovens regel få fortrin i kraft af en generel henvisning til dansk ret.

89. Som eksempler: Funktionærlovens §§ 13, 19 og 20 om forhandlingsret, avertering og sikkerhedsstillelse, samt sygedagpengelovens § 56 stk. 2 om straf for uberettiget undladelse af at yde dagpenge.

anses beskyttelsesinteressen i relation til de unge og hensynet til fuldførelsen af uddannelsen altså at være særlig stærk.

I almindelighed vil overtrædelser dog alene få civile retlige konsekvenser i form af ugyldighed, der i mangel af særlig regel, som f. eks. ferielovens § 23, må udledes af Danske Lovs 5-1-2.

Ugyldigheden indebærer i princippet, at dispositionen må anses for uforbindende allerede fra starten af. Men i praksis vil den hengåede tid som påvist oven for under B jævnligt gøre det umuligt at gennemtrumfe så vidtgående konsekvenser.

Ussing går ind for, at ugyldigheden skal påses af domstolene ex officio i de tilfælde, hvor afkald ikke kan gøres uden for en retssag, fordi almene hensyn kræver virkningen fastholdt⁹⁰. Selv om ansættelseslovgivningen imidlertid i høj grad bæres af sådanne hensyn⁹¹, foreligger der ingen afgørelser, der antyder, at reglerne påses ex officio. Dette indebærer, at lønmodtageren i almindelighed bliver stillet som om der forelå en gyldig aftale, hvis han ikke påberåber sig ufravigeligheden⁹².

Hvis ugyldighedsvirkningen kun rammer en del af en samlet opgørelse, vil der i andre retsforhold kunne blive tale om at tilsidesætte denne i sin helhed ud fra et forudsætningssynspunkt.

I tjenestekontrakter kan man antagelig ikke gå lige så vidt. Som nævnt af Paal Berg⁹³ ville lønmodtageren jo nemlig i så fald risikere at blive endnu ringere stillet, end hvis han slet ikke havde påberåbt sig ugyldigheden. Og man kunne også med Ussing⁹⁴ hævde, at hensynet til lovreglernes effektivitet ofte vil tale for kun at tilsidesætte den retsstridige del af dispositionen. På den anden side bør dette sidste hensyn heller ikke overdrives. I flere tilfælde og især i løbende retsforhold, hvor lovstridigheden ikke er indlysende, vil det være urimeligt at fastholde virksomheden for fremtiden på vilkår, som lønmodtageren må indse bliver helt uacceptable. Man bør således antagelig også se på, hvorvidt et klart præventionshensyn spiller ind⁹⁵.

Ugyldighedsvirkningen suppleres af andre civile retlige reaktionsmuligheder. Særligt må arbejdstageren kunne vægre sig ved at fortsætte på ulovlige vilkår og

90. »Aftaler«, 3. udg. p. 240.

91. Oven for under A. a.

92. Som en mulig undtagelse antyder praksis hos det i henhold til sygedagpengelovens § 14 nedsatte dagpengeudvalg dog en videregående forpligtelse til at påse, at hensynet til det offentlige ikke krænkes. Selv om der her er tale om en administrativ myndighed, er det rimeligt at antage, at domstolene må følge en identisk kurs i kraft af det offentlige direkte involverede økonomiske interesse.

93. »Arbejdsrett« p. 56.

94. »Aftaler«, 3. udg. p. 189.

95. H. G. Carlsen er i »Dansk Funktionærret«, 2. udg., p. 30, inde på i alt fald at tillade arbejdsgiveren at frigøre sig fra ekstraordinære ydelser, der alene er tilsagt funktionæren som kompensation for bortfald af visse af lovens goder. Se iøvrigt U 61/448, der anerkender virksomhedens ret til at kræve betaling for logi, som var vederlagsfrit under den forudsætning, at feriegødtgørelse ikke skulle ydes. Heroverfor U 42/1151 (der dog er tvivlsom, da lønvilkårene ikke er underkastet ferielovens ufravigelighedsprincip).

e.o. kræve erstatning. F. eks. kan arbejdets udførelse stride mod reglerne i arbejdsmiljøloven, og måske kan den nødvendige ændring ikke bringes i stand inden for ansættelsesaftalens forudsætninger. I så fald må det være klart, at ingen af parterne kan tilpligtes at videreføre det ulovlige forhold. Placeringen af risikoen for tabet af kontraktens tidsindhold må her foretages ud fra en overvejelse over omstændighederne i den enkelte sag. Ofte vil den antagelig påhvile arbejdsgiveren⁹⁶.

På den anden side forekommer det rimeligt, at lovstridighed af denne karakter i almindelighed ikke medfører ugyldighed i den forstand, at vederlagskravet for allerede udført arbejde forlises⁹⁷.

E. Retspolitisk sammenfatning

Den skitserede retstilstand er selvsagt ikke statisk. Udviklingen har i nyere tid bevæget sig i en retning, der efterlader aftaleparterne et stadig mindre område for vilkårsforhandling. Og nuancerne i dagens billede markerer i virkeligheden i nogen grad forskellige trin på denne udviklingsstige. Som eksponent for ældre tiders deklaratoriske lovgivning kan fremhæves kommissionslovens ordning. Heroverfor står de nyere regelsæt, der som f. eks. kap. 5 a i lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring (om værnet imod kollektive afskedigelser) er således bundet op i andre offentligretlige reguleringer, at der næsten ikke efterlades nogen fleksibilitet for parterne overhovedet.

Det er indlysende, at det resultat, som til enhver tid vil fremstå, i høj grad afhænger af, hvilke retlige strukturer der iøvrigt omgærder det lønnede arbejde. Indpasses dette mere intimt i de socialretlige reguleringer, vil det også medføre en forskydning af det billede, som er aftegnet ovenfor. Fra som her at have vægten placeret på kontraktretligt prægede overvejelser ville en senere undersøgelse over samme tema måske således være henvist til at gribe problemstillingen an ud fra en forvaltningsretlig synsvinkel.

Placeringen i retssystemet, såvel som de materielle reglers art og formål, lægger naturligvis også visse grænser for lovgivers frihed til at udforme modellen for sikringen af disses gennemførelse i det enkelte tilfælde. Men et vist råderum synes trods alt at stå tilbage. Der er måske derfor også anledning til at kaste et enkelt blik på, hvilken udnyttelse af dette rum den nugældende retstilstand er udtryk for.

Herved får de nuancer, som ovenfor i indledningen blev skudt til side, fornyet interesse, og der fremstår et ret bredt spekter af løsninger.

I den ene ende ligger ordninger, som holdes helt uden for parternes rådighedsfære, bortset fra dispositioner under en proces og i grænseområdet herfor. Her finder man ubetingede ugyldighedsregler og/eller strafbestemmelser, evt. regler

96. Cfr. muligvis Paal Berg, »Arbejdsrett« p. 56.

97. Som en mulig undtagelse: Paal Berg, »Arbejdsrett« p. 55 om det tilfælde, at overtrædelser er grov og lovtrodsen åbenbar.

om særligt erstatningsansvar. Til dette område har man i dag f. eks. henført ferieloven og kap. 5 a i lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring om værn imod kollektive afskedigelser.

I den anden ende befinder sig de egentligt deklatoriske regelsæt. Fravigelig ved individuel aftale var således i det væsentlige medhjælperloven i perioden 1921-61 f.s.v. angår voksne medhjælpere. Princippet kendes også i den stadig gældende kommissionslov af 1917 og i loven om arbejdstageres opfindelser, jfr. dennes § 2. I nærheden heraf befinder sig de bestemmelser, der åbner en mulighed for fravigelse under særlige betingelser, evt. inden for angivne rammer, se f. eks. ferielovens § 3 og funktionærlovens § 5 stk. 2.

Imellem disse to yderpunkter ser man lovens ordning sikret gennem etablering af et ugyldighedsprincip i forskellige afskygninger. Tilsidesættelsen af den retsstridige disposition kan således være overladt til den begunstigedes egen gennemførelse ud fra den forvisning, at det, Bernt Hjeje har kaldt »egeninteressen«⁹⁸, i det store og hele er tilstrækkelig drivkraft. Men eventuelt er det offentlige påtaleberettiget, således som det kendes i sygedagpengeloven. Eller gennemførelsen af loven kan hvile på normale fagretlige tiltag, lov om ligebehandling på arbejdsmarkedet, § 1 stk. 3.

Iøvrigt kan selve ugyldighedsreglen have en lidt varierende udformning. Den kan sigte på forhåndsafkald alene som det kendes i § 8 i lov om arbejdstageres opfindelser eller imod dispositioner påvirket af lønmodtagerens underlegenhed i almindelighed, jfr. f. eks. det funktionærretlige ufravigelighedsprincip. Endelig kan den have en udformning, der åbner mulighed for tilsidesættelse ud fra et billighedsskøn. Denne model genfindes i forskellig udformning i aftalelovens §§ 36 og 38 og lov om arbejdstageres opfindelser § 8, hvor de ubillige vilkår kan tilpasses det konkret rimelige eller bringes helt ud af verden.

Variationerne er med andre ord betragtelige. Og især hvad angår det principielle valg imellem den fravigelige og ufravigelige retstilstand kan holdningen undertiden virke mindre konsekvent.

Tvivlen herom underbygges ved en gennemgang af de begrundelser, som anføres i centrale regelsæt. Beskyttelsesbehovet mangler f. eks. i henhold til ræsonnementerne bag medhjælperloven⁹⁹ i en sådan grad, at denne lov oprindeligt blev gjort deklatorisk over for medhjælpere over 18 år. Og i 1961 fandt man det »rettest« at ophæve selv denne virkning¹⁰⁰. Dette skete parallelt med, at funktionærområdet, der helt op til 1938-loven havde hvilet i udfyldende sædvanedannelser, blev underkastet en stadig mere indgående regulering på ufravigeligt grundlag. Disse regler hævdedes her at udtrykke det minimum, der burde være tilsikret enhver funktionær¹⁰¹. Funktionærloven af 1938 var dog måske også snarest et udslag af tilfældighedernes spil og har da heller ikke umiddelbare paralleller i andre lande. Den

98. »Foreningsvoldgift« p. 22.

99. Lovforslag nr. 53 1918-19, p. 11.

100. Med undtagelse af visse præceptive bestemmelser, jfr. lovens § 34. Se iøvrigt bemærkningerne til § 33 i forslag af 14/3 1961 til medhjælperlov.

101. Folketingsbetænkning af 6/4 1938 til forslag til lov om individuelle arbejdsaftaler.

udsprang således nærmest som »afværgedagsorden« til et konservativt forslag til lov om individuelle arbejdsaftaler¹⁰². Og det konservative forslag respekterede i § 1 de kollektive overenskomster, hvilket funktionærloven ikke kom til. Dette var derimod tilfældet med ferieloven ud fra den omstændighed, at denne lov ikke »synes at burde« bringes til anvendelse på sådanne områder, hvor der overenskomstmæssigt var etableret forsvarlige ferieordninger¹⁰³. Tilliden til og forståelsen for de valgte løsninger befordres ganske enkelt ikke, når begrundelser som: »synes at burde«, »efter udvalgets formening bør være«, »man har iøvrigt fundet det rettest at«, »må betragtes som selvfølgelig ud fra lovens formål«, o.s.v, står alene.

En hurtig overvejelse over de reale grunde for reglerne styrker også i nogen grad usikkerheden.

Bernt Hjejle¹⁰⁴ hævder f. eks., at ferielovens strenge princip støttes på den omstændighed, at »egeninteressen« ikke er tilstrækkelig til at sikre denne lovs overholdelse, fordi lønmodtageren måske ville være motiveret til at tage arbejde i ferien mod højere løn. Men samme argument kunne anføres i relation til sociale goder i anden lovgivning, hvor den stærke ufravigelighed ikke er gennemført, f. eks. retten til sygeløn og graviditetsbetaling. Man kunne vel endog frygte, at der er større risiko for, at arbejdstageren renoncerer på et sådant gode, hvis aktualisering jo ikke kan forudses med sikkerhed, mod at få en umiddelbar fordel i anden retning. Og velfærdstabet vil ydermere her være større end i tilfælde af afkald på ferie.

I J 40/240 anses hensynene bag feriereglerne for at være så stærke, at lønmodtageren end ikke kunne give afkald på 100 kr. af feriepengene. Og reglerne tillader som bekendt heller ikke lønmodtagerne selv at opbevare disse ud over et snævert tidsrum i tilknytning til feriens afholdelse.

Sådanne resultater synes at illustrere en urimelig overdimensionering af behovet for ufravigelige lovregler. Da ferien blev forlænget i begyndelsen af 70'erne, skulle der f. eks. i konsekvens af den anførte tankegang være tale om et pludseligt opstået behov for en ekstra ferieuge, et behov så afgørende, at det ikke kunne tillades lønmodtagerne selv at råde herover. Man stiller sig uvilkårligt spørgsmålet om rimeligheden i, at samfundet i den grad sætter sig til doms over, hvorvidt arbejdstageren har mere rekreativt udbytte ved at holde ferie end ved at kigge på det farvefjernsyn, han kan købe for feriepengene, hvis han hellere vil arbejde herunder.

Modsat kan man strengt taget også betvivle, at funktionærers og medhjælperes eget initiativ altid vil være tilstrækkeligt til at sikre disse lovs overholdelse. Tværtimod vil funktionæren i den lille by måske ofte være betænkelig ved at gennemføre en proces med krav om lovens opsigelsesgoder, selv om undladelsen heraf endog måtte gå ud over mulighederne for at få arbejdsløshedsunderstøttelse.

Og i det hele taget virker det vel besynderligt, at kun visse lønmodtagergrupper, således funktionærer, skulle være så vanskeligt stillede, at det er nødvendigt at

102. Lovforslag nr. 6, 1937-38, fremsat 15/10 1937.

103. Bemærkningerne til § 6 i forslag nr. 56, 1937-38, om ferie med løn.

104. »Foreningsvoldgift« p. 22.

gribe ind med ufravigelige lovregler, medens andre, f. eks. medhjælpere over 18 år og arbejdere i almindelighed, ikke anses at have sådan beskyttelse behov.

Der synes altså på iøjnefaldende måde at savnes en samlet retspolitisk målsætning for gennemførelsen af lovgivningens anvisninger i lyset af de foreliggende behov. Denne mangel og den heraf flydende ujævne kurs på lovområderne vil samtidig jævnlige gøre det unødvendigt kompliceret at finde ud af, hvad der er tilladt, og hvad der er forbudt, hvad der er anerkendelsesværdigt, og hvad der er dadelværdigt.

På nærværende sted og i en sammenhæng, hvor det kun har været muligt at fokusere på en del af de problemer, som knytter sig til det principielle spørgsmål om gennemførelse af lovregler på bekostning af parternes autonomi, skal man vogte sig for patentløsninger. I virkeligheden er der tale om et stofområde, som egner sig for en undersøgelse på generelt juridisk plan.

Det vil dog måske være rimeligt at fremkomme med et enkelt synspunkt.

I nyere tid synes man i overvejende grad at have anskuet den ufravigelige retstilstand som den eneste relevante løsning på arbejdsrettens område. Dette er vel også i meget vid udstrækning en rigtig betragtning, når der er tale om centrale sociale beskyttelsesforanstaltninger¹⁰⁵.

Det bør imidlertid ikke overses, at deklaratisk lovgivning også har sin mission. Herigennem kan f. eks. skabes et redskab, der sikrer blødere overgange til en senere præceptiv retstilstand ved så at sige at modellere retsopfattelsen forinden. Og det er vel også et spørgsmål, om dagens situation, hvor arbejdstageren generelt står enten med ufravigelige lovkrav eller helt uden sådanne krav, er heldig. Der kunne peges på mange områder, hvor en udfyldende lovgivning ville være på sin plads.

I denne forbindelse er det iøvrigt væsentligt at understrege, at forskellen mellem den deklatoriske og præceptive retstilstand måske i praksis ikke er så stor, som man umiddelbart kunne være tilbøjelig til at tro. Også deklaratisk lovgivning vil i kraft af parternes efterladenhed med at indgå udtrykkelige aftaler tendere til at blive det almindeligt gældende. I samme retning trækker den omstændighed, at loven trods alt fremstår som det generelt anerkendelsesværdige, hvilket jo befordrer et vist pres imod den, som uden tilstrækkelig grund søger en aftale om andre løsninger. Hertil kommer, at der i praksis ofte udkræves et klart og utvetydigt grundlag for at antage, at en anden ordning end den, som anvises af de deklatoriske regler, er kommet til eksistens. I kombination hermed står den omstændighed, at et ufravigelighedsprincip i sig selv ikke behøver at give den forudsatte sikkerhed. Uden strafsanktionering vil reglernes overholdelse således alligevel i væsentlig grad bero på, at den berettigede både kender disse og har vilje til at gennemtvinge dem. Og iøvrigt kunne hensynet til betryggelse af arbejdstageren under en anden retstilstand i vid udstrækning tilgodeses ved opstillingen af særlige betingelser for lovligheden af de afvigende dispositioner.

Uden at forklejnne ufravigelighedsprincipets betydning, er der altså nok heller

105. Hertil iøvrigt Bernt Hjejle »Foreningsvoldgift« p. 34 f.

ikke anledning til at overdimensionere samme. Og især bør man ikke ud fra den omstændighed, at uforbeholdne ufravigelighedsregler er lettest at overskue for lovgiver og nemmest at koncipere for administrationen, slutte, at de også til enhver tid udgør det mest egnede redskab for arbejdsmarkedspolitikken.

Underafsnit II°.

Ufravigelighedsprincippet i relation til den kollektive overenskomst

På overenskomstdækkede områder er dispositionsfriheden for enkeltkontraktens parter indskrænket af den kollektive overenskomst.

Der kendes fra udlandet eksempler på, at gennemførelsen af denne i det individuelle aftaleforhold beror på særlig lovregel. Sådant lovgivning kendes imidlertid ikke herhjemme. Dette indebærer, at spørgsmålet om de kontraktlige konsekvenser af en eventuel modstrid imellem kollektiv overenskomst og enkeltkontrakt må løses ud fra almindelige aftaleretlige synspunkter (neden for under B.). Tilsvarende vil det være de rent privatretlige hensyn bag overenskomsten, som er afgørende for, hvornår man vil antage, at sådan modstrid er til stede (neden for under A).

A. Grænsen for de tilladelige aftaler.

Den kollektive overenskomst er i princippet en aftale med en lønmodtagerorganisation, gående ud på, at arbejdsgiveren skal yde visse vilkår. Om disse vilkår e.o. kan fraviges beror følgelig på en fortolkning af overenskomsten. Og ved denne fortolkning spiller ikke blot hensynet til den involverede lønmodtager men også - og især - hensynet til den modstående aftalepart, fagorganisationen, en rolle^{106,107}.

106. Denne interesse tilsiger almindeligvis, at reglerne i mangel af holdepunkt for det modsatte også må overholdes over for uorganiserede, se sagerne 32, 613 og 1465.

107. Det er muligt, at overenskomsten også vil kunne påberåbes af arbejdsgiveren imod den indgåede arbejdsaftale. Bortset fra et par tilfælde (sag 946 og U 26/457) har spørgsmålet dog ikke været bragt frem herhjemme. Se fra udenlandsk ret især Kristen Andersen »Fra Arbejdslivets Rett« p. 39 f, og samme »Arbejdsretten og Organisasjonene« p. 158 ff. Medens en tilsidesættelse af kontrakten imidlertid her kan støtte sig på en lovhjemlet ugyldighedsregel, vil man under danske forhold i givet fald fortrinsvis være henvist til at basere sig på lønmodtagerens onde tro m.h.t. de forpligtelser, arbejdsgiveren har over for sin organisation.

Sidstnævntes interesser udspringer naturligvis af ønsket om at skaffe lønmodtageren de konkret mest fordelagtige ydelser. Men organisationen har et videregående hensyn at tage, nemlig til opretholdelsen af arbejdstagersidens solidaritet, manifesteret i organisationens eksistens, og ligeledes til sikring af, at tilsynet med overenskomstens overholdelse kan finde sted på betryggende vis (hvad man kunne kalde retshåndhævelsesinteressen). Kolliderer disse interesser indbyrdes, vil det normalt være klart, at overenskomsten må fortolkes således, at hensynet til opretholdelsen af organisationens eksistens og til betryggelse af dens almindelige virke går forud for hensynet til den enkelte arbejdstager.

Allerede hensynet til lønmodtageren vil imidlertid i almindelighed tilsi-ge, at arbejdsgiveren er afskåret fra at yde vilkår, der er ringere end overenskomstens¹⁰⁸.

Dette indebærer dog ikke uden videre, at der kan anlægges en bedøm-melse af, hvad der er til lønmodtagerens ugunst svarende til den, som er gældende i relation til de ufravigelige lovregler (jfr. oven for underafsnit I°). Selve rettighedsafkaldet, der var et nøglepunkt for håndteringen af lovgivningens ufravigelighedsregler i mange af de praktiske tilfælde, bliver således i vid udstrækning uaktuelt som basis for videregående slutninger i relation til de kollektive overenskomster, fordi organisationen i enhver henseende har rådighed over sagen. Således kan man endog renoncere på det enkelte medlems rettigheder, jfr. det neden for i afsnit III nævnte. Men den omstændighed, at en arbejdstager måtte have givet afkald på overens-komstsmæssige krav, afskærer i det hele ikke organisationen fra at få afgjort, om der foreligger overtrædelser af overenskomsten og i givet fald sanktioneret samme. Hertil kommer, at der ikke er noget behov for at konstruere sig frem til fravigelsens tilladelighed i det konkrete tilfælde i lyset af de hermed forbundne fordele for lønmodtageren, idet virksomhe-

108. Dette udgangspunkt ændres ikke af den omstændighed, at visse overenskomster forud-sætter, at fravigelse i nedadgående retning kan finde sted (se f. eks. HK-overenskom-sten på det private arbejdsmarked, § 9) eller dog er så rummelige, at det er vanskeligt at fastslå den nedre grænse for det tilladte (således arbejdslederoverenskomsterne samme-steds).

den jo altid har en mulighed for at søge organisationens indforståelse¹⁰⁹.

Praktisk afgørende bliver altså hensynet til den implicerede arbejdstagerorganisation.

Helt centralt står i denne forbindelse den nævnte retshåndhævelsesinteresse. Denne synes således ofte at måtte indebære, at overtrædelser af overenskomstens ordning på enkelte punkter ikke uden videre kan kompenseres gennem bedre ydelser på andre¹¹⁰. Men også hvor den etablerede ordning i det hele blot er *anderledes* end overenskomstens, vil der kunne foreligge et brud på samme. Betegnende i så henseende er udtalelsen i sag 2206 om en afvigende lønordning, der med sandsynlighed medførte større udbetalinger end overenskomsten betingede: »Forbundet maa bl.a. af Kontrolhensyn have Ret til at forlange, at den faglige Overenskomsts Aflønnings-System opretholdes«^{111,112}.

109. I kraft af bodssystemets fleksibilitet med henblik på undskyldende omstændigheder og fordi man ikke har en lovmæssig ugyldighedsregel m.h.t. overenskomststridige aftaler, bliver denne eventuelle indforståelses karakter ikke af så vital betydning, som det ville være tilfældet under andre forudsætninger - se f. eks. den svenske AD 33/143 sammenholdt med sag 7681, der forudsætter, at tillidsmandens accept herhjemme vil kunne virke disculperende.
110. Som eksempel: Sag 621, der ikke finder, at forlængede opsigelsesvarsler fra lønmodtagerside er kompenseret gennem en tilsvarende forlængelse fra virksomhedens side. Se også fra svensk ret AD 1933/122, der forkaster et lønankald givet til gengæld for, at virksomheden frafaldt afskedigelsesretten. Jfr. iøvrigt sag 1766, der ikke accepterer, at månedsløn og 3 måneders opsigelsesvarsel bringer arbejderne uden for den oprindelige overenskomst lønbestemmelser.
111. Jfr. tillige udtalelsen i sag 1611: »Under Henvisning til alt foranstaaende skønnes (den opnaaede) Stilling ved sin usikre samt organisationsmæssig ukontrollable og samtidig vidt bindende Vilkaar at maatte betegnes som saavel faglig som økonomisk ringere i Sammenligning med Overenskomstens Vilkaar«. Hertil også den svenske AD 1936/69, hvor de faktiske udbetalinger i henhold til den afvigende ordning *utvivlsomt* var større end hvad overenskomsten tilsagde. Som det anføres i dommen om konsekvenserne ved at godtage en sådan ordning: »Reda och ordning i avtalsförhållandena skulle äventyras och arbetarorganisationernas kontroll över kollektivavtalens efterlevnad i hög grad försvåras«. Se iøvrigt sag 621, hvorefter særlige regler om betaling for udført overarbejde ikke kan anses for overholdt gennem ydelse af månedsløn, der indeholder en sandsynlig dækning herfor, samt sag 2643, der nægter at anerkende konverteringen af overenskomstmæssig fri aflønning gennem drikkepenge til en fast månedsløn. Heroverfor: Sag 32.
112. Tilsvarende synspunkter ligger måske dybest set bag den svenske afgørelse AD 47/73, der drejede sig om et tilfælde, hvor kontraktspartnerne havde fraveget en overenskomstmæssig regel om, at arbejdstagerne (i restaurationserhvervet) havde pligt til rengøring mod at lønmodtageren betalte et nærmere aftalt beløb af den tarifmæssige løn til en anden person. Arbetsdomstolen fandt, at parterne ikke på denne måde kunne tiltage sig skønnet over, hvor stor en del af vederlaget der refererede til rengøringsarbejdet.

Men også dispositioner, der har karakter af rene begunstigelser for arbejdstagerne, synes e.o. at kunne kollidere med organisationens interesser fordi sådanne dispositioner vil kunne løsne arbejdstagernes tilknytning til denne. Det er derfor også i teorien antaget, at sådanne forhold kan være overenskomststridige^{113, 114}.

Afgørelsespraksis desangående er dog ret sparsom. I sag 621 udtaler retten »at den kollektive Overenskomst jo er bestemt til at træde i Stedet for Enkeltmandskontrakter, og at en udstrakt Benyttelse af Enkeltmandskontrakter, der efter deres Indhold ikke har Karakter af nødvendige eller naturlige Supplementer til den kollektive Overenskomst, men ligefrem fortrænger Hovedbestemmelser i denne, kan virke undergravende paa den kollektive Overenskomst, og det selv om, ja, vel endog i særlig Grad netop, naar de indeholder Bestemmelser, der er gunstigere for de paagældende Arbejdere end den kollektive Overenskomst«. Men netop denne sag fastslår, at f. eks. forlænget opsigelsesvarsel fra virksomheden og forudlønning ikke i sig selv kan påtales af organisationen. Og samtidig anføres det i forlængelse af den citerede principudtalelse, at virksomheden (kun) vil have gjort sig skyldig i organisationsfjendtlig og overenskomststridig adfærd, hvis det oplyses, at de omtalte enkeltkontrakter tilvejebringes i et omfang og på en måde, der viste en bevidst bestræbelse på at svække arbejdernes organisation ved at fremkalde udmeldelser af eller utilfredshed med denne. Det fremgår endvidere forudsætningsvis af sag 5599, at den faktiske konsekvens for forbundet, der ligger i at en fast ansættelse (på funktionærbasis og med pensionsret) berøver arbejderne interessen i at organisere sig, ikke kan påberåbes. Retten lagde dog i sagen tillige vægt på, at disse goder ikke var etableret under udsigten til en konflikt med forbundet, og at virksomheden iøvrigt havde forholdt sig aldeles neutralt m.h.t. medarbejdernes organisationsmæssige tilknytningsforhold.

Selv om sag 5599 skal ses i lyset af, at påtalen gik på at få fastslået, om der forelå et egentligt organisationsfjendtligt skridt fra virksomheden, er

113. Hertil Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 548 f, se også Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 150.

114. Organisationernes holdning til en sådan udvikling er ret forskellig. Medens fagorganisationerne f. eks. inden for jernindustrien i mange år har bestræbt sig for at opnå funktionærlignende goder, har der tilsyneladende hersket den modsatte tendens inden for havnearbejderområdet. Her har man fastholdt uafhængigheden af virksomheden som det bedste grundlag for lønforhandlingerne. Og inden for de grafiske fag er der nok etableret funktionærlignende rettigheder, men i vid udstrækning baseret på ordninger og fonds, der administreres af organisationerne.

der altså noget som tyder på, at der skal kunne påvises særlige grunde til at anfægte de rent begunstigende dispositioner.

I praksis vil de kollektive overenskomster finde anvendelse på meget forskelligartede arbejdsforhold og ligeledes i relationer, hvor overenskomstens konsekvenser ikke er umiddelbart indlysende. Det er derfor heller ikke uden grund, at en enkelt forfatter anfører,¹¹⁵ at der må kunne sluttes bindende aftale om tillempler, som af begge parter erkendes som hensigtsmæssige, og som ikke har vidtrækkende principiel betydning.

Ikke mange afgørelser er dog nærmere inde herpå, og betydningen af et hensyn som det refererede for et evt. bodskrav er derfor ej heller udskilt klart fra de tilfælde, hvor man vil antage, at vedtagelsen får egentlig bindende karakter. Sag 95 udtaler, at aftale om en principielt ligegyldig afvigelse (fra visse tidsfrister m.h.t. opgørelse for allerede udført arbejde) ikke var til skade for organisationerne og deres opgaver, og at overenskomsten i sagens natur kun kunne have de normale tilfælde for øje. Retten mente derfor ikke, at organisationerne uden nogen påviselig interesse havde villet berøve enkeltkontraktens parter en naturlig aftalefrihed. I forlængelse heraf står de tilfælde, hvor bod ikke pålægges ud fra overvejelser, der har tilknytning til overtrædelsens ubetydelighed og anerkendelsesværdighed iøvrigt. Som eksempler kan nævnes sag 964, der fandt, at en midlertidig og kortvarig arbejdstidsindskrænkning, etableret for at undgå afskedigelser og derfor i arbejdernes egen interesse, ikke kunne pådrage ansvar. Og ligeledes sag 6960, der nægtede at pålægge bod for en ringe, og af praktiske grunde nødvendig, overskridelse af en overenskomstmæssig bestemmelse om, at afregning skulle finde sted ved fratrædelsen. Det fremgår dog også af praksis, at grænsen mellem det tilladelige og det utilladelige her på retsbruddets overdrev kan være ret flydende. Over for de nævnte tilfælde kan således nævnes sag 1981, hvor overenskomsten krævede lønudbetaling hver fredag, medens virksomheden efter arbejderens ønske havde nøjedes med at yde ugentlige forskud på dette tidspunkt, således at der blev tale om en samlet efterbetaling senere. Forholdet medførte her en ordensbod¹¹⁶.

115. Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 91.

116. Se også f. eks. sag 4392 om konvertering af fridage til kontant vederlag og sag 621, der nægter at acceptere månedsløn bagud. (Jfr. sag 3173). Overvindelige praktiske vanskeligheder ved at overholde reglerne, f. eks. manifesteret i lønmodtagerens manglende vilje til at medvirke til overenskomstens efterlevelse, fritager heller ikke for ansvar, sag 2208.

Den omstændighed, at overenskomsten sjældent gør udtrykkeligt op med alle de problemer, der opstår i det løbende arbejdsforhold, åbner et særligt råderum for individualaftaler. Ganske vist vil der ofte finde en udfyldning sted gennem kutyper. Men det praktiske arbejdslivs mangfoldighed indebærer, at kutymedækningen ikke kan være komplet, ligesom mange problemer kun opstår i kraft af det enkelte jobs særpræg. Herved kan der blive et åbenlyst behov for at supplere overenskomsten gennem individuel vedtagelse. Der rejser sig derfor et spørgsmål om, hvor langt overenskomsten vil stille sig hindrende i vejen for en løsning af denne art.

Det vil her nok være nødvendigt at se på, hvorledes problemet rent praktisk kommer frem.

I ældre tid var det sjældent aktuelt. Arbejdsforholdene og -vilkårene i de overenskomstdækkede fag var mere ukomplicerede end i dag og opfordrede ikke til supplerende initiativer. Denne situation ændredes imidlertid efterhånden som arbejdslivets behov blev mere nuancerede, samtidig med at overenskomsterne bredte sig til funktionærområdet. Den omstændighed, at man i stigende grad formaliserer ansættelserne gennem skriftlige vedtagelser parterne imellem, har trukket i samme retning.

Tillægsbestemmelser i forskellig udformning kendes således nu i mange forskellige relationer. Den tekniske udvikling har f. eks. affødt en stigende trang til beskyttelse af driftshemmeligheder og værn imod konkurrence. Dette kan igen aktualisere spørgsmålet om gyldigheden af konkurrenceklausuler, regler for tavshedspligt o.l. I andre tilfælde er der måske behov for særlige begrænsninger i lønmodtagerens ret til at tage bijob eller i hans almindelige adfærd udenfor tjenesten (decorum). Man kan også tænke sig, at der må tages stilling til retten til udnyttelse af opfindelser, til hæftelsen for skadeforvoldelse, pligten til arbejde på særlige tidspunkter, og retten for arbejdsgiveren til at ændre arbejdsopgaverne. Ligeledes kan moderne personaleadministration gøre det hensigtsmæssigt at etablere specielle regler om lønoverførsel o.s.v.

Vanskeligheden i relation til individuelle vedtagelser angående de nævnte og beslægtede spørgsmål består i at fastslå, om overenskomsten i mangel af positiv vedtagelse desangående må formodes at udelukke supplementet, eller om den tværtimod må antages at have henholdt sig til de muligheder retsordenen iøvrigt afgiver for en aftalemæssig stillingtagen ud fra det konkrete arbejdsforholds behov.

Det lader sig næppe gøre i almindelighed at opfatte overenskomsterne

som således udtømmende, at enhver tillægsbestemmelse afskæres¹¹⁷. Men overenskomstens forudsætninger m.h.t. grænsen for det tilladelige vil utvivlsomt også kunne svinge noget alt efter arbejdsforholdets art. I funktionærkontrakter er der f. eks. tradition for klausuler om konkurrencebeskyttelse, hæftelse for manko, pligt til overarbejde, fleksibilitet i arbejdsforpligtelsen o.s.v., der på arbejderområdet ville blive opfattet som således usædvanlige, at det måtte være naturligt at henskyde dem til overenskomstforhandlingerne. Modsat er der givetvis beføjelser som på arbejderområdet anses for et ganske normalt udslag af arbejdsgiverens ledelsesret, men som på funktionærområdet vil blive betragtet med væsentligt større skepsis.

Også denne tradition vil imidlertid ofte kun være et vejledende moment, der e.o. kan tages til indtægt for eksistensen af en kutyme desangående. Bringes spørgsmålet frem til en retlig løsning, når ingen sådan kutyme kan påvises, vil det i sidste instans afgørende blive styrken af fagorganisationens interesse i, at klausulen tilsidesættes¹¹⁸.

Først og fremmest må det være klart, at individualaftaler, der tjener til at omgå overenskomstens regler vil kunne anfægtes¹¹⁹. Men det bør rimeligvis i forlængelse heraf og ud fra den oven for omtalte retshåndhævelsesinteresse i det hele antages, at også sådanne kontraktmæssige vedtagelser, som blot er egnede til at dække over tilsidesættelser af overenskomsten, kan være angribelige.

I fortsættelse heraf er det rimeligt at antage, at overenskomsten bygger på en forudsætning om, at arbejdstagerne har de heri stipulerede ydelser til fri rådighed på de fastsatte tidspunkter. Individuelle vedtagelser indeholdende forhåndsdispositioner over lønnen indebærer således ikke blot en

117. Jfr. udtalelsen i sag 5075 om at der må være ret til ved individuel aftale at tage stilling til sådanne i arbejdsforholdet begrundede enkeltheder, der ikke er reguleret af overenskomsten, f.s.v. parternes vedtagelse er rimelig.

118. Den arbejdsretlige teori synes uden dyberegående overvejelser at antage lovligheden af rimeligt begrundede tillægsaftaler om forhold, som overenskomsten tier om - dog muligvis med det forbehold, at tillægsaftalen ikke må vise sig at være upåregneligt byrdefuld for arbejdstageren, og at den iøvrigt skal vedrøre selve arbejdsforholdet. Hertil Per Jacobsen: »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 550, og Illum: »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 151 f.

119. Se f. eks. sag 1143, der antager, at en overenskomst, der kun indeholdt regler om ugeløn og 8 dages opsigelsesvarsel, vel ikke ubetinget hindrede ansættelse for en på forhånd begrænset tid, men at en gentagen, fortsat antagelse på denne måde udgjorde et brud på overenskomsten.

væsentlig omgåelsesrisiko, men kolliderer også med en naturlig overenskomstforudsætning. Spørgsmålet har imidlertid kun været sporadisk fremme herhjemme. Sag 2417 forudsætter dog, at der vil kunne statuere overenskomstbrud, såfremt det som led i ansættelsen betinges, at arbejderne skal købe varer hos virksomheden. Fra svensk ret kendes AD 39/54, hvor det var aftalt, at 10% af overenskomslønnen skulle indskydes i foretagendet, hvilken ordning blev afvist af retten. Det ligger iøvrigt i det anførte, at vederlagsandele, der ligger ud over det, som følger af overenskomsten, måske godt kan være genstand for fri aftale¹²⁰.

Spørgsmålet om tillægsbestemmelers holdbarhed er endvidere blevet bragt frem i forskellige andre sammenhænge ud fra varierende begrundelser. Undertiden har organisationen således frygtet, at sådanne særbestemmelser kunne beskære medlemmernes beskæftigelsesmuligheder. Sag 2206 vedrørte klausuler om mønstringspligt med 1 dags varsel. Retten fandt dog under de konkrete særlige omstændigheder ikke en vedtagelse af denne art uforenelig med overenskomsten. Men samtidig tager man det forbehold, at ansvar ikke kunne pålægges lønmodtageren, når hans beskæftigelse andetsteds afgav i høj grad rimelig grund til ikke at give møde efter tilsigelse. Samme sag fandt heller ikke, at en konkurrenceklausul i sig selv er stridende mod overenskomsten. Endelig vedrørte sag 5075 et tilfælde, hvor virksomheden indgik aftale med sine montører om benyttelse af egen bil mod ydelse af en nærmere aftalt godtgørelse herfor. Forbundet modsatte sig denne ordning ud fra en frygt for de arbejdsmæssige muligheder for de medlemmer, der ikke havde eget køretøj. Dette synspunkt vandt imidlertid ikke medhold¹²¹. Det nævnte hensyn til medlemmernes beskæftigelsesmuligheder synes altså kun at være afgørende, hvis

120. Således sag 2206 om tilbageholdelse af et mindre beløb til sikkerhed for rigtig opfyldelse (jfr. dog også sag 50: Depositum, som fortabes ved alle strejker, var brud på den i septemberforliget fastslåede ret for organisationerne til at varsle arbejdsstandsning).

121. Se iøvrigt sag 621, der som allerede refereret forkaster forlængede opsigelsesvarsler fra lønmodtagerside. Hertil også sag 1143 om individualaftaler om kost og logi, som hævdes at sætte arbejdstagerne i en vis afhængighed af virksomheden - tilsidesættelsen skete dog i konsekvens af en konkret organisationsmæssig aftale herom. Jfr. sag 1658 om samme.

individualvedtagelsen går ud over, hvad de påviselige, velbegrundede hensyn til virksomheden tilsiger¹²².

B. Virkningen af den overenskomststridige aftale.

Den omstændighed, at enkeltkontrakten kolliderer med den gældende overenskomst, kunne tænkes at få såvel kollektivarbejdsretlige som individualretlige konsekvenser¹²³.

I førstnævnte henseende vil der blive tale om sanktioner inden for rammerne af det arbejdsretlige bodssystem, jfr. arbejdsretslovens § 12¹²⁴. I den sidstnævnte henseende, som her er relevant, opstår spørgsmålet om mulighederne for at gennemføre overenskomstens vilkår på tværs af de aftalte. Det er dette problem, der traditionelt er blevet sammenfattet i spørgsmålet om enkeltaftalens ugyldighed¹²⁵.

Fra udlandet kendes flere eksempler på, at overenskomstens ufravigelighed er fastslået i lovgivningen. Dette er således tilfældet efter den svenske lov om medbestemmelse i arbejdslivet (§ 27), så langt parterne i kollektivaf-talen har tilsigtet denne virkning. Og en beslægtet ordning kendes i Norge¹²⁶.

Tilsvarende regler findes ikke herhjemme¹²⁷, og det er derfor et spørgs-

122. Endelig er et hensyn til organisationens muligheder for at få faglige stridigheder pådømt ad fagretlig vej blevet tilgodeset i sag 2206, der forkaster en vedtagelse om, at alle stridigheder i den individuelle kontrakt skal behandles af de almindelige domstole. Men en sådan klausul vil næppe heller uden videre være bindende for disse, når der foreligger en overenskomstmæssig normal voldgiftsklausul, og det drejer sig om et spørgsmål, for hvilket overenskomsten er afgørende, jfr. neden for afsnit III A.2.

Om lønoverførsel m.v. se sagerne 6481 og 7058 (FVK 11/4-73). Om en særvedtagelse angående afregning: U 39/1104.

123. Om virkningen på ældre individualkontrakter af den omstændighed, at overenskomst oprettes, se princippet i sag 5108 samt begrundelsen i AD 31/32, jfr. tillige Kristen Andersen, »Arbejdslivet og Organisasjonene« p. 168 ff.

124. Denne virkning er principielt uafhængig af et eventuelt afkald fra lønmodtageren, se sagerne 582, 1120, 2311, 6202, 2768.

125. Om overenskomsten som udfyldende led i individualkontrakten og den enkelte arbejdstagers adgang til at gennemføre ret på dette grundlag, se neden for under afsnit III A.1.

126. Se iøvrigt Reinhold Fahlbeck: »Kollektivavtalets verkningar för utomstående (Arbetsrätten i Utveckling)«, p. 129 ff, der skelner mellem den såkaldte »civilretsmodel« for overenskomsten - svarende til den danske ordning - og en såkaldt »arbejdsmarkedsmo-del« samt en »konstitutionel« model.

127. Om de specielle regler i lærlingeloven og lov om udlændinges adgang til landet, se afsnit III A.

mål, hvor langt et ufravigeligheds- eller ugyldighedsprincip kan gennemføres. Problemet er imidlertid blevet livligt diskuteret i den arbejdsretlige teori - oprindeligt især på baggrund af den ugyldighedsregel, som var udformet i tysk ret (den såkaldte »Unabdingbarkeit«)¹²⁸.

Efter almindelige grundsætninger påvirkes en privatretlig forpligtelse mellem to parter almindeligvis ikke af den omstændighed, at den ene er underkastet en modstående privatretlig forpligtelse over for 3. mand. Man kunne med god grund hævde, at dette måtte gælde, selv om denne modstående forpligtelse har karakter af en kollektiv overenskomst. Dette skulle føre til forkastelse af en egentlig ugyldighedsvirkning i relation til den individuelle kontrakt, i alle tilfælde hvor der ikke er særlig lovhjemmel herfor¹²⁹. I tilknytning hertil har C. Ussing¹³⁰ dog fremhævet især arbejdsgiverens onde tro m.h.t. lønmodtagerens og sine egne forpligtelser over for fagorganisationen. Ud fra et prior tempore potior jure princip skulle dette føre til, at forpligtelsen over for fagforeningen ofte måtte få fortrin frem for den senere forpligtelse i henhold til individualaftalen - medmindre organisationen kan anses at have frafaldet sin ret.

I forlængelse heraf har F. Vinding Kruse¹³¹ gjort gældende, at alene ufravigelighed gennem den nævnte ugyldighedsvirkning kan give overenskomsten og dermed organisationerne den magt over arbejdsforholdenes enkeltheder, som skaber den afgørende respekt for en retsordning i modsætning til en magtordning på dette område. Samtidig anførte nævnte forfatter, at det ud fra almindelige formueretlige grundsætninger (støttet af virksomhedens onde tro m.h.t. individualaftalens overenskomststridighed og lønmodtagerens eventuelle tvangssituation i forbindelse med arbejdsforholdets indgåelse) vil være muligt at statuere ugyldighed. Vinding Kruse erkender ganske vist, at lønmodtageren er afskåret fra at indtale overenskomstmæssig løn i strid med den individuelle kontrakt ved de almindelige domstole, men dette skyldes, at organisationen efter dansk ret er rådig over det overenskomstbetingede krav. »Ugyldigheden« skulle således dog vise sig derved, at arbejdsgiveren ikke kan søge kontrakten gennemført over for arbejderne ved domstolene i strid med den kollektive overens-

128. Jfr. især Lotmar: »Der Arbeitsvertrag« I p. 780 ff.

129. Således Hj. V. Elmquist »Den kollektive Arbejdsoverenskomst« p. 107 ff.

130. U 1918 B/307 ff.

131. Forhandlingerne til det 11. nordiske juristmøde, bilag III, p. 19 ff.

komst. Enkeltkontrakten skulle følgelig være »ugyldig« ved (nu) Arbejdsretten men »uretskraftig« ved de almindelige domstole.

Usikkerheden om grundlaget for en eventuel ugyldighedsvirkning løses af H. Ussing¹³² ud fra den omstændighed, at overenskomsten selv kan bestemme, at den skal have denne effekt. Funktionen heri skulle være, at den i så fald virker som 3. mandsløfte, der kan påberåbes af den enkelte lønmodtager. Følgelig må resultatet, hævder Ussing, også kunne indfortolkes i overenskomsten, selv om denne ikke indeholder nogen udtrykkelig vedtagelse i denne retning. Og er der ikke tilstrækkeligt holdepunkt for en konkret fortolkning, må resultatet søges ud fra, hvad der gennemsnitligt stemmer med interesserne hos parterne. På den anden side, anføres det, er det ikke utænkeligt, at disse parter interesser er fyldestgjort, når blot de selv har midler til at skride ind imod brud på den kollektive aftale.

Illum^{133,134} tager denne tråd op. Således anføres, at det formentlig er rigtigt, at almindelige kontraktsgrundsætninger ikke er til hinder for, at den overenskomststridige aftale anses for at være ugyldig, men at almindelige kontraktsregler på den anden side næppe heller med nødvendighed fører til dette resultat. Herudfra slutter nævnte forfatter, at afgørelsen må bero på en fortolkning af overenskomsten. Og Illum kan ikke finde nogen begrundelse for, at denne skulle tilsige den enkelte lønmodtager et retskrav ud over den personlige kontrakt, hvad enten han nu er organiseret eller ej.

Ved besvarelsen af det opstillede spørgsmål om den individualretlige konsekvens af den omstændighed, at kontrakten strider mod den kollektive overenskomst, er det nok væsentligt at holde sig for øje, at overvejelserne vil være forskellige alt efter i hvilken sammenhæng problemet aktualiseres. Den omstændighed, at resultatet må udledes af almindelige løfte- og aftaleregler, kan således nødvendiggøre en sontring efter om det er en organiseret eller en uorganiseret arbejdstager, der er tale om. Men frem for alt må der skelnes mellem på den ene side lønmodtagerens mulighed for at hævde overenskomstmæssige rettigheder og på den anden arbejdsgiverens adgang til aktivt at gennemtvinge kontraktens afvigende løsning. Endelig ligger der et hidtil upåagtet perspektiv deri, at det jo meget vel kan tænkes,

132. »Aftaler«, 3. udg. p. 231 ff. Se iøvrigt også »Enkelte Kontrakter« p. 345.

133. »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 147 f.

134. Illums fremstilling er – meget uklart – kommenteret af A. Drachmann Bentzon i U 40 B/53. Se hertil Illums svar i U 40 B/112 f.

at lønmodtageren ønsker at fastholde de af ham aftalte vilkår, selv om disse kolliderer med overenskomsten.

Hvis man tager udgangspunkt i de krav, lønmodtageren kan stille, er den aksel, hvorom ræsonnementerne drejer, overenskomstens mulige virkning som 3. mands løfte. Det er herigennem, der kan skabes retskrav i relation til den enkelte lønmodtager, som modificerer eller supplerer den personlige kontrakt.

Anskuet i dette perspektiv bliver det imidlertid også klart, at de af teorien opstillede sætninger må læses med en vis forsigtighed. Overenskomsten kan jo nemlig på denne måde højst skabe et supplement til det oprindeligt aftalte, som arbejdstageren kan påberåbe sig, hvis han ønsker. Er han derimod modvillig, er det mindre indlysende, at overenskomsten uden videre skulle kunne berøve ham retten til at gøre det aftalte gældende. Betegnelsen »ugyldighed« i relation til individualaftalen er derved måske egnet til at give et lidt skævt indtryk af de relevante overvejselsers indhold¹³⁵.

Situationen, hvor lønmodtageren er modvillig, vil f.s.v. kunne forekomme både i og uden for de tilfælde, hvor overenskomsten efter sit indhold måtte sigte på at skabe ret (som 3. mands løfte) i enkeltkontrakten. Og den behøver ikke være så ganske upraktisk, som man umiddelbart skulle tro, så vidt som vurderingen af overenskomstgodets værdi i forhold til individualkontraktens jo kan falde forskelligt ud. Ikke mindst i kølvandet på opbruddet på organisationsområderne vil der kunne opstå tilfælde, hvor den overenskomstafsluttende organisations interesser ikke deles af den implicerede arbejdstager.

Afgørelsen synes i så fald at måtte træffes *dels* ud fra graden af god tro hos parterne m.h.t. individualaftalens lovlighed, *dels* ud fra en afvejning af den skadevirkning, der for hver især måtte være forbundet med at opretholde, henholdsvis tilsidesætte den overenskomststridige kontrakt. I de praktiske tilfælde vil dette antagelig ofte føre til, at denne må vige. Ensidede ændringer af individualaftalen vil ganske normalt kræve iagttagelse af dennes tidsvilkår. Men i lyset af virksomhedens kendelige forudsætning om, at overenskomsten skal overholdes, og evt. i lyset af at forholdets videreførelse på overenskomststridige vilkår kan medføre fortsatte bods-

135. Udtrykket er dog undertiden anvendt, se således sag 1611, hvor fagorganisationens interesse bedst syntes at kunne tilgodeses på denne måde.

krav fra fagorganisationen, vil det således nok oftest være rimeligt at tillade en frigørelse med øjeblikkelig virkning.

Som både Illum og Ussing er inde på, er det iøvrigt langt fra givet, at overenskomstparternes interesser tilsiger, at overenskomsten skal kunne have virkning som 3. mands løfte, selv om arbejdstageren måtte være interesseret heri.

Spørgsmålet har imidlertid tilsyneladende ikke påkaldt sig interesse i praksis¹³⁶. Nyere teoris stilling er således blevet accepteret som gældende ret i en sådan grad, at man i bred almindelighed ikke har følt anledning til at gøre et afvigende synspunkt gældende ved de almindelige retter - hvor det jo i givet fald skal tages op.

Illum¹³⁷ anfører flere omstændigheder, som skulle tale imod at tillægge den organiserede arbejdstager et sådant krav. Således fremhæves den omstændighed, at der er indrettet en fuldt betryggende retsforfølgning ved Arbejdsretten, samt organisationens mulighed for at afskære arbejdsgiveren fra at ordne sagen selv med de implicerede. Ligeledes henvises til reglerne om bodens nedsættelse i visse tilfælde, der jo vanskeligt lader sig forene med anerkendelsen af et efterbetalingskrav. Endelig støttes resultatet på princippet i sag 2714, der fastslog, at den retsstridige enkeltaftale alene medfører et bodsansvar for arbejdsgiveren på friere grundlag. Og hvad den uorganiserede arbejdstager angår, henviser Illum til, at Den faste Voldgiftsrets praksis ikke anser det for stemmende med organisationernes interesser at tillægge lønmodtageren oprejsning, når fagforeningen tager sagen i sin hånd, hvorfor det ville være uantageligt at lade den pågældende gå til de almindelige domstole.

Illums argumentation virker relevant. Man må erkende, at det etablerede system for retsforfølgning i anledning af overenskomstbrud¹³⁸ vanskeligt lader sig forene med antagelsen af et individuelt krav fra arbejdstager. Hertil kommer for organiserede lønmodtagere den omstændighed, at organisationen har rådighed ikke blot over overenskomsten men også over de konkrete krav, der støttes herpå¹³⁸. En heraf uafhængig søgsmålsadgang i forlængelse af den personlige arbejdsaftale ville altså kompromittere

136. Det supplerende krav blev dog anerkendt i U 31/1113. Men her var forbundet indtrådt i sagen på lønmodtagerens side. Se iøvrigt VLT 54/86, hvor kravet imidlertid bortfaldt i kraft af passivitet.

137. »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 148.

138. Jfr. i det hele neden for afsnit III A.2.

denne rådighedsret såvel som den fagretlige sags førelse og måtte følgelig have en sikker hjemmel i overenskomsten¹³⁹. Der er næppe anledning til at antage, at uorganiserede skulle være bedre stillet. Og når organisationen i det hele har fuldt tilstrækkelig adgang til at sanktionere overenskomststridige individualkontrakter med ikke-medlemmer gennem det fagretlige system, har den ingen interesse i at skabe ret for disse ud over det individuelt aftalte. Allerede af denne grund må formodningen her være imod en anden forståelse af overenskomsten¹⁴⁰.

Resultatet bliver altså, at den enkelte arbejdstager er afskåret fra at hævde supplerende overenskomstmæssige rettigheder, når den personlige kontrakt ikke i sig selv afgiver holdepunkter for en løsning på overenskomstens grundlag. Undtagelse herfra synes alene at kunne gennemføres i tilfælde, hvor enkeltkontraktens udformning beror på grov udnyttelse fra arbejdsgiverens side af en overlegen position, jfr. princippet i aftalelovens § 36. Noget andet er, at det må være berettiget med Illum¹⁴¹ at antage, at både uorganiserede og organiserede lønmodtagere såvel ud fra overenskomstens naturlige forståelse som ud fra grundsætningen i Danske Lovs 5-1-2 må kunne nægte arbejdets fortsættelse på overenskomststridige vilkår.

Dette moment - det uantagelige i, at en part skulle kunne påberåbe sig en retsstridig aftale - må samtidig være tilstrækkelig begrundelse for det også af Fr. Vinding Kruse forsvarede resultat, gående ud på, at virksomheden ikke kan gennemtvinge den overenskomststridige individualaftale over for arbejdstageren.

Resultatet bliver altså samlet, at lønmodtageren i mangel af klar hjemmel for det modsatte alene kan støtte individuel ret på det personligt aftalte. Indholdet og gennemførelsen af denne aftale - evt. på basis af den kollektive overenskomst - vedrører imidlertid ikke virkningen af den

139. Resultatet synes også at nyde støtte i domspraksis, jfr. således landsrettens udtalelse i U 64/367: »Selv om parterne som medlemmer af deres respektive organisationer i forhold til disse har haft pligt til ved indgåelsen ndbyrdes forhold at indgå en aftale i strid med overenskomsten ...«. Se iøvrigt VLT 54/86, der forudsætter, at lønmodtageren kan fortabe sit krav gennem passivitet.

140. Se iøvrigt sag 1166, der i lyset af lønmodtagerens udtrykkelige rettighedsafkald nægtede at tilpligte virksomheden til efterbetaling, men kun pålagde bod. På linie hermed: Sag 1120. Iøvrigt hertil sag 923.

141. »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 149.

eventuelle overenskomststridighed og vil derfor blive taget særskilt op neden for i afsnit III, A.

Samtidig må det dog konkluderes, at såvel virksomheden som lønmodtageren vil have vanskeligt ved at gennemtvinge overenskomststridige individualvilkår over for den anden part med henblik på den allerede forløbne tid og ligeledes ved at få kontrakten videreført uden de nødvendige tilpasninger.

Afsnit III.

Den kollektive overenskomst og individualkontrakten – et samspilsproblem

De kollektive overenskomster spiller en betydningsfuld rolle i det danske samfundsliv. Ikke blot har de, som berørt i afsnit I. A., i høj grad været afgørende for udviklingen af retsgoder i det lønnede arbejdsforhold, herunder for udviklingen i arbejdsmarkedslovgivningen. Også inden for det prioritetsystem, som er udviklet oven for under afsnit II, dominerer de og nærmer sig i praksis en værdi, der svarer til lovgivningens.

Overenskomsternes retlige betydning i samspillet med de rent ansættelsesretlige reguleringer skildres imidlertid ikke udtømmende gennem kortlægningen af deres virkninger som led i nævnte ufravigelighedssystem. De er ad særlige veje direkte bestemmende for enkeltkontrakternes materielle indhold. Endvidere kan overenskomstsyste­met som sådant kun fungere som tilsigtet, såfremt de individualretlige reguleringer indrettes på passende måde i lyset af de kollektivarbejdsretlige hensyn - og omvendt.

Herigennem opstår et indviklet spørgsmål om prioritering og samordning af kollektivarbejdsretlige og individualretlige elementer i arbejds­kontraktens enkelte facetter. Da dette som allerede nævnt må betragtes som vitalt inden for arbejdsretten, er det naturligt at søge større klarhed over, hvorledes linierne trækkes op.

Overenskomstsyste­met har i dansk ret lang tradition bag sig.

Vilkårsforhandling på kollektiv basis endende op i overenskomst­mæssig regulering af arbejdsforholdene sikrer lønmodtagerne det optimale resultat, som deres solidariske optræden betinger. Samtidig opnår man det praktisk hensigtsmæssige, at de enkelte arbejds­kontrakter på det overens­komstdækkede område kan være ganske formløse og uformelle derved, at forhåndsformodningen i mangel af anden udtrykkelig vedtagelse vil være for, at de organisations­mæssigt vedtagne vilkår finder anvendelse. Dette er ikke mindst af betydning på områder, der er præget af et stort antal ensartede arbejdsforhold.

Siden århundredskiftet har de kollektive overenskomster da også haft en stedse voksende betydning, ikke mindst inden for den opvoksende indu-

stri. Dette har igen påvirket den positivretlige udvikling ved at begrænse samfundsmagtens interesse i lovindgreb. Herved er retstilstanden iøvrigt kommet til at afvige noget fra, hvad der kendes i de andre europæiske lande.

Det traditionelle mønster er imidlertid som allerede nævnt i afsnit I ved at forandre sig. I konsekvens af vor tilknytning til de europæiske fællesskaber er lovsystemet således i kraftig udvikling. Men den hidtidige organisationsstruktur er også til en vis grad under opbrud med den konsekvens, at typesituationen: den i pågældende fagorganisation organiserede arbejder over for den overenskomstforpligtede virksomhed, gradvis afløses af et væsentligt mere komplekst mønster.

Dette indebærer, at der er tilført det individualretlige perspektiv en fornyet aktualitet og det arbejdsretlige system som sådant en ny dimension. Heraf flyder igen et behov for mere nuanceret kortlægning af relationerne mellem den kollektive og den individuelle arbejdsret med særligt henblik på at fastlægge virkningen mellem arbejdskontraktens parter af den omstændighed, at arbejdsforholdet er underlagt en kollektiv overenskomst (hvad man kunne kalde overenskomstfunktionen eller den kollektivarbejdsretlige virkning i enkeltkontrakten). Men det er i det hele nødvendigt at knytte de forbindelser mellem arbejdskontraktens ret og den kollektive arbejdsret, som betinges af den ændrede faktiske situation på arbejdsmarkedet.

Ved beskrivelsen af overenskomstens betydning har man traditionelt skelnet mellem dennes »normative« og »obligatoriske« bestemmelser¹. Sidstnævnte skulle således omfatte de regler, der forpligter parterne i overenskomsten, uden at det er nogen betingelse for virkningen, at kravet yderligere støttes på en indgået arbejdsaftale. Her over for angår de normative bestemmelser vilkårene for de arbejdsforhold, som måtte blive indgået under overenskomstens område.

Det ville være nærliggende at gå ud fra, at denne sondring på relevant måde udskiller det, som er af interesse i individualretlig sammenhæng. Dette er imidlertid ikke tilfældet. En del af de såkaldte obligatoriske bestemmelser, f. eks. reglerne om fredspligten (altså princippet om, at ingen af parterne må indlede kollektive kampskridt, så længe overenskom-

1. Elmquist, »Den kollektive Arbejdsoverenskomst« p. 99, Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 78, Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 73 f.

sten er løbende) vil således også skabe ret og pligt i det individuelle mellemværende. Omvendt kan de normative bestemmelser ofte kun gennemføres med organisationsmæssig bistand.

Den retlige analyse må derfor tage udgangspunkt i de funktioner, som faktisk gør sig gældende i samspillet mellem overenskomst og individualkontrakt. Herved udfælder der sig 2 hovedinteresseområder:

1) En væsentlig del af overenskomstens regler sigter selvsagt på at regulere de normale kontraktlige relationer mellem enkeltaftalens parter. Denne regulering udgør overenskomstens primære formål, og erhvervelsen og gennemførelsen af krav på basis af sådanne bestemmelser (altså hvad man kan kalde overenskomstens primærfunktion) påkalder sig følgende en særlig opmærksomhed.

I denne forbindelse opstår flere problemer.

Således kan omtalte regler f. eks. have et materielt indhold, der gør, at rettingerne ikke er direkte aflæselige. F. eks. forekommer det, at der blot anordnes en bredere ramme for vilkårsfastsættelsen. Det kan dreje sig om minimallønssatser, der kun udsiger, hvad den mindste løn skal være, men forudsætter, at der skal ydes tillæg hertil i overensstemmelse med særlige retlingslinier. Eller det kan være rent vejledende regler af den art, som kendes fra arbejdslederoverenskomsterne f.s.v. angår lønfastsættelsen² og betalingen for overarbejde. Kravene vil her typisk være middelbare, idet deres konstatering og gennemførelse forudsætter organisationsmæssig medvirken.

Men det kan også tænkes, at retsgodet hviler på forsikringsmæssige eller lignende ordninger, der ligger uden for individualparternes rådighedssfære. Det kan dreje sig om pensions- eller livsforsikringsydelse, sygebetaling og søgnehelligdagsløn m.v. Også her vil organisationernes medvirken ofte være nødvendig af den simple grund, at udbetalingerne administreres af disse. Beslægtet hermed er iøvrigt også de særlige krav, som processuelt kun kan gennemføres ad fagretlig vej. Som typeeksempel kan nævnes den i hovedaftalen mellem arbejdsmarkedets hovedorganisationer hjemlede godtgørelse for usaglig afskedigelse³.

Selv anvendelsen af overenskomstbestemmelser, der anordner absolutte goder, kan imidlertid volde problemer, hvis de bringes op for en

2. »Almindelige bestemmelser«, pkt. 3: Lønnen »skal give udtryk for stillingens art og den pågældende funktionærs kvalifikationer, uddannelse, anciennitet, ansvar og indsats«.

3. Hertil U 65/933.

retsinstans, som ikke besidder »fagretlig« indsig, altså viden om overenskomstens generelle baggrund og funktion. Og der kan iøvrigt også i det hele opstå den hindring for individalkravet, som følger af, at pågældende organisation i vid udstrækning har en rådighed over sagen, der præjudicerer selvstændige tiltag.

Endelig kan der ligge et særligt problem i bestemmelser, der nok vedrører individalkontrakten, men som stort set blot bygger på lovgivningen. Det drejer sig om de tilfælde, hvor der blot henvises til lovreglerne, eller hvor disse refereres mere eller mindre fyldestgørende. Sådanne vedtagelser har i princippet alene pædagogisk værdi, men det kan selvsagt være vanskeligt at afklare, hvorvidt den konkrete bestemmelse er neutral på den anførte måde, og eventuelt at afklare den processuelle betydning af den omstændighed, at den har fundet optagelse i overenskomsten.

Rent praktisk er det formålstjenligt at koncentrere opmærksomheden om den retlige mekanisme, som principielt bærer overenskomstens optagelse som kontraktsgrundlag, og om den processuelle gennemførelse af de således etablerede rettigheder. En analyse heraf vil herefter blive forsøgt neden for under A.

2) Når den enkelte lønmodtager og arbejdsgiver er delagtig i overenskomsten, opstår et medansvar for dennes funktion som retsgrundlag. Dette nødvendiggør visse modifikationer i de normale kontraktlige rettigheder og pligter. Sådanne modifikationer er da også gennemført ved positive regler eller kan udledes forudsætningsvis af overenskomsten.

Heri ligger altså en overenskomstmæssig sekundærfunktion i form af en række bånd og berettigelser, som går ud over de regler, der gælder for individalkontrakten. Der bliver med andre ord tale om en dualisme i retsgrundlaget, som vil kunne illegitimere dispositioner, som ellers er retmæssige, og omvendt, og som kan forrykke grundlaget totalt for den opgørelse, som ville finde sted i henhold til individualretten.

I mange tilfælde vil de særlige rettigheder og pligter, som udspringer af delagtigheden i overenskomsten, ikke kolliderer med enkeltkontraktens regler men nærmest fremstå som et supplement hertil. Andre gange kan der imidlertid opstå en konfrontation mellem de kollektivarbejdsretlige og de individualretlige principper. I så fald er det nødvendigt at foretage en prioritering.

Denne kollision kan være forudset i de positive bestemmelser. Når reglerne om behandling af faglig strid f. eks. tager forbehold for tilfælde,

hvor hensynet til lønmodtagerens liv eller velfærd fordrer øjeblikkelige skridt gennemført, er det naturligt at se fænomenet som en imødekommeelse af behovet for respekt af de almindelige kontraktsretlige frigørelsesgrunde. Men selv om sådanne regler ikke findes, kan prioriteringen også være så indlysende, at tvivl om andet end dens praktiske gennemførelse næppe forekommer. Det er f. eks. umiddelbart klart, at fredspligten må begrænse den kontraktlige opsigelsesadgang, og ligeledes at reglerne om overenskomstens ophør og iværksættelsen af kollektive kampskridt må fortrænge enkeltkontraktens normale tidsvilkår.

I grænsetilfældene vil afvejningen af, hvilket hensyn der bør nyde fortrin, imidlertid kunne være nok så kompliceret, ligesom der undertiden, således ved sanktionering af retsbrud, teknisk set kan blive tale om anvendelse af begge regelsæt. Den samlede problemstilling vil herefter blive søgt belyst neden for under B.

A. De overenskomstbaserede kontraktsrettigheder.

1. Overenskomsten som kontraktgrundlag.

Overenskomsten er i princippet et løfte *fra* arbejdsgiveren, evt. gennem dennes organisation, *til* den overenskomstafsluttende lønmodtagerorganisation *om* at yde de pågældende arbejdstagere tarifmæssige vilkår. Krænkelser af dette løfte kan give organisationen adgang til påtale og evt. sanktion gennem det fagretlige system.

Uden for de tilfælde, hvor arbejdsforholdets parter har indgået en utvetydig aftale om overenskomstens anvendelse, således at denne får selvstændig kontraktsværdi⁴, hviler gennemførelsen altså også i høj grad på fagorganisationens aktivitet. Rettighederne bliver derved ofte middelbare forstået på den måde, at deres hævvelse forudsætter organisationens medvirken. Det kan følgelig heller ikke undre, at organisationens muligheder ved retsbrud i særlig grad har optaget opmærksomheden i den arbejdsretlige teori.

Den kollektive overenskomst kan imidlertid have visse umiddelbare virkninger på mellemværendet mellem individualparterne selv uden positiv vedtagelse herom mellem disse. Når der etableres en arbejdsaftale på et

⁴ Se f. eks. SHT 37/146.

overenskomstdækket område, vil kontraktsparterne således groft sagt have ret til at forvente, at de overenskomstbestemmelser, som sigter på - og er egnet til - at indgå som grundlag for deres opgørelse, formodningsvis vil finde anvendelse. Denne forventning vil e.o. også kunne gøre sig gældende hos udenforstående lønmodtagere eller virksomheder.

a. Den overenskomstforpligtede arbejdsgiver.

Formodningen for, at enkeltaftalen er indgået på overenskomstmæssige vilkår, gør sig i særlig grad gældende, når arbejdsgiveren over for fagforeningen har tiltrådt overenskomsten^{5,6}. Det vil her i det hele have rimeligheden imod sig, at arbejdsgiveren skulle have vedtaget kontraktsvilkår, der kan påføre ham ansvar over for fagorganisationen. Men lønmodtagerens kendelige forventning om, at overenskomsten indgår som kontraksgrundlag, vil også jævnlige tale for samme resultat^{7,8}.

Modsat synes arbejdsgiverens tydelige forudsætning om, at overenskomstens normer skal overholdes, og hans interesse i en ensartet behandling af alle at tilsige, at den enkelte arbejdstager ikke uden utvetydigt

5. Således også Illum. »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 143. Ussing, »Aftaler«, 3. udg. p. 231, samme »Enkelte Kontrakter« p. 348.

6. Om virkningen af en overenskomststridig individualaftale, se oven for afsnit II, underafsnit II°.

7. Se hertil udtalelsen i U 21/349: »... da (arbejdsgiveren) maatte forstaa, at (lønmodtageren) til enhver Tid maatte forlange den af hans Organisation fastsatte Minimalløn ...«. Se også de klare udtalelser i U 61/692 og U 64/367. Iøvrigt SHT 31/372, hvor der vel var tvivl om, hvorvidt overenskomsten formelt omfattede tilfældet, men lønreglerne dog fandtes passende: Overenskomstvilkår herefter tilkendt i mangel af bevis for modsat udtrykkelig aftale. Se også U 22/484 om kravene til beviset for en modsat aftale. Iøvrigt ØLT 36/79, U 59/191 (jfr. U 39/320).

8. I U 40/880 var arbejdsgiveren over for aftageren af produktet gået ind på at følge overenskomsten, hvilket kunne påberåbes af lønmodtageren. Men denne begrundelse (aftalens virkning som 3. mandsløfte) kan i almindelighed næppe anvendes i de tilfælde, hvor arbejdsgiverens pligt hviler på kollektiv overenskomst, jfr. oven for afsnit II, underafsnit II°. B.

aftalemæssigt holdepunkt vil kunne kræve *mere*, end overenskomsten hjemler^{9, 10}.

De opstillede sætninger vil i første række have henblik på organiserede arbejdstagere. Men i vid udstrækning må de også have gyldighed f.s.v. angår uorganiserede. Dette gælder i hvert fald, hvis overenskomsten ikke undtagelsesvis er af den art, som kun sigter på medlemmer af den pågældende fagorganisation.

Det kollektive aftalegrundlag påberåbes normalt af den pågældende arbejdstager til dennes fordel. Modstykket hertil er naturligvis, at han tillige forudsættes bundet af de overenskomstbestemmelser, der virker forpligtende i arbejdsforholdet, herunder f. eks. pligten til at give overenskomstmæssigt opsigelsesvarsel ved fratræden og evt. til ved ikke-overholdelse af samme at svare erstatning uden hensyn til det lidte tab. Hvor arbejdstageren er organiseret, vil sådanne bånd blive opfattet som ganske naturlige. Men hans medlemskab af forbundet turde i det hele skabe tilstrækkeligt grundlag for antagelsen af en egentlig retlig pligt¹¹.

Dette synes imidlertid ikke at indebære, at den uorganiserede for sit vedkommende uden videre vil kunne frigøre sig fra de kontraktspligter, som institueres i den kollektive overenskomst. I de praktiske tilfælde, hvor arbejdstageren har oppebåret overenskomstmæssige rettigheder, vil det være en kendelig forudsætning for arbejdsgiverens ydelse heraf, at overenskomstens vilkår i det hele finder anvendelse mellem parterne. Denne

9. Denne formodning vil e.o. kunne trænge igennem trods en uklar optræden fra arbejdsgiveren i egen disfavør. Jfr. sag 2300: Det må have forhåndssandsynlighed, at overenskomsten er gældende, når ikke andet kan bevises.

10. Et særligt problem opstår, hvor den formodning, der begrundes i overenskomsten, kolliderer med udfyldende regler af anden art, som tilsiger bedre goder end de overenskomstmæssige. U 28/59 antyder f. eks., at en arbejdsleders medlemskab af en almindelig lønmodtagerorganisation ikke berøvede ham retten til at gøre et videregående - funktionærmæssigt - opsigelsesvarsel gældende. Dommens resultat - anerkendelsen af det længere varsel - hvilede dog in concreto på, at den pågældende lederstilling var holdt uden for overenskomsten. I U 28/223 var der i højere grad tvivl om stillingens funktionærmæssige karakter. Her lagde man imidlertid vægt på arbejdstagerens organisatoriske tilknytningsforhold, således at der ikke tilkendtes varsel ud over det overenskomstmæssigt fastsatte.

11. Jfr. U 1899/894, hvor den organiserede arbejdstager antages at være forpligtet til at overholde tarifmæssigt varsel, fordi der var givet meddelelse om overenskomstens oprettelse på en behørigt indvarslet generalforsamling. Den omstændighed, at han måske rent faktisk var uden kendskab til, at virksomheden havde tiltrådt overenskomsten, kunne ikke bevirke nogen ændring heri. Tillige VLT 34/40.

funktion kendes fra U 52/907, hvor (den organiserede) arbejdstager, der havde påberåbt sig og rent faktisk opnået overenskomstens løn, måtte være forberedt på, at dennes principper for erstatningsudmåling ved bortgang tillige ville finde anvendelse. Men mest betegnende er den måske kommet til udtryk i en svensk afgørelse om forholdet til en uorganiseret arbejdstager (NJA 1967/513). Det hedder heri ... »Kollektivavtalet har också tillämpats i fråga om (den implicerede lønmodtager) i de hänseenden, som blivit aktuella under hans anställningstid, såsom beträffande lön och arbetstid. Vid dessa förhållanden får, då omständigheterna i övrigt icke tyder på annat, enighet anses ha rått mellan bolaget och (lønmodtageren) om at dennes anställningsvillkor skulle vara reglerade i överensstämmelse med kollektivavtalet«. Afgørelsen har fået Folke Schmidt ¹² til at opstille en sætning gående ud på, at arbejdspladsens praksis i almindelighed vil blive bindende for enkeltkontraktens parter, så snart disse ikke udtrykkeligt har manifesteret en vilje i anden retning. Med det forbehold at forudsætningen herfor er, at arbejdstageren ikke med rimelighed kunne have manglet kendskab til denne praksis, må dette resultat kunne tiltrædes som konsekvens af en almindelig aftaleretlig funktion¹³.

Et særligt problem opstår i de tilfælde, hvor overenskomstens anvendelse i lønmodtagerens disfavør er en følge af nye regler vedtaget under overenskomstforhandlingerne.

I almindelighed vil det være naturligt at antage, at de reducerede vilkår må accepteres i samme udstrækning, hvori man anerkender, at de personlige vilkår er bundet til overenskomsten, når denne forbedres. Når dette er tilfældet, kan man imidlertid tillige støtte resultatet på risikoen for retsbrudsansvar over for lønmodtagerorganisationen, hvis reguleringerne i opadgående retning ikke efterleves. Denne begrundelse er jævnlige uanvendelig, når vilkårene reguleres den anden vej. Her synes man kun at have parternes forventninger at bygge på - og for organiserede lønmodtagere naturligvis tillige den forpligtelse, som følger af tilknytningsforholdet til organisationen¹⁴.

12. »Löntagarrätt« p. 40.

13. NJA 1948/1 berører et tilsvarende problem, men her fremholder retten blot, at den pågældende overenskomstbestemmelse indeholdt en norm, der havde henblik på at indgå i de enkelte arbejders ansættelsesvilkår. Om en udmeldelse U 38/1072.

14. Som vil binde ham, medmindre dispositionen indeholder et afkald på uopgivelige retsgoder (jfr. oven for under afsnit II I° A. a.). Hertil f. eks. U 22/438.

I relation til udenforstående arbejdstagere, hvor man kun kan holde sig til den løser forudsætning om, at overenskomsten vil blive fulgt i den til enhver tid værende form, vil der let kunne opstå problemer. U 47/669 antager i et sådant tilfælde, at nogle uorganiserede funktionærer, hvis kontrakter ikke indeholdt et forbehold desangående, kunne modsætte sig ændringer af arbejdstiden, der fik lønmæssige konsekvenser, uagtet den personlige kontrakt hvad lønnen angik henviste til gældende overenskomst med HK. Selv om resultatet også støttes på, at kontrakten indeholdt en positiv klausul om ændringer af mere almindelig karakter, hvilket imidlertid ikke dækkede den forandring, der faktisk kom på tale i konsekvens af overenskomstfornyelsen, forekommer resultatet stødende. Arbejdsgiverens - også for den uorganiserede lønmodtager - kendelige forudsætning er klart, at overenskomsten skal følges i den til enhver tid værende form. Vel vil parterne med rimelighed gå ud fra, at visse af de retsregler overenskomsten indfører i det individuelle mellemværende - således f. eks. reglerne om den ekstraordinære frigørelsesadgang ved organisationsmæssige konflikter - kun relaterer til de organiserede arbejdstagere. Men de vedtagelser, der sigter på at indgå som normalt kontraktligt grundlag, må med rimelighed forudsættes anvendt i den til enhver tid værende udformning.

Afgørelsen tjener imidlertid måske til at understrege den forskel i retsstillingen, der betinges af, at tilfældet afgøres med udgangspunkt i en positiv vedtagelse mellem parterne fremfor gennem formodningsregler, opstillet af retsordenen. En personlig arbejdsaftale nedfældet i en skriftlig form på den måde, som kendes på funktionærområdet, og som altså ikke indskrænker sig til en nøgen henvisning til den kollektive overenskomst men evt. refererer og supplerer denne, vil muligvis få en meget høj grad af selvstændig identitet.

Dette synes bl.a. også at kunne have til konsekvens, at kontraktens (overenskomstmæssige) vilkår i mangel af særlig opsigelse heraf fra arbejdsgiveren vil kunne leve videre på individualretligt grundlag uagtet kollektivaftalens eventuelle udløb. Men skriftlighed behøver iøvrigt næppe opstilles som betingelse, hvis beviset for den personlige aftale ligger klart¹⁵.

15. Hertil U 25/955 og U 70/283 samt FVK 25/11 25 A. Den i Hovedaftalens § 7 nedfældede regel om, at frigørelse fra overenskomsterne forudsætter frigørelseskonflikt, synes således til en vis grad at kunne anskues som en konsekvens af det anførte forhold. Jfr. iøvrigt sag 6168 og neden for under B.1.

b. Overenskomsten som kontraksgrundlag i relation til udenforstående virksomheder.

I udenlandsk ret¹⁶ kendes mange eksempler på, at lovgivningen på forskellig måde tillægger overenskomsterne virkning også for udenforstående.

Under forhold, hvor organisationerne er svagere men behovet for en generel vilkårsfastsættelse på basis af partsforhandlinger det samme, vil det være naturligt for samfundsmagten på denne måde at lade arbejdsmarkedets parter så at sige lovgive i eget sted.

I dansk ret kender man imidlertid kun undtagelsesvis ordninger af denne art. Hensynet til betryggelsen af lærlinges stilling har således ført til etablering af lærlingelovens § 4 stk. 2, hvorefter den i fagets overenskomst fastsatte løn er gældende i læreforhold inden for det pågældende område. Det er i denne forbindelse ligegyldigt, om læremesteren er uorganiseret¹⁷. Men den overenskomst der skal lægges til grund må være passende repræsentativ for fagets arbejdsgivere¹⁸. Tilsvarende kan arbejdstilladelser til udenlandske arbejdstagere betinges af, at der ydes overenskomstmæssige vilkår¹⁹.

Bortset herfra må overenskomstens eventuelle videregående betydning i de individuelle arbejdsforhold imidlertid afgøres ud fra almindelige aftaleretlige regler²⁰.

De ovenfor under a. med henblik på overenskomstdækkede arbejdsgivere opstillede formodningsregler lader sig i sagens natur ikke uden videre anvende i de tilfælde, hvor virksomheden er frit stillet. Hvorvidt arbejdsgiveren kan antages at være gået ind på at yde vilkår svarende til overenskomstens synes således principielt at måtte afgøres ud fra en helt fri bevisbedømmelse²¹. Men et i denne henseende tilstrækkeligt bevis lader sig føre på forskellig måde.

Virksomhedens praksis vil således for det første i mangel af andet altid kunne virke udfyldende for den enkelte arbejdsaftale²², og denne virkning

16. F. eks. i Frankrig og Tyskland.

17. Som eksempler: Utrykt dom af 8/6 1956 (sag 232) i retskreds nr. 22 samt U 40/1120.

18. U 59/306.

19. Dette finder rent faktisk sted i henhold til § 9 i lov nr. 344 af 22/6 1973 om udlændinges adgang til landet m.v. Hertil U 75/286.

20. Herved tænkes altså ikke på spørgsmålet om, hvorvidt overenskomsten stiltiende kan anses for tiltrådt på kollektivarbejdsretligt grundlag, således at der opstår en egentlig overenskomstrelation mellem parterne, hvorved også Arbejdsretten bliver kompetent.

21. Se eksempelvis J 45/45.

22. Se i almindelighed f. eks. U 38/1072.

indtræder også, hvor den fulgte fremgangsmåde har rod i en kollektiv overenskomst²³. Pågældende praksis - overenskomsten - vil herved i almindelighed kunne få den betydning, som virksomhedens overenskomst har i relation til uorganiserede arbejdstagere (oven for under a.).

Men samme princip - overenskomsten som »stiltiende« aftalegrundlag - vil dernæst e.o. kunne anvendes overalt, hvor den enkelte medarbejder i det løbende ansættelsesforhold er blevet behandlet som overenskomsten tilsiger, selv om en almen praksis i relation til kollegerne ikke kan påvises. Ligeledes vil f. eks. det moment, der ligger i at lønmodtageren er organiseret og har påberåbt sig dette, eller at båndet til organisationen var kendt af arbejdsgiveren, være af betydning²⁴.

Alt i alt er der her tale om almindelige aftaleretlige funktioner, støttet på forhold med en snævrere forbindelse til det konkrete mellemværende. Det er muligt, at man kan gå videre.

I svensk ret opstilles en regel om, at overenskomsten i mangel af partsvedtagelse om arbejdsvilkårene kan lægges udfyldende til grund. Dette gælder således, hvor reglerne heri anvendes af det store flertal af arbejdsgivere og iøvrigt er rimelige²⁵.

C. Ove Christensen anfører i sin anmeldelse af fremstillingen, hvori denne sætning blev trukket op²⁶, at en sådan ordning på afgørende punkter er i strid med den danske. Herved henviser han bl.a. til Den faste Vold-

23. Se hertil princippet i SHT 16/240 (U 16/930), hvor rederier uden for rederiforeningen, der alligevel hyrede efter dennes regler, sædvanligvis også overholdt de i henhold hertil etablerede efterfølgende reguleringer. Det måtte herefter påhvile virksomheden, der stadig havde hyret efter reglerne, at bringe en afvigende fremgangsmåde på det rene i tide.

24. U 26/334 forpligter således en ikke overenskomstbunden arbejdsgiver til at udrede overenskomstmæssig løn til en arbejdstager, som han vidste var organiseret, uden at træffe aftale om lønnen. Og i U 52/907 var virksomheden vel ikke omfattet af overenskomst. Men begge parter var medlemmer af de respektive organisationer, og lønmodtageren havde påberåbt sig sit medlemskab af forbundet i forbindelse med lønfastsættelsen. Da han herefter bortgik, lagde retten ved udmåling af arbejdsgiverens erstatningskrav vægt på, at den almindelige overenskomst hjemlede erstatning uden hensyn til det lidte tab. I samme retning utrykt dom fra Københavns Byrets 17. afd., sag A 34027/1964, der tilkender virksomheden bortgangserstatning efter overenskomsten, som arbejdstageren måtte være klar over var gældende for ansættelsesforholdet. Den omstændighed, at virksomheden er opmærksom på arbejdstagernes forpligtelse over for deres organisation, skaber ingen ret over for en sandsynlighed for modsat individualaftale, U 30/280.

25. Folke Schmidt »Löntagarrätt«, p. 42, se iøvrigt samme, »Tjänsteavtalet«, I. udg. p. 65 ff.

26. Juristen 1960 p. 146.

giftsrets praksis angående stiltiende overenskomstoprettelse. Spørgsmålet om, hvornår en overenskomst kan anses for stiltiende tiltrådt af en virksomhed, er imidlertid fundamentalt forskelligt fra det her behandlede, hvor problemet jo er, i hvilken udstrækning en overenskomst på friere grundlag virker udfyldende i forhold til individualaftalen.

I førsteudgaven af »Tjänsteavtalet«, som den nævnte anmeldelse refererer til, går Folke Schmidt rigtignok ret langt. Det fastslås således bl.a.²⁷, at den hævdede sædvane (for overenskomstmæssige vilkår) kunne blive bindende, selv om virksomhedspraksis var anderledes og også forud for en udfyldende lovregel af den type, som kendes i kommissionsloven. Der henvises herved især til retstilfældene i NJA 1948/799 og 1954/230. Førstnævnte fastslog, at en arbejder var pligtig at iagttage opsigelsesvarsel, selv om dette ikke var særskilt aftalt. Under hensyn til overenskomsterne inden for området anordnede retten derefter et passende varsel til en uge. Den anden når til, at nogle funktionærer havde krav på samme opsigelsestid som den almindeligt gældende i industrifunktionærernes overenskomst (op til 6 måneder), uanset at tidligere opsigelser i virksomheden ikke i noget tilfælde havde fundet sted med mere end 3 måneders varsel. Man lagde herved vægt på ansættelsens længde og art, sædvane inden for den pågældende industrigren for at anvende de nævnte overenskomster på alle funktionærer, og endelig en lignende sædvane angående opsigelsesvarsel inden for andre områder af næringslivet.

Det er vel tvivlsomt, om man herhjemme vil gå så vidt, selv om overenskomsten måske nok i visse tilfælde kan lægges til grund ud fra synspunkter, der tangerer de skitserede. Dette kan således formentlig blive aktuelt, hvor den kollektive overenskomst på egnen eller i faget er i den grad almindelig, at parterne må nære en naturlig forventning om, at de heri stipulerede retningslinier i mangel af andet også vil finde anvendelse. På den anden side er det ikke ganske klart, hvor meget der i denne henseende kræves. Først og fremmest må overenskomsten naturligvis have en passende stor udbredelse. I J 39/179 forlangte lønmodtageren således et udvidet opsigelsesvarsel med henvisning til den gældende overenskomst på området. Men da en meget stor del af arbejdsgiverne her var uorganiserede, ville retten ikke anerkende den pågældende overenskomst som »kutyme«dannende. Det krav, som støttes på overenskomstens regel, synes imidlertid også at måtte være af en sådan almindelig karakter, at arbejdsgiveren burde have

27. P. 66 ff.

forudset det. I U 51/633 hjemlede overenskomsten således særlige opsigelsesregler ved sygdom. Men der var ikke så »fast sædvane« for disse specielle regler, at det iøvrigt almindelige opsigelsesvarsel på 14 dage, som anvendtes i arbejdsforhold af den pågældende art, lod sig fortrænge.

I tilfælde af den skitserede art ville man vel ofte hævde, at overenskomsten virker sædvanedannende²⁸. Sammenhængen mellem denne egentligt retsskabende funktion og de tilfælde, hvor overenskomsten blot udtrykker de i forvejen almindeligt gældende kontraktvilkår, er dog uskarp, jfr. f. eks. J 58/145, der udtaler, at overenskomsten må antages udformet på grundlag af fagets sædvane (om 8 dages opsigelsesvarsel).

Hvor langt overenskomsten i almindelighed formår at påvirke opfattelsen af, hvad der er gældende (sædvanen), lader sig næppe heller kortlægge med sikkerhed ud fra den eksisterende, trods alt ret begrænsede praksis. Over for J 58/145 står eksempelvis J 54/251, der afviser en arbejders krav på opsigelsesvarsel under henvisning til, at der ikke var nogen sædvane herfor i lokalområdet, og at arbejdere, der ønsker et sådant, må sikre sig en udtrykkelig aftale herom. Dette resultat bestyrkedes efter rettens opfattelse ydermere af de mange overenskomster, fagforeningen på feltet havde sørget for at få oprettet med private firmaer! Og i ØLT 29/516 fastslog så godt som alle overenskomsterne på området et varsel på 8 dage. Da virksomheden imidlertid ikke var bundet af overenskomst, blev den ikke anset for forpligtet til at give sådant varsel.

Iøvrigt vil overenskomsten naturligvis efter omstændighederne kunne anføres til støtte for et resultat, der også hviler på andre momenter. I U 74/481 påberåbte arbejdstageren (en pølsemand) sig således gældende overenskomstmæssige regler for tilsvarende arbejde andetsteds, hvilket fik retten til at konstatere, at »... et rimeligt opsigelsesvarsel efter det foreliggende, herunder oplysningerne om det i lignende ansættelsesforhold sædvanlige, findes at kunne bestemmes til ...«²⁹.

Overenskomstens betydning kan altså bero på flere forhold. Der kan være tale om en almindelig aftaleretlig funktion bygget op omkring et forudsætningssynspunkt. Men der kan også være tale om en almindelig

28. Jfr. U 24/885, der fastslår, at der var sædvane på egnen for at betale efter overenskomsten, hvorfor arbejdsgiveren blev kendt forpligtet at efterbetale i henhold til denne. Jfr. også Ussing, »Enkelte Kontrakter«, p. 348, samt J 46/322.

29. I U 69/733 anvendtes ikke en tilsvarende fremgangsmåde, selv om muligheden herfor tilsyneladende var til stede. Sml. iøvrigt U 34/1130, U 41/1004 og SHT 38/282.

social/arbejdsretlig funktion med rod i det i disse kontraktsforhold særlige behov for at skabe en generelt forsvarlig ordning mellem parterne. Skoleeksemplet er her U 74/481. Som det fremgår af denne afgørelse, er den kollektive overenskomst imidlertid kun et blandt flere redskaber, der i denne forbindelse anvendes af retsordenen i bestræbelserne på at opnå det ønskede resultat³⁰.

Heri ligger også, at det kan tænkes, at alene enkelte af overenskomstens bestemmelser tillægges denne videregående betydning³¹.

Det, som generelt må pådrage sig interesse, er spørgsmålet om, hvorvidt selve den omstændighed, at der foreligger en overenskomstmæssig løsning, vil have en særlig tyngde i sammenligning med de andre faktorer, retsordenen lægger vægt på, når man skal fastslå, hvad der må anses for gældende imellem parterne. Fra svensk ret kendes således f. eks. den ovenfor citerede afgørelse i NJA 1954/230, der tilkendte overenskomstmæssigt varsel på tværs af tidligere virksomhedspraksis, som arbejdstageren vel næppe kan have været ubekendt med. En sådan særlig betydning synes imidlertid ikke at kunne eftervises herhjemme. På grænsen af hvad der kan bæres af almindelige aftaleretlige regler ud fra overenskomstens eksistens ligger således nok kun U 24/885, hvor den anordnede betalingsregel selv efter lønmodtagerens forklaring ikke var blevet nævnt, men alligevel blev lagt til grund under henvisning til, at der var sædvane herfor på egnen. Men i almindelighed synes overenskomstens løsning ikke at danne grundlag for skærpede krav til de aftalemomenter, der påberåbes af en part i anden retning.

På den anden side må det erkendes, at man befinder sig på et område, hvor retsdannelsen er så flydende, at overenskomstens større gennemslagskraft vanskeligt lader sig registrere.

De beviskrav, der stilles, vil således afhænge af det konkrete tilfældes særlige karakter, den pågældende overenskomstbestemmelses almindelige rimelighed og andre momenter.

Det lader sig derfor næppe heller gøre kritikløst at hævde sædvaneretens almindelige betingelser som grundlag for overenskomstens anvendelse til udfyldning af individualaftalen. Især kan der i denne forbindelse næppe stilles særlige krav til varigheden af den retstilstand, der har rod i

30. En anden løsning ligger i at anvende lovreglerne uden for det direkte område, jfr. iøvrigt det neden for i afsnit IV nævnte, herunder særligt redegørelsen for udviklingslinierne.

31. Om betænkelighederne herved: NJA 1948/799.

overenskomsten, så vidt som det afgørende snarere må være den opfordring, selve den omstændighed, at der er etableret et generelt dækkende overenskomstmæssigt grundlag e.o. afgiver til at sikre bevislighederne for en modsat rettet aftale³². I virkeligheden er det nok også uheldigt at knytte overenskomstens virkning til begreberne »sædvane« eller »kutyme« og de forestillinger, der traditionelt omgærder disse begreber som retlige fænomener. Afgørende er, at overenskomsten kan få aftalekvalitet. Men blandt de momenter, der begrunder denne kvalitet, udgør betingelserne, som normalt knyttes til sædvanen som retligt fænomen alene en del. Den omstændighed at overenskomsten har en passende stor udbredelse, varighed o.l. vil således spille ind i forening med andre forhold: reglens »forudselighed« og kvalitet som indpasselig i kontraktsstrukturen, særlige holdpunkter i parternes konkrete dispositioner m.v. Tilbage står altså alene billedet af overenskomsten som et moment, der kan virke udfyldende inden for rammerne af et sæt af faktorer, der har ganske mange facetter.

2. Kravets gennemførelse

For gennemførelsen af overenskomstbetingede rettigheder står flere veje til rådighed. Ud over den almindelige adgang til søgsmål ved domstolene foreligger således en mulighed for, at sagen kan tages op gennem de overenskomstmæssige organer og afgørelsesinstanser.

Placeringen af krav fra arbejdsgiveren med henblik på enkeltkontraktens overholdelse vil normalt ikke volde de helt store vanskeligheder. Når striden har et rent individualretligt grundlag, vil den således, som det fremgår af det oven for nævnte, undertiden kunne bringes op ved de almindelige domstole, selv om kilden til kontraktskravene er en kollektiv overenskomst. Heri er dog især to undtagelser. For det første er det nødvendigt at udskille sådanne krænkelse, som hviler på en tilsidesættelse af de forpligtelser, der påhviler den organiserede arbejdstager som delagtig i selve overenskomsten. Dette ansvar vil i sagens natur kun kunne gøres gældende ad de »fagretlige« kanaler og udelukker i vid udstrækning ansvar på andet grundlag, jfr. neden for under B, 2, 2^o. Men dernæst synes

32. Se hertil U 32/426. Jfr. iøvrigt princippet i medhjælperlovens § 5, der fastslår, at medhjælperen i mangel af aftale om lønnens størrelse kan kræve et sådant vederlag, som er sædvanligt for medhjælpere i lignende stilling. Herved vil der bl.a. blive lagt vægt på gældende overenskomster, se f. eks. U 66/590.

33. Se U 38/436 og U 57/306.

arbejdsgiveren i vid udstrækning at være afskåret fra at få afgjort de sager ved domstolene, hvis pådømmelse forudsætter fagretlig indsigt³³. Dette forbehold refererer imidlertid til såvel lønmodtagerens som arbejdsgiverens muligheder og vil derfor blive behandlet samlet neden for under c. Endelig vil han antagelig være afskåret fra at gennemføre overenskomstbaserede krav, som hans organisation har en interesse i at råde over. Dette problem er imidlertid næppe praktisk.

Gennemførelsen af lønmodtagerens kontraktlige, men på overenskomsten støttede rettigheder volder lidt flere problemer.

De fleste tilfælde angår organiserede arbejdstageres krav på overenskomstforpligtede arbejdsgivere, rejst ad de sædvanlige fagretlige kanaler. Når alene denne vej følges, opstår i reglen ingen tvivl. Det samme gælder, når overenskomsten anvendes i kraft af parternes aftale herom eller blot lægges udfyldende til grund for denne ud fra løsere kriterier, fordi arbejdsgiveren ikke er egentligt overenskomstforpligtet³⁴. En sådan strid vil naturligvis udmønte sig i en retssag ved de almindelige domstole³⁵.

Undertiden forstyrres imidlertid normalbilledet. Det kan være uorganiserede, der hævder overenskomstbetingede krav på den overenskomstforpligtede virksomhed, eller det kan være den organiserede arbejdstager, der søger sin ret uden om organisationen. Disse problemer er kun mere sporadisk berørt i litteraturen, hvor retsstillingen iøvrigt også i nogen grad sløres af den omstændighed, at man ikke altid har holdt lønmodtagerens individuelle, på arbejdsaftalen støttede krav tilstrækkeligt klart ude fra mulighederne for at opnå oprejsning gennem det fagretlige system i kraft af overenskomsten.

De retlige overvejelser vil her være forskellige alt efter om det er en organiseret (neden for under a.) eller en uorganiseret (neden for under b.) lønmodtager, det drejer sig om.

a. Organiserede arbejdstageres krav.

Den organiserede lønmodtager er i afgørende grad afhængig af organisationens tiltag. Dette skyldes, at denne i vid udstrækning må anses for at være rådig over hans krav.

34. Eller denne forpligtelse undtagesvis hviler på lovregel, der ikke indeholder hjemmel for fagretlig behandling. U 75/286, U 40/1120.

35. Hertil f. eks. U 73/66 og de oven for under 1. b. nævnte afgørelser.

En regel herom er udtrykt i arbejdsretslovens § 11, som afskærer arbejdstageren fra adgangen til at søge sig tilkendt tilgodehavende løn ved de almindelige domstole, når den faglige organisation under en sag anlagt ved Arbejdsretten har frafaldet retten hertil på hans vegne.

Man kunne naturligvis spørge, hvorvidt der modsætningsvis herfra kan sluttes, at organisationen ikke har adgang til at renoncere på søgsmålsretten på anden måde, evt. i et andet forum.

Bestemmelsen hidrører fra »Augustudvalgets« forslag til lov om en fast voldgiftsret, hvor man dog ikke kommer nærmere ind på problemet.

C. Ove Christensen³⁶ hævder imidlertid, at et frafald ved en mægling eller under en faglig voldgiftssag ikke hindrer lønmodtageren i at anlægge sag ved de almindelige domstole.

Per Jacobsen³⁷ går imod denne opfattelse under henvisning til, at sager, som anlægges ved de almindelige domstole fordi den pågældende arbejdstagerorganisation ikke har villet fremme dem til fagretlig behandling, i langt de fleste tilfælde vil være »kværulantsager«, og at den faglige organisation turde være nærmest til at bedømme betimeligheden af et sådant krav, samt at en organisation binder medlemmet. Den sidste indvendig er den indlysende mest afgørende. Og det er da også dette moment - den almindeligt anerkendte arbejdsretlige grundsætning om, at organisationernes forhandlere under fagretlige forhandlinger anses som legitimeret til at indgå bindende aftaler på medlemmernes vegne - der danner grundlag for denne forfatters mere nuancerede opgør med problemstillingen i U 75 B/154 f. Groft sagt synes Per Jacobsens opfattelse herefter at kunne sammenfattes således, at afkaldet kan ske på et hvilket som helst tidspunkt af sagens behandling, og at det heller ikke behøver være udtrykkeligt. Af denne grund skulle det iøvrigt ikke blot kunne indeholdes i en påstand om bod, der udmåles under hensyn til den stedfundne underbetaling, men e.o. også i selve det forhold, at der ikke under retssagen nedlægges påstand om tilkendelse af det for lidt udbetalte beløb eller i hvert fald tages forbehold herom³⁸.

36. »Arbejdsretsloven« p. 55.

37. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 412 f og 464, jfr. iøvrigt også p. 544.

38. Opfattelsen synes i nogen grad at være i harmoni med Henry Ussing, »Enkelte Kontrakter« p. 345. Jfr. også Carl Ussing i U 14B/125 f i sædvanlige maleriske vendinger: »... rejser Fagforeningen Kravet, saa vilde det være absurd Tidsspilde, om det kun blev Kravets principielle Side, der blev afgjort, men ikke det konkrete Retsforhold...«

C. Ove Christensen fastslår endvidere³⁹, at en arbejdstager, der dokumenterer, at hans fagorganisation ikke vil fremme sagen ad fagretlig vej, må have adgang til at få sit lønkrav behandlet ved de almindelige domstole. Resultatet begrundes med, at det ikke kan antages, at lønmodtageren i en sådan situation skal være retsløs, lige som det heller ikke kan have været lovens hensigt at afskære ham fra at få sin sag taget op ad rettens vej. I samme retning har Carl Ussing udtalt sig⁴⁰. Fagforeningen er, hævder således denne forfatter, ingen domstol og bør ikke kunne »fradømme« arbejderen et krav⁴¹.

Her over for indvender imidlertid Per Jacobsen⁴², at en sådan antagelse vil kunne medføre, at interesserne hos den organisation, som er part i overenskomstforholdet, kan komme på spil på et tidspunkt, hvor der stadig består en foreningsretlig relation mellem organisation og medlem. Og videre: Den heraf følgende interesseafvejning behøver ikke falde ud til fordel for arbejdstageren, da man jo netop i henhold til arbejdsretsloven tilsidesætter retssikkerhedshensynet til fordel for den kollektive organisationsinteresse.

Indholdet af de bånd, som i almindelighed påhviler arbejdstageren i kraft af hans organisationsmæssige tilknytningsforhold, må naturligvis i mangel af holdepunkt for andet i organisationens vedtægter fastlægges ud fra de reale grunde, der gør sig gældende til støtte for antagelsen af dennes rådighedsret.

Overenskomstsistemets fundament er tanken om den solidariske interesse og fælles risiko. Det går som en rød tråd igennem dette system, at hvor hensynet til den enkelte kolliderer med hensynet til kollektiviteten, får sidstnævnte jævnligt fortrinet. Dette skyldes selvsagt, at det, som bærer overenskomsten som retsgrundlag, netop er fællesskabet. Man må således lade de individuelle hensyn vige, hvis disse hensyn ikke kan tilgodeses uden at kompromittere nævnte grundlag.

Når indholdet af denne fortrængningsmekanisme skal fastlægges i det her behandlede tilfælde, hvor det drejer sig om gennemførelsen af de rettigheder, der udledes af overenskomsten, er det væsentligt at betænke, at disse i sig selv er skabt af organisationen. Og overenskomsten udgør

39. »Arbejdsretsloven« p. 55.

40. U14B/126.

41. I U 1918B/311 har Ussing måske modificeret standpunktet noget.

42. U 75B/155 f.

måske iøvrigt her ikke blot det maksimale af, hvad denne har kunnet opnå, men også produktet af hvad man har ønsket at få i stand. Kollektivaftalen er endvidere en levende organisme, der er underkastet organisationens efterfølgende dispositioner. Er man enig med modparten om konkrete ændringer eller tilpasninger i utide, er der normalt intet til hinder for sådanne vedtagelser. På samme måde vil organisationens tiltag være afgørende for anerkendelsen af eventuelle kutymer m.v.

Det er unødvendigt at tilføje, at bevæggrundene bag udøvelsen af organisationens dispositionsret kan være yderst forskelligartede. Konsekvenserne af, at en aftale ikke opnås, afvejningen af fordele på ét punkt mod ulemper på et andet, det langsigtede hensyn til at undgå brud på solidariteten, risikoen ved at tabe en sag mod fordelen ved at kunne regne med fortsat at gennemforhandle rimelige forlig i spørgsmålet, er blot nogle af de momenter, der kan spille ind, når en beslutning skal tages.

Det virker ret afgørende, at selve retsgrundlaget på denne måde er genstand for organisationens løbende bestemmelsesret. Denne omstændighed gør det i sig selv kompliceret at udskille en rådighedssfære for lønmodtageren. Men en sådan rådighedssfære på trods af beslutninger truffet mellem organisationerne, f. eks. på mæglingsmøder, ville også nærmest falde uden for det normalbillede af organisationernes beføjelser, som arbejdstageren måtte forvente ved indmeldelsen. Den synes på denne baggrund at fordre særlig vedtægtsmæssig hjemmel. Det ville endvidere i det skitserede billede kunne virke aldeles forstyrrende på organisationens bestemmelsesret, hvis lønmodtageren havde adgang til at disponere på tværs heraf. Ikke blot risikerer den jo derved at komme til at stå med et fait accompli på punkter, der har konsekvenser ud over den konkrete sag. Men det ville også i det hele være vanskeligt at slutte forlig med modparten, hvis denne kun kan vide sig sikker med den enkelte arbejdstagers underskrift i hånden. Herved forekommer det vel iøvrigt ret formalistisk evt. at tvinge fagorganisationen til at anlægge arbejdsretssag og derefter gennemføre afkaldet under denne^{43,44}.

43. Iøvrigt synes retspraksis at anerkende den bindende virkning af afkald givet eller ordninger truffet på mæglingsmøder, se således J 57/121, J 58/94, U 58/983, U 54/935 forudsætningsvis.

44. Den blotte omstændighed, at der ikke er tillagt arbejdstageren selv nogen ret til uden om organisationen at få en voldgiftsafgørelse, synes således heller ikke at begrunde en selvstændig søgsmålsret, cfr. U 26/457.

Medens nu det principielle spørgsmål om organisationens ret til at råde over medlemmets overenskomstbetingede krav herefter utvivlsomt må besvares bekræftende, kommer tvivlen altså nærmest til at referere til kvaliteten af de organisationsmæssige dispositioner, som afskærer individualretlige tiltag. Endvidere vil der kunne blive et problem med at få udskilt de tilfælde, hvor kravet må siges at være så tæt forbundet med overenskomsten, at organisationens dispositionsbeføjelse er til stede, fra dem, hvor kravet har et selvstændigt grundlag.

Som nævnt allerede oven for under 1. opnår lønmodtagerens retskrav formentlig en høj grad af selvstændig identitet i den udstrækning, hvori det hviler på udtrykkelig - og evt. skriftlig - vedtagelse mellem parterne, selv om denne aftale bygger på overenskomstens regler. Denne selvstændighed synes også at måtte gøre sig gældende med henblik på kravenes gennemførelse. Dette vil få betydning ved afgørelsen af, om kravet kan antages at have en sådan »fagretlig« karakter, at det efter påstand må afvises fra de almindelige domstole (neden for under c). Men det synes også at være afgørende i den her behandlede sammenhæng derved, at arbejdsgiveren ikke uden videre kan gå ud fra, at den modstående organisation er rådig over rettigheder, lønmodtageren måtte have sikret sig i en personlig kontrakt. Det er således rimeligt at antage, at denne rådighed forudsætter ikke blot en passende snæver tilknytning mellem det pågældende krav og overenskomsten, men også en anerkendelsesværdig interesse hos organisationen i at opnå dispositionsbeføjelsen. Nogen praksis herom ses dog ikke at foreligge.

Men iøvrigt vil kravet antagelig have tilstrækkeligt selvstændigt grundlag i mange af de tilfælde, hvor det beror på ufravigelige lovregler, selv om overenskomsten refererer disse eller henviser hertil. Når overenskomstparterne ikke er rådige over det materielle retsforhold, er deres adgang til at disponere hen over hovedet på den implicerede arbejdstager jo nemlig ikke nogen selvfølge.

Man kunne ganske vist hævde, at overenskomstens klausuler om fagretlig behandling tilsiger en forpligtelse til at lade også sådanne stridigheder afgøre ved faglig voldgift. Og det må nok erkendes, at disse klausuler undertiden er udformet på en måde, som efter den ordrette forståelse af § 11 i voldgiftsloven af 1972 (om at tvister, der i henhold til kollektiv overenskomst behandles efter »Normens« regler, falder uden for nævnte lovs område) vil føre til antagelsen af en sådan forpligtelse. På den anden side

indicerer intet, at man ved denne bestemmelses udfærdigelse har tænkt sig at f. eks. rene henvisninger til lovgivningen uden videre skulle være tilstrækkeligt grundlag for at trække regulære lovfortolkningsspørgsmål ud af domstolens regie. Og når i øvrigt de materielle hensyn bag den særlige voldgiftsbehandling ikke er til stede, ville det da også være unaturligt at afskære de almindelige domstoles kompetence blot i kraft af en formel overenskomstmæssig henvisning til lovregler.

Ræsonnementet må medføre, at fagretlig behandling også af stridigheder om ufravigelige lovbestemmelser vel ikke er udelukket. Men voldgiftsbehandlingen må så forudsætte, at voldgiftslovens almindelige betingelser for etablering af privat voldgift er opfyldt. Dette vil bl.a. indebære, at voldgiftsaftalen må være ganske klar, i hvilken henseende f. eks. en almindelig overenskomstmæssig henvisning til Normen næppe er tilstrækkelig, se U 55/56⁴⁵.

På den anden side må det erkendes, at grænsen for, hvilke regler der må anses for forbeholdt lønmodtagerens rådighed, kan være noget flydende, og at man ved afgørelsen efter omstændighederne også nok må lægge vægt på, i hvilken udstrækning organisationen retsgyldigt har vedtaget en afvigende overenskomstmæssig ordning⁴⁶. Er dette tilfældet, må den organiserede lønmodtager jo nemlig være forberedt på, at organisationen fremtidig tegner ham også på sådanne punkter.

Kollisionen mellem fagorganisationens dispositionsbeføjelse og den enkelte arbejdstagers mulighed for selv at fremme sit krav synes altså at komme klarest frem, når dette hviler på den oven for under 1.a. skitserede formodningsregel. Her vil man med rette kunne sige, at arbejdstageren helt og holdent har henholdt sig til de muligheder, der ligger i det almindelige kollektivarbejdsretlige system for overenskomsternes gennemførelse.

Der ville i så fald være god mening i at afskære arbejdstageren fra selvstændige initiativer, når organisationen rent faktisk forfølger sagen. Dermed indiceres jo nemlig, at retten til at renoncere på medlemmets krav kan blive aktuel. Den individuelle rådighedsret må i konsekvens heraf være afskåret, indtil sagen er afsluttet, således at det kan konstateres, om

45. Se hertil også U 68/664. FVK 27/8 40 begrundet noget overflødig sagens afvisning med, at der ellers »kunne opstå en forvirrende modstrid mellem voldgiftsrettens afgørelser og de afgørelser, der måtte blive truffet af Arbejds- og Fabrikstilsynet eller domstolene«. I øvrigt FVK 22/11 54.

46. Jfr. herved oven for afsnit I, underafsnit I°. A. b. a).

organisationen vil udnytte sin beføjelse. Men dernæst synes den sanktion, der udmåles under den fagretlige behandling, jævnlige i sig selv at måtte afskære arbejdstageren fra at gennemføre selvstændige krav.

Det er i denne forbindelse nok nødvendigt at se lidt nærmere på forholdet mellem den kollektivarbejdsretlige sanktion - i sidste instans boden efter arbejdsretsloven - og det individualretlige krav, der kan blive følgen af kontraktskrænkelsen.

Den omtalte bod tilfalder efter arbejdsretslovens § 12 klageren og fastsættes under hensyn til samtlige sagens omstændigheder, herunder overtrædelsens undskyldelighed. Ved underbetaling kan Arbejdsretten dømme arbejdsgiveren til betaling af beløbet i stedet for at anordne bod, arbejdsretslovens § 12, stk. 1. Denne regel er begrundet med det mindre heldige i at anvende udtrykket »bod« i tilfælde, hvor en manglende betaling er aldeles undskyldelig⁴⁷. Men iøvrigt stammer bodbestemmelsen helt tilbage fra 1910-loven om en fast voldgiftsret, der dog i § 5 fastslår, at boden, såfremt skade er lidt, skal tilfalde skadelidende og i andre tilfælde sagsøgeren (fagorganisationen).

Selv om sidstnævnte ordning ganske vist har præget opfattelsen af boden, har man tilsyneladende ikke følt anvisningen som ubetinget forpligtende. Rettens afgørelser i de typiske sager, der vedrører for lidt erlagt betaling, spænder således over alle modeller, lige fra det tilfælde, hvor efterbetaling anordnes, og til sådanne, hvor bodsbeløbet efter omstændighederne ansættes til mindre end det lidte tab.

Mange gange fastslår retten, at der skal finde en efterbetaling sted direkte til den eller de implicerede arbejdstagere - evt. suppleret af en bod til organisationen⁴⁸. I andre tilfælde tilkendes organisationen beløbet på arbejdstagernes vegne⁴⁹ eller til »dækning« eller »erstatning« af disses tab eller den stedfundne underbetaling⁵⁰. Forudsætningen om at beløbet betales videre vil e.o. også fremgå af den omstændighed, at efterbetalingsbeløbet udskilles fra boden⁵¹, eller at et beløb svarende til efterbetalingen med tillæg af feriegodtgørelse tillægges forbundet⁵². Løse modeller ken-

47. Bemærkningerne til § 5 i forslaget af 27/2 1919 til lov om Den faste Voldgiftsret.

48. Således sagerne 991, 1018, 1518, 1689, 1878-79, 2481.

49. Hertil sagerne 427, 657, 1356.

50. Således sagerne 1414, 1657, 1661, 2190, 2768, 2800, 2844, 2867, 5113, 5695.

51. Således sagerne 479 og 1162.

52. F. eks. sagerne 5746 og 5750, jfr. også sag 1678, der tilpligter arbejdsgiveren at betale fagorganisationen de beløb, hvormed arbejdstagerne er blevet underbetalt.

des dog. Dette gælder således, hvor boden blot er fastsat »under hensyn til« underbetalingen eller »indbefatter« samme⁵³. I harmoni hermed falder den nyere praksis for at udmåle et »rundt« bodsbeløb, hvori indbefattes det opgjorte løntilgodehavende inkl. ferie- og søgnehelligdagsbetaling⁵⁴. Men det forekommer også, at underbetalingens omfang er uoplyst, således at der ikke er lejlighed til at komme ind på efterbetalingsproblemet⁵⁵, eller at spørgsmålet herom i det hele henskydes til særskilt fagretlig behandling⁵⁶. Endelig er det meget almindeligt, at virksomheden tilpligtes at efterleve overenskomsten⁵⁷. Iøvrigt dækker det skitserede mønster også andre tilfælde af overenskomstkrænkelser, der tillige udgør et brud på enkeltkontrakten - typisk uberettiget tilsidesættelse af dennes tidsindhold⁵⁸.

Selv om Arbejdsrettens praksis altså i vid udstrækning opfylder lovens historiske forudsætning om, at den implicerede arbejdstager får andel i det beløb, der udmåles, fremgår det klart, at organisationen indtager en særdeles central placering. De ovenfor refererede afgørelser, der tillægger arbejdstageren efterbetalingen direkte, hviler da også næsten undtagelsesfrit på organisationens påstand herom under sagen eller på, at denne påstand dog ikke udelukker en sådan løsning⁵⁹.

I de allerfleste tilfælde vil det være praktisk hensigtsmæssigt, at organisationen på denne måde involveres, selv om viderebetaling forudsættes at finde sted. Herved undgår man således at indvikle Arbejdsretten i unødigt mange beregningstekniske problemer, der skabes sikkerhed for, at afgørelserne finder sted korrekt i forhold til f. eks. skattelovgivning, ferieregler m.v., og endelig har organisationen bedst overblik over beløbets forde-

53. Sagerne 2610, 2663, 1137.

54. Se til illustration sagerne 7597, 7599, 7620, 7627, 7668, 7722, 7823.

55. Således sag 2636.

56. Se f. eks. sag 5471.

57. F. eks. sagerne 991, 1273, 1596, 2379, 2610, 2636, 2894, 5696.

58. Overgangen mellem disse tilfælde og de egentlige underbetalingssager er i det hele ret flydende. Se iøvrigt til det anførte sagerne 90, 657, 951, 1071, 1669, 1826, 4338, 6147, 7004, 7148, der udmåler bod til »dækning« af arbejdstagernes tab eller under »hensyn« hertil, eller hvor beløbet tillægges organisationen på medlemmernes vegne. Ligeledes kan det forekomme, at arbejdstagerne får tilkendt efterbetaling direkte, sagerne 2070, 3192, 3460. Eller efterbetalingsspørgsmålet er uafklaret derved, at det ikke gøres særskilt gældende, sag 6842, eller det henskydes til faglig voldgift, sagerne 6463, 6667, 6785, 7478.

59. Se dog sag 2481, der trods påstand om, at forbundet ud over en bod skulle have erstatning for underbetalingen, alligevel tillagde arbejdstageren beløbet. Dette kan imidlertid skyldes rettens opfattelse af, at påstanden blot var uheldigt udformet.

ling mellem flere og kan bedst tage stilling til fordelingen, når boden er mindre end det, som er betalt for lidt.

Ikke blot den omstændighed, at efterbetalingsbeløbet på denne måde er genstand for Arbejdsrettens beslutningstagen og evt. forudsættes viderebetalt, taler imidlertid imod anerkendelsen af en selvstændig søgsmålsret for arbejdstageren i alle tilfælde, hvor fagretlig behandling indledes på en sådan måde, at denne beslutningstagen kan blive aktuel. Det gør især også den omstændighed, at retten er beføjet til at reducere den forskyldte bod under hensyn til sagens omstændigheder - herunder organisationens handlemåde - hvilket jo ville være ret meningsløst, hvis arbejdstageren uden videre sideordnet kunne gå sine egne veje⁶⁰.

Herefter synes den organiserede arbejdstagers mulighed for selv at indlede retsforfølgning i alt fald at måtte begrænses, så længe de mulige sanktioners forhold til en evt. efterbetaling ikke ligger klart.

Den omstændighed, at hans adgang til at opnå oprejsning i vid udstrækning vil være udtømt i og med den fagretlige behandling, rejser imidlertid et nyt spørgsmål, nemlig om organisationens pligt til at foretage viderebetaling uden for de tilfælde, hvor afgørelsen utvivlsomt lyder herpå.

Per Jacobsen antager⁶¹, at medlemmet må kunne rejse krav på beløbet, hvis der ikke foreligger nogen bevidst krænkelse af overenskomsten fra hans side. Illum⁶² udtaler kryptisk, at retten må finde det stemmende med organisationens interesse, at der ydes den enkelte arbejder oprejsning i de tilfælde, hvor denne er organiseret. Ingen af disse udtalelser synes imidlertid at udtømme problemstillingen.

Imod eksistensen af den anførte pligt taler nu flere forhold. Først og fremmest vil antagelsen af en ret for organisationen til at råde over sagen ud fra andre motiver end dem, som begrundes i det enkelte medlems forhold, pege i en anden retning. Og det samme gælder bodens retlige karakter, hvorefter der kun er en friere forbindelse til den grundlæggende kontraktskrænkelse. Herved kan især peges på det forhold, at den udmålte sanktion i en vis udstrækning er frigjort fra det faktisk lidte tab, og ligeledes at lønmodtagerens indforståelse med den stedfundne underbetaling ikke

60. Denne beføjelse er ingenlunde upraktisk, jfr. f. eks. sagerne 479, 1596, 3272, 3478 og tillige 1366, hvor der kun tilkendes bod men ikke findes føje til efterbetaling, og 3858 samt 3975 B, hvor ulovligheden blot konstateres.

61. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 544.

62. »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 146.

uden videre synes at berøve fagorganisationen retten til at få sat boden i relation til samme⁶³. Og der kan også henvises til, at en bod svarende til underbetalingen af uorganiserede tilfalder organisationen, jfr. neden for under b.

Her over for står imidlertid stærke begrundelser for i overensstemmelse med det, som var bodsreglernes historiske forudsætning, at antage, at organisationen har en egentlig pligt til at foretage viderebetaling til sit medlem. I det hele ville det virke stødende, om den organiserede arbejdstager skulle være ringere stillet end den uorganiserede, hvis adgang til almindeligt søgsmål jo ikke er udelukket i kraft af den stedfundne fagretlige behandling⁶⁴. Og måske mere afgørende: Vel må han affinde sig med, at organisationens handlinger medfører, at boden bliver mindre end den fulde efterbetaling. Og ligeledes må han affinde sig med, at organisationen evt. disponerer i en for ham negativ retning ud fra hensynet til en bredere medlemsinteresse. Dette er alt sammen noget, man må være indstillet på ved at melde sig ind i en fagforening - det er så at sige solidaritetens pris. Hvad han derimod ikke kan være indstillet på er, at organisationen egenmægtigt og uden nogen som helst grund beholder et beløb, som retten måske oven i købet har forudsat ville tilflyde ham.

Det er indlysende, at der vil kunne være mange grænsetilfælde, hvor det er vanskeligt at fastslå, hvorvidt boden står i forhold til krænkelsen af organisationens mere vidtfavnende eller medlemmets meget konkrete interesser. Men det er nok værd at holde sig for øje, at ingen af de argumenter, som ovenfor talte for at tillægge organisationen en vidtgående dispositionsret op til sagens afgørelse, taler for at berøve lønmodtageren kravet på andel i det, som måtte komme ud af sammes gennemførelse.

I almindelighed vil det altså nok være naturligt at antage eksistensen af et retskrav for arbejdstageren på andel i bodsbeløbet, også i de tilfælde, hvor viderebetalingspligten ikke fremgår umiddelbart af den fagretlige afgørelse. Det eneste tilfælde, hvor den grundlæggende solidariske interesse griber ind, synes således at være det af Per Jacobsen anførte, hvor medlemmet bevidst og uundskyldeligt har handlet på tværs af organisationen.

Et særligt problem opstår, hvis denne ikke forfølger sagen. Her står på den ene side det af C. Ove Christensen og Carl Ussing fremhævede hensyn

63. Jfr. sagerne 582, 923, 1120, 1166, 2349 samt især 2714.

64. Jfr. neden for under b.

gående ud på, at arbejdstageren vel ikke kan være retsløs, og på den anden side den af Per Jacobsen nævnte risiko for, at organisationsinteresserne trods alt kommer på spil på et tidspunkt, hvor der består en foreningsretlig relation mellem parterne.

Skal disse hensyn afvejes over for hinanden, er det svært at anerkende det første, som synes at bygge på en uren præmis. Rent praktisk behøver den omstændighed, at retsforfølgning undlades, jo nemlig ikke være udtryk for manglende stillingtagen fra organisationens side. Mellemværendet kan være afsluttet på et tidligt tidspunkt, f. eks. ved et protokollat om at enighed ikke kunne opnås, og at hver part har forbeholdt sig sin stilling. Utallige sager, som organisationsmæssigt ender på denne måde, må anses for definitivt afsluttet. Det nævnte forbehold dækker i disse tilfælde alene over f. eks. ønsket om ikke at tabe ansigt.

Anerkendelsen af sætningen om, at organisationen er rådig over sagen, er kort sagt uforenelig med en anerkendelse af lønmodtagerens selvstændige søgsmålsret i kraft af den blotte omstændighed, at fagretlig behandling ikke gennemføres. Denne søgsmålsret synes således i hvert fald at forudsætte, at der ikke ligger en negativ beslutning bag passiviteten, f. eks. støttet på bredere organisationspolitiske hensyn. En sådan beslutning er ikke udtryk for vilkårlighed eller for, at arbejdstageren er »retsløs« ud over, hvad der gælder i ethvert andet tilfælde, hvor en part igennem fuldmagt til anden side - in casu indmeldelsen i organisationen - begrænser sine egne muligheder. De følger, som måtte flyde heraf, må blot blive et internt mellemværende mellem organisation og medlem.

Dette synes i almindelighed at indebære, at domstolsvejen også i fagretlige sager kun står åben, såfremt organisationsvejen er forsøgt, og den manglende videreførelse her ikke beror på en organisationspolitisk beslutning⁶⁵, men f. eks. på sjuskeri, åbenlyse juridiske fejlskøn⁶⁶, eller rent usaglige hensyn. I sidstnævnte forbindelse kan således henvises til det af C. Ove Christensen selv fremhævede eksempel, nemlig at arbejdstageren er kommet på kant med sin forening. Og sidestilles hermed bør måske e.o. også det tilfælde, at grunden til den manglende gennemførelse ikke kan fås oplyst⁶⁷. På den anden side bør der i denne henseende næppe stilles for

65. Se f. eks. U 61/692.

66. Se hertil U 54/935, hvor organisationen ikke kunne siges at have givet noget afkald men blot anset kravet for uigennemførligt.

67. Se f. eks. U 48/69 og utrykt dom fra Ålborg rets 3. afd., sag 2463/1968.

store krav, så vidt som organisationen vil kunne være tilbøjelig til at blotlægge sine taktiske overvejelser for omverdenen.

b. Den uorganiseredes muligheder.

I modsætning til den organiserede arbejdstager har den uorganiserede alene sin personlige kontrakt at holde sig til. Til gengæld kan han næppe uden videre være underkastet organisationens dispositionsbeføjelse. Medens han således vel ganske vist må være bundet af almindelige fortolkningsbidrag til overenskomsten, der tilvejebringes ved organisationernes foranstaltning, er han næppe forpligtet af de dispositioner, som den pågældende faglige organisation evt. måtte træffe med henblik på hans konkrete sag. Medens arbejdstagersidens kollektive interesse tilsiger, at generelle fortolkningsafgørelser får det gunstigst mulige indhold, er det ingenlunde givet, at denne interesse er til stede i forbindelse med konkrete stridigheder om overenskomstens anvendelse på uorganiserede lønmodtagere - som endvidere ikke engang kan holde foreningsledelsen ansvarlig gennem organisationens kompetente organer.

Retten til at få en selvstændig afgørelse ved domstolene synes herefter at være til stede, hvad enten der foreligger en udtrykkelig aftale om vilkårene, eller disse blot hviler på formodningen om, at overenskomstens regler finder anvendelse^{68,69,70}.

Indledes der imidlertid samtidig fagretlig påtale for overenskomstbrud ved organisationens foranstaltning, vil der kunne opstå en risiko for dob-

68. Jfr. også Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 464, note 105. Hertil iøvrigt utrykt dom fra Frederikssund ret, sag BS 2036/74 (forligt senere i Østre Landsrets 5. afd., sag nr. 260/75).

69. Også her må en vedtagelse om voldgiftsbehandling naturligvis have den tilstrækkelige klarhed for at blive bindende, jfr. U 49/1033, U 70/657. Iøvrigt U 77/885, hvor en almindelig voldgiftsklausul i en individualkontrakt angående dennes fortolkning ikke var tilstrækkelig hjemmel for at afvise en sag vedrørende funktionærloven fra domstolene.

70. Per Jacobsen anfører (»Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 464 note 105 og U 75 B/155), at en lønmodtager, der udmelder sig af organisationen, må være stillet ganske som den uorganiserede.

Sætningen er vel ikke ganske uproblematisk. Tillader man uden videre arbejdstageren at frigøre sig fra sit medlemskab med den hævdede virkning, evt. på et tidspunkt, hvor arbejdsretssagen allerede kører, ville det således være urimeligt at fralægge den disposition, der herved er truffet over sagen, enhver betydning. Hvor problemet opstår, er det altså næppe muligt at indtage en af de nærmere omstændigheder uafhængig ganske ukritisk holdning til lønmodtagerens udmeldelse.

beltdækning. Dette skyldes, at boden også i relation til uorganiserede normalt vil blive ansat i lyset af den stedfundne underbetaling⁷¹.

I mange tilfælde vil dette problem ikke være praktisk, fordi den pågældende uorganiserede har en positiv aftale med arbejdsgiveren om sine vilkår. Herved afskæres han fra at rejse selvstændige krav ud fra overenskomsten⁷². Og selv uden utvetydig aftale af denne art vil en egentlig indforståelse fra den implicerede uorganiserede ret hurtigt kunne siges at være kommet i stand i de sager, som fagorganisationerne har den mest åbenlyse interesse i at påtale, nemlig sådanne som vedrører underbetaling. Her vil arbejdstageren jo nemlig være nødt til at reklamere ret hurtigt, hvis han ikke skal blive kontraktligt bundet af den indforståelse, der kan indlægges i hans passivitet over for den faktisk fulgte udbetalingspraksis.

Der forekommer imidlertid situationer, hvor dobbeltdækning kan blive aktuel. Som eksempel herpå kan nævnes J 45/98, hvor virksomheden under en faglig sag havde betalt en bod til forbundet til fuld afgørelse af ethvert krav fra dette i anledning af overtrædelse af overenskomstens læretidsregler. Men da forbundet var uvilligt til at viderebetale noget heraf til lønmodtageren, anerkendtes et supplerende erstatningskrav fra denne ved de almindelige domstole. Og man kan næppe antage eksistensen af en sådan viderebetalingspligt for forbundet, når det drejer sig om arbejdstagere, som står uden for organisationen⁷³.

Den risiko for virksomheden, som herefter er forbundet med den uorganiseredes adgang til individualforfølgning, synes imidlertid ikke at kunne elimineres.

Noget andet er, at den uorganiseredes muligheder naturligvis rent praktisk begrænses af vanskelighederne ved over for en usagkyndig ret at bevise det indhold af overenskomsten, som hævdes at skulle lægges udfyldende til grund. Domstolene må således indtage en ikke ganske ukritisk holdning til det, som hævdes at kunne støttes på kollektivt aftalen, jfr.

71. Se således sagerne 2793, 2790, 2894, 4153, 4307. Bodden vil dog også her blive reduceret efter de almindelige regler herom, se f. eks. sag 3609. I mange af de afgørelser, der tilkender bod indeholdende dækning for stedfunden underbetaling, nævnes ikke noget om, hvorvidt de implicerede arbejdstagere har været organiserede eller ej, selv om dette synes at være forudsat (således sagerne 6992, 6838, 6708, 6704, 6703, 6696, 6677, 6617, 6477, 2714 og 1650).

72. Jfr. det oven for under afsnit II, underafsnit II^o, B. nævnte.

73. Hertil utrykt dom fra Frederikssund Ret, BS 2036/74, samt utrykt dom fra Københavns Byrets 14. afd., sag 15484/1969.

neden for under c. Dette kan igen gøre det vanskeligt for arbejdstageren at komme igennem med omstridt eller tvivlsom fortolkning af samme. Da han endvidere ikke kan få denne tvivl bragt ud af verden gennem en faglig voldgiftssag, vil han måske ikke kunne komme så langt som den organiserede lønmodtager i et identisk tilfælde. Men dette er f.s.v. kun, hvad man som uorganiseret må være forberedt på ved ikke at sikre sig en tilstrækkeligt udførlig antagelsesaftale.

c. Konklusioner. Særligt om domstolenes muligheder for at pådømme »fagretlige« sager.

Konklusionen af det foregående bliver altså, at domstolene som udgangspunkt har adgang til at pådømme sådanne krav fra arbejdstageren, som har rod i lovgivningen eller parternes aftale. Dette synes at måtte gælde uforbeholdent, hvis han er uorganiseret, medens der for organiserede gælder visse forbehold.

I sidstnævnte henseende er betingelsen således, at kravet enten er utvivlsomt lovbaseret, eller at den individualaftale, hvorpå det støttes, dog står tilstrækkeligt uafhængigt af overenskomsten⁷⁴.

Men det er iøvrigt vanskeligt at sætte grænsen for, hvor langt retten til selvstændigt søgsmål går i relation til sådanne stridigheder, som vel er individualretlige men samtidig har en vis tilknytning til overenskomsten og arbejdstagerens medlemskab af organisationen. Hvor den materielle strid angår et spørgsmål, for hvilket overenskomsten er afgørende og falder inden for organisationens normale faglige virkefelt, taler meget imidlertid for at opstille forskellige betingelser for gennemførelsen af arbejdstagerens selvstændige krav. Det vil herunder være naturligt at kræve, at organisationen ikke har eller kan anses at have givet afkald på retten, og endvidere at det er afklaret, om der bliver gennemført en fagretlig sag, hvor et sådant afkald kan blive aktuelt, eller den individuelle retsfølge dog indgå som led i den kollektive sanktion.

Disse forbehold vil altså stort set referere til sådanne sager, som med et rummeligt udtryk kan siges at være af fagretlig karakter. Anvendelsen af dette begreb i sig selv bidrager naturligvis ikke til at løse det nævnte afgrænsningsproblem. Hvis man imidlertid kalder sådanne stridigheder for

74. Eller udgør et fritstående supplement hertil, således som det var tilfældet i U 26/457. Til det anførte iøvrigt: Per Jacobsen i U 75 B/156.

fagretlige, som kan underkastes behandling ved de overenskomstmæssige, særligt sagkyndige organer, får overvejelserne en ny dimension.

Muligheden for at gennemføre fagretlig behandling synes jo nemlig i det hele at tilsige den generelle indskrænkning i domstolenes adgang til at tage tvistigheder op, som ligger i deres ringere indsigt i overenskomstforhold. Dette gælder hvad enten det er arbejdsgiveren eller arbejdstageren, der ønsker en stillingtagen fra rettens side. Det i denne henseende helt afgørende er vanskelighederne ved for udenforstående at afklare de tvivlsspørgsmål, der rejser sig af overenskomsternes særlige tilblivelsesmåde⁷⁵ og funktion og ved at klarlægge og vurdere de efterfølgende fortolkningsbidrag, som måtte ligge i form af voldgiftskendelser, kutymen m.v. Disse momenters tilstedeværelse indebærer en risiko for, at afgørelsen ved de almindelige domstole ikke blot kommer til at gå mindre vidt end det materielle retsgrundlag faktisk tillader i kraft af vanskelighederne ved at bevise dette for retten, men også at den bliver materielt forkert, fordi domstolen slet ikke har forudsætninger for at vurdere problemet.

En utvetydig pligt til afvisning er ganske vist kun til stede, når striden hører hjemme under Arbejdsretten, jfr. arbejdsretslovens § 11 stk. 1. Og begrundelsen er her den uafviselige nødvendighed, der ligger i, at retsfølgerne for overenskomstbrud er anderledes end dem, som kan komme på tale ved de almindelige domstole⁷⁶.

På den anden side synes hensynet til retssikkerheden i bredere almindelighed at kræve, at afgørelserne søges opnået i det mere kyndige organ, såfremt den ene af parterne forlanger dette, og der er tvivl om sagens fagretlige indhold⁷⁷. Herved opnås også det rimelige resultat, der ligger i, at det i tvivlstilfælde overlades til de fagretlige organer at tage stilling til,

75. Jfr. herved i det hele det oven for under afsnit I nævnte.

76. Fagorganisationerne synes her heller ikke at kunne gøre deres interesse i overenskomstens overholdelse gældende på den måde, at man ved de almindelige domstole søger at indtale et beløb, svarende til underbetalingen i bod eller efterbetaling, VLT 54/86, SHT 36/205, U 37/515 men også U 31/1113. Se iverigt U 28/1026.

77. Der er dog mange eksempler på, at domstolene behandler individualkrav uanset disses eventuelle fagretlige undertoner, når blot der ikke nedlægges afvisningspåstand. En utrykt sø- og handelsretsdom FS 55/1973 afgør således f. eks. et spørgsmål om feriegodtgørelse og søgnehelligdagsbetaling af et ved voldgift fastsat erstatningsbeløb. Iøvrigt: U 76/530, U 64/367, U 63/830, U 60/743, U 59/191, U 42/655, U 37/345, SHT 37/146. Retterne er dog naturligvis altid berettiget til at påse individualkontrakternes overholdelse i forbindelse med iværksættelse af konflikt, se f. eks. SHT 21/262, U 16/135, U 34/1055.

om tvisten har fagretlig karakter, hvilket ikke kan afgøres af domstolene, hvis man accepterer, at disse savner den nødvendige særlige indsigt. Der er i almindelighed næppe heller betænkeligheder ved at lade de fagretlige organer tage stilling også til andet end det, som følger af overenskomstens udtrykkelige regler, når striden dog har forbindelse med denne, og man iøvrigt ikke bevæger sig ind i de ufravigelige lovgoder. Thi denne behandlingsvej må den organiserede lønmodtager jo i vid udstrækning forudsætte som konsekvens af indmeldelsen i organisationen og af den overenskomst, han lever under.

Dette indebærer vel ikke, at domstolsvejen udelukkes i alle tilfælde, hvor fagretlig behandling formelt er mulig. Men hvis dette er tilfældet, er det naturligt at kræve, at organisationsvejen i alt fald er forsøgt, således at sagen kun fremmes, hvis den her er gået i stå under omstændigheder, der, jfr. det tidligere nævnte, ikke præjudicerer det materielle retskrav.

De domstolsafgørelser, som realitetsbehandler stridigheder af den omtalte art, benytter sig jævnligt af supplerende begrundelser, der afviger fra det anførte.

Således fremhæves f. eks., at afgørelsen beror på almindelige juridiske synspunkter, aftalefortolkning o.l.⁷⁸. Men dette er som nævnt en nok så problematisk slutning, så vidt som retten vanskeligt kan vide, om f. eks. overenskomstkutymen ville have spillet ind.

Ligeledes er der lagt vægt på, at voldgiftsrettens kompetence er uklar eller domstolsvejen ikke klart udelukket^{79,80}. Denne indsnævring af pligten til at henvise sagen til de fagretlige organer synes imidlertid for det første ikke at harmonere med det udtrykkelige forbehold i arbejdsretslovens § 11 stk. 2, der generelt afskærer arbejdstageren fra selv at føre sådanne betalingskrav igennem, som beror på en uenighed af »faglig« karakter. Men dernæst er overenskomsternes klausuler om behandling af faglig strid ofte så tilfældigt udformet, at de efter deres direkte indhold langt fra altid vil tilsige sådan behandling, selv i de tilfælde, hvor dette utvivlsomt er den rigtige fremgangsmåde. F. eks. måtte de ofte efter deres ordlyd forstås som fakultative.

Nok så relevant for de refererede sager havde det måske snarere været

78. Således Ålborg rets dom i sag 2463/1968 og U 70/657.

79. F. eks. U 48/69 og ØLT 22/239.

80. På linie hermed A. Drachmann Bentzon i U 40 B/65, der vil lægge vægt på, om der er klar voldgiftshjemmel, og muligvis også Jens Buhl i U 64 B/202.

at fremhæve, at lønmodtageren var uorganiseret eller iøvrigt afskåret fra videre fagretlige tiltag, uden at der lå en præjudicerende beslutning fra organisationen bag.

Der findes da også flere afgørelser, som støtter den opstillede sætning om, at stridens potentielt fagretlige karakter bør medføre, at den overlades til de dertil indrettede organer. U 38/436 henviser således til fagretlig behandling et spørgsmål om en lønmodtagers erstatningsansvar, fordi dette måtte bero på, hvilke almindelige regler der med støtte i sædvane eller skik og brug kan opstilles herfor. I samme retning går også U 57/306 om tilbagebetaling af for meget udbetalt akkordforskud, U 64/676 om et krav på akkordtillæg samt U 70/448 (jfr. U 70B/223) der anser de almindelige domstole for inkompetente i en strid om, hvorvidt der i henhold til en overenskomst sammenholdt med funktionærloven skulle ydes holddriftstillæg under sygdom, hvilket måtte afgøres ud fra både funktionærloven og overenskomsten.

Sidstnævnte afgørelse antyder, at det anførte må gælde også i de tilfælde, hvor overenskomsten er afgørende for lovreglernes anvendelse⁸¹. Så meget desto mere må stridigheder, som overenskomstparterne klart er rådige over, således som det f. eks. er tilfældet i relation til godkendte ferieoverenskomster, høre under fagretlig behandling. U 61/863 når ganske vist til det modsatte resultat, fordi den pågældende ferieoverenskomst var enslydende med ferieloven. Men denne begrundelse er ikke tilstrækkelig, når der dog kan være fortolkningsbidrag andetsteds i overenskomsten eller i h.t. kutyme, som ikke umiddelbart kan erkendes og vurderes af domstolene. F. eks. forudsætter bestemmelser, som bygger på anciennitet, måske at man kender fagets særlige anciennitetssystem. Og specielt for ferieoverenskomsters vedkommende er der også grund til at erindre, at loven kan være fraveget i såvel opad- som nedadgående retning, idet betingelsen for godkendelsen af den afvigende ordning blot er, at det samlede resultat ikke er ringere for lønmodtageren, end hvad lovens sikringsniveau tilsiger. Følgen heraf bliver, at man heller ikke kan tænke sig en løsning, hvorefter domstolene indskrænker sig til at påse lovens overholdelse på det konkrete punkt, hvorom striden står.

Det forekommer, at der har været tvivl om sagens placering, f. eks. når striden har drejet sig om den beskyttelse, som enkeltkontrakten tilsiger, hvis denne i sig selv skønnes at give tilstrækkeligt holdepunkt for en

81. Jfr. også antagelsen herom oven for under a.

afgørelse, samt i øvrigt når man har skønnet, at afgørelsen kunne træffes umiddelbart på grundlag af almindelige juridiske synspunkter. Over for U 38/436 står således f. eks. FVK 10/10-72 (krav om erstatning til en arbejder for et ur ødelagt under arbejdet), der fastslår, at »det rigtige forum for afgørelse af erstatningsansvar ved skader på personer og ting, såfremt der ikke findes positive bestemmelser herom i overenskomsten, er de almindelige domstole«. Og sag 545 antager, at en tvist om lovligheden af en bortvisning uden iagttagelse af overenskomstmæssigt varsel ikke mod den ene parts protest kunne kræves behandlet ved faglig voldgift. Resultatet begrundes med, at uenigheden ikke drejede sig om »forståelsen af en foreliggende priskurant med almindelige bestemmelser eller en almindelig mellem organisationerne bestående overenskomst« (jfr. Normens § 5).

Efter det anførte er det næppe så betænkeligt at respektere det fagkyndige organs beslutning om, at sagen hører hjemme hos domstolene, som hvis det omvendte havde været tilfældet. Løsningen i sag 545 forekommer dog ikke rimelig i dag. Når retsfølgerne af bortvisningen beror på den kollektive overenskomst, vil de almindelige domstole kun vanskeligt kunne fastslå og anordne konsekvenserne af retsbrudet. Særligt problematisk bliver det, hvis der er foreskrevet specielle retsfølger - f.eks. for usaglig afskedigelse - som forudsættes påkendt gennem organisationsmæssige organer, se også U 65/933. Hertil kommer i øvrigt, at grænsen for, hvad der er bortvisningsberettigende misligholdelse, i høj grad er afhængigt af fagets kutymer og særlige forhold. Hvis ydermere selve arbejdsaftalens struktur - dens tidsindhold - beror på kollektiv overenskomst, således som det f. eks. er tilfældet på størstedelen af arbejderområdet, bliver det næsten umuligt for de almindelige domstole at tage kvalificeret stilling til stridigheder om delspørgsmål - ferie, opsigelse el. lign. Domstolenes vanskeligheder illustreres i U 61/692, hvor en tjener havde indgået en tidsbegrænset kontrakt fra 1/6 til 1/9-59, men blev bortvist pr. 4/8. Tjenerforbundet henviste her tjeneren til at indbringe sagen for de almindelige domstole, fordi overenskomsten ikke nævnte tidsbegrænsede ansættelser, men kun indeholdt regler om opsigelsesvarsler - i øvrigt med en bodsklausul for overtrædelse af varslingsbestemmelserne fra 175 kr. ved et varsel på 8 dage (som var varslet i »de første to år«) og til 600 kr. på basis af 4 ugers varsel. Retten har i et sådant tilfælde ingen praktiske muligheder for at vide, hvorledes overenskomstens bodsbestemmelser skal anvendes. Den når i øvrigt til det måske lidt søgte resultat, at der skal betales maksimumbod.

Illum⁸² påviser da også ganske korrekt, at de fagretlige organer rent faktisk udstrækker deres kompetence ud over tilfælde, der vedrører overenskomstens udtrykkelige indhold, når denne som sådan, dens forudsætninger, tilblivelsehistorie eller kutymer dog har betydning for sagen - også selv om spørgsmålet nærmest angår enkeltkontrakten⁸³.

B. Konfrontationen mellem de kollektivarbejdsretlige hensyn og enkeltkontraktens ret.

I de tilfælde, hvor lønmodtageren er organiseret og står over for en overenskomstforpligtet virksomhed, må enkeltkontrakten som fremhævet allerede i indledningen til afsnit III undergå visse tilpasninger. Der tænkes her ikke på konsekvenserne for de almindelige løn- og arbejdsvilkår⁸⁴. Afgørende er i nærværende sammenhæng de forpligtelser og rettigheder, kontraktsparterne samtidig har som egentlige parter i kollektivaf-talen.

Disse er mange gange uforenelige med pligterne og rettighederne i henhold til enkeltkontrakten. Og opgaven bliver derved at afklare stillingen i konfrontationszonen, hvor de kollektivarbejdsretlige hensyn spiller ind.

Dette problem kom antydningvis frem allerede oven for under A.2. ved skildringen af mulighederne for at gennemføre individualkontrakten på overenskomstmæssigt grundlag. Men kollisionen markerer sig også tydeligt, når der hjemles særlige kollektivarbejdsretlige frigørelsesgrunde - således typisk ved overenskomstens udløb og i forbindelse med lovlige sympatiaktioner (neden for under 1). Og sidst men ikke mindst dukker spørgsmålet op, når udnyttelsen af enkeltkontraktens frigørelses- og mis-

82. »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 279.

83. Dette er således kommet frem i tilfælde, hvor der har været tvivl om, hvilken priskurant der er truffet aftale om at anvende (Københavns- eller provins-), se f. eks. sag 55, 62, 91, eller strid om, hvorvidt arbejdsaftalen sikrede akkordløn, sag 1146, eller om vederlagets størrelse i det hele når lønmodtageren eller arbejdsgiveren gik ud fra, at overenskomstens aflønning ville blive anvendt (sag 1413 og 2300). Det samme er antaget ved inddragelse af løntillæg ydet uafhængigt af den kollektive overenskomst sag (1397), ved uretmæssig tilbageholdelse af lønbeløb til dækning af krav, der efter almindelige retsregler ikke kunne kræves erstattet (sag 5630) og i relation til stridigheder om leje af fribolig under en konflikt (sag 513). Se også f. eks. sag 5717 (betaling for overnatninger) og 5170 (opsigelse af særordning for varekøb).

84. Herom: Oven for under A.

ligholdelsesregler støder på den såkaldte fredspligt eller på det kollektiv-arbejdsretlige sanktionssystem (neden for under 2).

Det er i sådanne tilfælde nødvendigt ud fra de bag ved liggende hensyn *dels* at foretage en prioritering af de modstående principper for kontraktens forvaltning, *dels* at anordne de nærmere konsekvenser, som er forbundet med, at det ene regelsæt viger.

1. Lovlig kollektiv aktion på tværs af enkeltkontraktens regler.

a. Iagttagelse af individualaftalens tidsvilkår ved arbejdsstandsning.

Adgangen til at indlede arbejdsstandsning i henhold til de overenskomst-mæssige vedtagelser herom vil i vid udstrækning kollidere med forpligtelserne i henhold til enkeltkontrakten. Dette gælder f.s.v. såvel hvad angår den arbejdsstandsning, som kan blive aktuel i forbindelse med overenskomsternes ophør og fornyelse som i relation til de anerkendte undtagelser fra fredspligten. I sidstnævnte henseende opstår problemet således ved lovlige sympatikonflikter, jfr. Hovedaftalens § 2 stk. 1 sidste pkt.⁸⁵, ved arbejdstagernes lovlige nægtelse af at udføre såkaldt strejkearbejde⁸⁶ og i de tilfælde, hvor der overenskomst- eller kutymemæssigt er hjemmel for arbejdsvægring ved betalingsstandsning i videre udstrækning, end det individuelle beskyttelseshensyn tilsiger⁸⁷.

Hvis de forbehold, der betinges af de kollektivarbejdsretlige regler, ikke nødvendiggør kontraktens totale ophør, er de praktiske problemer ganske vist begrænsede. Det vil således være forholdsvis ukompliceret at konstatere, at virksomheden ikke vil kunne gøre misligholdelsesvirkning gældende i anledning af f. eks. arbejdsvægring i relation til delfunktioner, når vægringen er lovlig ud fra den kollektive overenskomst.

Anderledes forholder det sig imidlertid, når de anførte forbehold indebærer et totalt ophør og dermed evt. et brud på kontraktens normale tidsindhold. Dette skyldes, at de individualretlige regler herom ikke altid forudser denne eventualitet. Afklaringen af, i hvilken udstrækning de nødvendige modifikationer alligevel må anerkendes, tjener altså også til at belyse balancen mellem de modstridende hensyn, når arbejdsforholdet er underlagt en kollektiv overenskomst.

85. Hertil nærmere Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 265 ff.

86. Per Jacobsen l.c. p. 293 ff.

87. Således som det typisk kendes inden for bygge- og anlægssektoren. Jfr. herom iøvrigt neden for under 2. 1° b.

I praksis vil opmærksomheden især samle sig om situationen i forbindelse med iværksættelse af lovlig konflikt med henblik på opnåelsen eller fornyelsen af overenskomst med den pågældende arbejdsgiver.

Opretholdelse af pligten til at iagttage individualkontraktens fulde tidsvilkår, f. eks. langvarigt opsigelsesvarsel, inden konflikt kan iværksættes i forbindelse med overenskomstens udløb, ville kunne kompromittere den lovlige arbejdskamps førelse uopretteligt. Dette skyldes dels, at de individualretlige regler oftest ville medføre helt uensartede fratrædelsestidspunkter, dels at de nævnte tidsvilkår er ude af proportioner i forhold til den beslutningsproces, som leder op til en interessekonflikt.

Problemet var tidligt oppe i den arbejdsretlige afgørelsespraksis, hvor man var inde på, at individualkontraktens tidsindhold måtte respekteres⁸⁸. Parallelt hermed blev det i teorien hævdet, at kun individuelle opsigelsesvarsler hjemlet i pågældende overenskomst måtte vige for konfliktvarslerne⁸⁹, medens enkeltmandskontrakter indgået på bestemt tid eller reguleret af lovbestemmelser skulle overholdes efter deres indhold⁹⁰.

Her overfor stod naturligvis det generelt utilfredsstillende i en sådan ordning. Og tungt vejede også vedtagelsen i hovedorganisationernes såkaldte »Septemberforlig«, hovedaftalen hvori parterne anerkendte hinandens ret til at iværksætte arbejdsstandsning efter nærmere angivne retningslinier.

Det afgørende præjudikat kom i U 16/135 (H) og vedrørte pligten til at iagttage en personlig hyrekontrakt. Det hedder i dommen: »Det ligger nær at forstaa den nævnte Bestemmelse (i Septemberforliget) saaledes, at der herefter ikke er yderligere at iagttage, for at Arbejdsstandsning for samtlige under vedkommende Organisation hørende Medlemmer lovligt kan indtræde, navnlig saaledes, at der ikke kræves særlig Opsigelse af de med enkelte Arbejdere afsluttede Specialkontrakter med det i samme vedtagne Varsel. Det kan i denne Sammenhæng yderligere anføres, at vedkommende Arbejdsgiver, resp. Arbejder, gennem de af Organisationen givne Varsler modtager al fornøden Underretning om den forestaaende Arbejds-

88. Se således om kontraktsakkorder U 1891/689 (U 90/1104), U 1900/835, U 1902A/120, U 1902B/221. Se iøvrigt også ØLT 1918/447, hvoraf dog ikke fremgår, hvorvidt arbejdstageren var organiseret og strejken effektueret i h.t. konfliktreglerne i en bestående overenskomst.

89. Sådan positiv regel om, at disse varsler suspenderedes ved konflikt, kunne også fremgå af selve overenskomsten.

90. Svend Engelhardt i U 1915 B/59.

standsning, omfattende alle Medlemmer af den vedkommende Organisation, hvorfor Kravet om speciel Opsigelse fra, resp. til de enkelte med særlig Kontrakt forsynede Arbejdere ikke ses at tjene andet Formaal end at være en Hindring for, at den lovlige etablerede Arbejdsstandsning fra først af faar det Omfang, som indeholdes i selve Begrebet Strejke, resp. Lockout. « Dette resultat blev fulgt op senere - mest markant i den såkaldte Vølund-sag (U 35/507), hvor det på et funktionærområde, der var dækket af Septemberforligets konfliktvarslingsregler, blev fastslået, at disse »og den hele ved Forliget fastlagte Ordning naturligt forstaas saaledes«, at de individuelle opsigelsesvarsler bortfalder ved en lovligt varslet arbejdsstandsning^{91,92}.

Det lå herefter nær for at antage, at et tilsvarende princip måtte være gældende med hensyn til lovmæssige opsigelsesvarsler. Noget sådant blev da også resultatet i sag 535, der i relation til tyendeloven nåede til, at der forelå en afbrydelse, som måtte ligestilles med tyendekontraktens ophør ifølge lovlig opsigelse til konfliktens begyndelse⁹³.

På den anden side var det tidligt ret klart, at uorganiserede arbejdstagere altid måtte overholde de individuelle fratrædelsesregler for ikke at ifalde ansvar⁹⁴, og at det samme måtte gælde, når der ikke i forvejen med arbejdsgiveren var etableret nogen kollektiv overenskomst indeholdende konfliktvarslingsregler⁹⁵.

Stillingen i de tilfælde, hvor Septemberforliget ikke gjaldt, men hvor der nok eksisterede en kollektiv overenskomst, anses derimod at være mere usikker.

Carl Ussing udtalte i slutningen af tyverne⁹⁶, at den individuelle kontrakt måtte opfattes som en fredsforpligtelse på tid gældende indtil behørig

91. Det bemærkes herved, at opsigelsesreglerne for funktionærer før 1938 beroede på »naturalia negotii«, jfr. neden for, afsnit IV.

92. Se hertil også sag 888, hvorefter en kontraktsakkord kunne gøres op i utide ved konfliktens iværksættelse.

93. Tilsvarende U 21/885.

94. Sag 535 og U 32/308.

95. U 21/108 og måske ØLT 18/447 (U 18/897).

96. U 28 B/tillæg p. 11.

opsigelse efter sit indhold. Og et par sager fra Den faste Voldgiftsret nåede i begyndelsen af trediverne til et identisk resultat⁹⁷.

På basis af den ene af disse (sag 1346) antager Illum⁹⁸, at enkeltkontraktens tidsvilkår her må iagttages. Per Jacobsen⁹⁹ anfører derimod blot, at overenskomstmæssige formelle varselsregler som de der kendes i hovedaftalens § 2 stk. 3 og 4 i almindelighed bryder forpligtelsen til at iagttage individuelle opsigelsesregler i henhold til overenskomsten, men at det modsatte gælder, når der ikke er sådanne overenskomstmæssige regler. I sidstnævnte henseende henvises til sag 6168, der udgør en nyere parallel til sag 1346.

Sag 6168 omhandlede imidlertid netop en overenskomst indeholdende en sædvanlig regel om opsigelse til udløb med 3 måneders varsel. Det principielle problem angående uforligeligheden i kollektivarbejdsrettens konfliktregler og de individuelle fratrædelsesklausuler synes således fortsat at stå åbent.

Det kan næppe udelukkes, at opfattelsen af Hovedaftalens afgørende betydning skyldes, at dennes anvendelse på forholdet vil overflødiggøre iagttagelse af den individuelle kontrakt, selv om der ikke i forvejen er indgået en almindelig overenskomst mellem parterne. Det forekommer imidlertid i det hele mindre rimeligt at fastholde pligten til at give individuelt varsel, når der foreligger en sådan overenskomst hvilende på en forudsætning om organisationens ret til at varsle konflikt på medlemmernes vegne¹⁰⁰. Afgørende må således snarest være en overvejelse over overenskomstens indhold, sammenholdt med organisationens formål¹⁰¹.

De sager, som støtter sammenkædningen med Hovedaftalen, er da også

97. Således sag 1346, hvor arbejderorganisationen - som opererede på et tjenestemandslignende område - vel fik anerkendt sin ret til at dekretere strejke, men, da Septemberforliget ikke antoges at være anvendeligt, kun under overholdelse af de individuelle fratrædelsesregler. Ligeledes måske forudsætningsvis sag 1785, hvor parterne ej heller var underkastet nævnte forlig.

98. »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 229.

99. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 362.

100. Hertil præmisserne i SHT 21/262.

101. Spørgsmålet om organisationens kompetence til at afgive opsigelsesvarsler på sine medlemmers vegne er udførligt behandlet i Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 366 ff, Knud Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 228 ff og af Gjerulff i U 73 B/49. Kort skitseret går Gjerulffs opfattelse ud på, at denne kompetence må begrænses af organisationens formål og derfor ikke uden videre kan antages at tilkomme enhver lønmodtagerorganisation. Om organisationernes adgang til at modtage varsler på medlemmernes vegne se endvidere ØLT 21/124 og SHT 21/262.

få, og det resultat teorien har villet udlede heraf ikke argumenteret i de pågældende retstilfælde med sådan tydelighed, at sikre slutninger i den anførte retning lader sig drage. Og hvad specielt sag 6168 angår, synes kendelsen præget af, at der forelå individuelt underskrevne ansættelsesvilkår. Afgørelsen kommer herved på linie med andre, der går i samme retning¹⁰² i tilfælde, hvor enkeltkontrakten har en selvstændig identitet. Men selv ikke dette kan skjule, at løsningen i sag 6168 virker uhensigtsmæssig og iøvrigt er vanskeligt forenelig med den oven for citerede højesteretsafgørelse i U 16/135. Denne synes iøvrigt ikke at være blevet bragt frem af arbejdstagersiden under proceduren¹⁰³.

Et særligt problem opstår i relation til lovregler, der ikke som tyendeloven har deklatorisk karakter.

Funktionærloven af 1938 kom til at indeholde et direkte forbehold (nu § 2 stk. 10) gående ud på, at de individuelle varsler viger for organisationernes varslingsbestemmelser i tilfælde af lovlige arbejdsstandsninger¹⁰⁴. Og positive regler findes også i dagpengelovens § 5 stk. 2, hvorefter dagpeng retten bortfalder under strejke og lockout¹⁰⁵, og i lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring § 23 a stk. 5¹⁰⁶.

Endelig har problemet været rejst i en konkret sag¹⁰⁷ med relation til ferieloven, som ikke indeholder et tilsvarende forbehold. Under storkonflikten i 1973 søgte en tilskadekommen lockoutet arbejder således at indtale et krav på sygeferiepenge hos virksomheden. Men dette blev afvist under henvisning til, at man ikke kan slutte fra den ellers gældende regel

102. Jfr. oven for under A. 1. a. og FVK 25/11 25.

103. Se iøvrigt Nordiske domme i Sjøfartsanliggender 1958/513 og 1959/260 samt NJA 1959/522. Et særligt problem opstår måske, når opsigelsen af overenskomsten ikke ledsages af en tilkendegivelse om, at konflikt vil blive indledt. En sådan opsigelse synes vanskeligt at kunne virke som individuelt opsigelsesvarsel. Dette problem er ikke aktuelt under Hovedaftalens område, jfr. dennes § 7, stk. 2 om nødvendigheden af »frigørelseskonflikt«.

104. Reglen herom begrundes i en henvisning til den hidtidige rets anvendelse, se Folketingsbetænkning af 6/4 1938 over forslag til lov om individuelle arbejdsaftaler.

105. Begrundelsen lå her i en henvisning til det tilsvarende forbehold i retten til at opnå arbejdsløshedsunderstøttelse, se folketingsbetænkning af 26/5 1972 over dagpenge-lovforslaget.

106. Forslagets bemærkninger anfører, at reglerne om kollektive afskedigelser ingen sammenhæng har med de arbejdsretlige regler om lovlig arbejdskonflikt.

107. FVK 21/6 74.

om, at opsigelse fra arbejdsgiver ikke afskærer sådanne ydelser og til det her foreliggende tilfælde¹⁰⁸.

H. G. Carlsen¹⁰⁹ ræsonnerer, at reglen i funktionærlovens § 2 stk. 9 om efterbolig må modificeres ved konflikt på samme måde som de egentlige opsigelsesvarsler ud fra den betragtning, at § 2 stk. 10 udtaler, at »ovennævnte regler« viger. Her ud fra sluttes, at noget andet må gælde i tilfælde, hvor retten til bolig er reguleret ved anden lovgivning end funktionærloven, således navnlig loven om tjenestehuse på landet.

Her vil imidlertid tillige andre hensyn end de rent arbejdsretlige gøre sig gældende. Gennemførelsen af funktionærlovens øvrige regler uden hensyn til situationens særlige art ville generelt medføre umulige og utvivlsomt utilsigtede resultater¹¹⁰. Stillet her over for og endvidere over for den omstændighed, at lovgiver overalt, hvor spørgsmålet er blevet rejst, har accepteret et forbehold, ville en formalistisk retsanvendelse - eller det som Folke Schmidt med et drilsk udtryk har kaldt »ordknækkeri« - næppe være på sin plads. Dette må i hvert fald gælde, hvis nægtelsen af at anerkende et generelt forbehold på friere grundlag forrykker basis for konflikten afgørende i forhold til den ordening, som iøvrigt nyder retsordenens anerkendelse^{111,112}.

Resultatet synes da herefter at måtte blive dette, at individualkontraktens regler utvivlsomt må iagttages imellem parter, der i forvejen er uforpligtede af kollektive overenskomster, såvel som i reglen også hvad angår lønmodtagere uden tilknytning til den fagorganisation, der indvikles i en overenskomstmæssig konflikt. Her uden for må noget andet imidlertid e. o. antages at gælde, når der er overenskomstmæssige konfliktvarslingsregler at falde tilbage på. Helt afgørende er dog disse reglers indhold såvel som organisationens kompetence. I almindelighed må den part, som går ind i et

108. Resultatet blev yderligere understøttet med en henvisning til princippet i dagpengelovens § 5 stk. 2 og til at arbejderen ellers var blevet stillet bedre end sine kolleger.

109. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 254.

110. Således f. eks. at funktionæren, der stod over for at skulle i lovlig konflikt, kunne søge nyt arbejde på virksomhedens regning efter funktionærlovens § 16. Og ligeledes at han skulle have fratrædelsesgodtgørelse i henhold til samme lovs § 2 b!

111. Jfr. også Ussing (»Enkelte Kontrakter« p. 375), der antager, at princippet i funktionærlovens § 2 stk. 10 vist nok må anvendes også i andre tilfælde.

112. Det kan dog vel næppe udelukkes, at visse lovregler, således f. eks. om lærekontraktens videreførelse, er resistente over for de modstående kollektivarbejdsretlige hensyn (således Hueck-Nipperdey, »Grundriss des Arbeitsrechts« 1965, p. 277: »Das würde dem Wesen des Lehrverhältnisses widersprechen«).

overenskomstforhold således være forberedt på de heraf flydende indskrænkninger i de individuelle rettigheder med henblik på iværksættelse af lovlig konflikt. Dette må efter omstændighederne også antages i relation til ansættelseslovgivningens regler.

Det anførte leder nødvendigvis over i overvejelser over stillingen i relation til de lønmodtagere, som vel ikke er direkte omfattet af konflikten, men for hvis arbejde denne dog har en vis betydning.

Sådanne arbejdstagere vil utvivlsomt næppe have adgang til at frasige sig kontrakten i kraft af konfliktens ikrafttræden. Fagforeningsmedlemmer må her i vid udstrækning være henvist til at udnytte de normale muligheder for iværksættelse af lovlig konflikt. Og uorganiserede kan ikke med rimelighed henvise til frygten for at stå tilbage med det konfliktramte arbejde, da de jo kunne have undgået problemet ved at indmelde sig i organisationen.

I almindelighed synes også arbejdsgiveren at måtte være afskåret fra at frigøre sig i utide¹¹³.

Sag 5489 er imidlertid blevet taget til indtægt for, at en lovlig strejke e.o. kan udgøre »force majeure« på en sådan måde, at arbejdsgiveren ikke vil være forpligtet til at iagttage enkeltkontraktens tidsindhold¹¹⁴. Og Kristen Andersen¹¹⁵ vil heller ikke udelukke, at en lovlig strejke kan medføre udvidet opsigelsesadgang i relation til ikke-konfliktberørte medarbejdere. Denne forfatter henviser således til, at det kan være alt andet end let at danne sig nogen forsvarligt begrundet mening om, hvorvidt den lovlige strejke virkelig vil blive aktuel, selv efter at de nødvendige opsigelser er foretaget, samt til at parternes interesser oftest vil være bedst tjent med, at man affinder sig med at anse den lovlige strejke som force majeure. På den anden side vil Kristen Andersen ikke se helt bort fra, at situationen på forhandlings- og mæglingsfronten kan blive således afklaret, at den kommende strejke ikke længere er uforudselig på en måde, der gør, at den bevarer sit force majeure præg.

Tankegangen kunne virke besnærende. Ingen af parterne vil i almindelighed være tjent med, at arbejdsgiveren måske tvinges til at foretage individualopsigelser på et tidligt tidspunkt, og evt. endog før de overenskomstmæssige strejkevarsler er afgivet. Iværksættelsen af sådanne opsi-

113. Således Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 593.

114. Allan Rise & Jens Degerbøl »Grundregler i dansk Arbejdsret«, 7. udg. p. 43.

115. »Fra Arbejdslivets Rett« p. 249.

gelses kunne skabe en unødvendig usikkerhed omkring ansættelsesforholdene, hvorved man jo også skal huske, at det kun er undtagelsesvis opnåelsen af ny overenskomst kræver arbejdskamp. Ligeledes ville de på en uheldig måde kunne præjudicere udviklingen, f. eks. ved at efterlade det indtryk, at arbejdsgiveren er orienteret til fordel for en styrkeprøve, og ved at animere især uorganiserede til at søge nyt arbejde. Herved bringes situationen let ind på et plan, hvor den ikke hører hjemme.

De uheldige konsekvenser af en retstilstand, der forpligtede arbejdsgiveren til at overholde de individuelle varsler, blev rent faktisk fremhævet fra arbejdsgiverside i den omtalte sag 5489. Men retten forkastede argumentet og lagde vægt på, at den i sagen omhandlede strejke var lovligt varslet, at den klart ville medføre, at der ikke var arbejde til de tilbageblevne, og at der var tilstrækkelig tid til at overholde det personlige opsigelsesvarsel.

Nu skal man vel imidlertid være forsigtig med at drage for vidtgående slutninger af det, der kan kaldes »allerede fordi«-afgørelser, til hvilken gruppe sag 5489 i nogen grad synes at henhøre. Af denne vil således næppe heller med sikkerhed kunne udledes, at den lovlige konflikt virker frigørende i relation til udenforstående arbejdstagere, såfremt der ikke er tid til at overholde de individuelle varsler, men derimod kun at der in concreto havde været anledning til at iagttage disse.

Hertil kommer de forhold, som i almindelighed vil tale imod at tillade frigørelsen ud fra den begrundelse, som ligger i den lovlige konflikts iværksættelse. Især synes en sådan ordning i relation til organiserede, ikke konfliktberørte medarbejdere at kollidere med reglerne for iværksættelse af lockout. Retsordenen bør næppe uden sikkert holdepunkt give arbejdsgiveren et middel i hænde, som går videre end, hvad der forudses af reglerne for den lovlige arbejdskamp. Og hvad frigørelsesmulighederne over for uorganiserede angår, ville det selv uden for den ufravigelige lovgivnings område være naturligt at kræve særligt holdepunkt for den nævnte »force majeure« regel i kontrakten, da den uorganiserede i kraft af sin status jo netop i almindelighed vil påregne at stå uden for de almindelige arbejdskampe.

Området for en beføjelse som den af Kristen Andersen forfægtede synes altså - i alt fald herhjemme - at måtte blive ret snævert.

b. Arbejdsstandsningens individualretlige virkning iøvrigt.

Den lovlige arbejdskonflikts specielle formål rejser et spørgsmål om de

individualretlige virkninger iøvrigt af de dispositioner, som foretages med henblik på standsningens iværksættelse og særligt om karakteren af det ophør, der evt. bliver tale om.

I sidstnævnte henseende kan retstilstanden – sådan som i Sverige¹¹⁶ – være den, at arbejdsforholdet alene betragtes som suspenderet. Men man kan også, som det normalt antages herhjemme¹¹⁷, tænke sig, at der principielt finder en total afbrydelse sted.

Per Jacobsen¹¹⁸ har sat spørgsmålstegn ved det rimelige i dansk rets udgangspunkt. Når parterne ved konflikten indledning ikke ønsker en egentlig afbrydelse, hævder denne forfatter, er det således mindre rimeligt, om virksomheden skulle kunne benytte lejligheden til at skille sig af med uønskede arbejdstagere, og i det hele at et legalt kampmiddel skulle kunne føre til anciennitetsfortabelse.

For at få mening må spørgsmålet om konfliktskridtenes individualretlige konsekvenser imidlertid sættes i relation til konkrete problemstillinger.

Opmærksomheden synes her rent praktisk at samle sig om 3 spørgsmål. Det drejer sig *dels* om adgangen til at tilegne sig et konfliktvarsel, således at fratrædelserne kan effektueres, selv om aktionen afblæses, *dels* om opgørelsen og afviklingen af parternes mellemværende, og *endelig* om retstillingen efter konflikten afslutning med henblik på arbejdets genoptagelse.

Såfremt den afbrydelse af arbejdsforholdet, som tilsigtes med konflikten, var reel, ville det være rimeligt at gå ud fra, at modparten havde adgang til at tilegne sig konfliktvarslerne som personlige opsigelser og altså effektuere fratrædelserne, selv om konflikten ikke når at træde i kraft.

Her kommer imidlertid modstriden mellem de individualretlige og kollektivarbejdsretlige hensyn tydeligt til udtryk. Målet med konfliktvarslet er jo nemlig normalt at få arbejdet videreført omend på nye vilkår. Dette ønske vil i vid udstrækning være til stede, endog selv om konflikten effektueres. For så vidt er det personlige »opsigelsesvarsel«, der rummes i konfliktvarslet useriøst. Denne situation er blot vanskelig at absorbere i individualretlig sammenhæng, hvor der nærmest må siges at foreligge en slags betinget opsigelse. Men det kan ikke afvises, at betingede opsigelser e.o. kan tilegnes.

116. Hertil især Folke Schmidt »Tjänsteavtalet« 1. udg. p. 106 f.

117. H. G. Carlsen, »Dansk Funktionærret« p. 254, Knud Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 230, og Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 363.

118. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 364.

H. G. Carlsen¹¹⁹ vil tilsyneladende ikke udelukke, at konfliktvarslet kan tilegnes, hvis arbejdsnedlæggelsen retter sig på en uorganiseret arbejdsgiver og muligt ej heller i andre tilfælde, hvor navnlig en mindre arbejdsgiver har indrettet sig i tillid til den opsigelse, strejkevarslet indebærer, og f. eks. har ansat andet personale til tiltrædelse på strejkens begyndelsestidspunkt. Carlsen mener heller ikke, at det ville være acceptabelt, om en lock-out-ramt funktionær skulle være ganske afskåret fra at tage anden ansættelse eller slutte aftale herom, medens lock-out varslet løber.

Afgørende er naturligvis i høj grad indholdet af de udtrykkelige aftaler mellem parterne, som fører til, at konfliktvarslerne trækkes tilbage. Når man imidlertid bortset herfra skal opstille en almindelig formodningsregel angående situationens individualretlige perspektiver, er det vanskeligt at acceptere en ordening som den af Carlsen forfægtede. Denne baseres jo nemlig udelukkende på konkret rimelighed uden nærmere holdepunkter i de momenter, der giver konfliktvarslet dets særlige karakter.

Det må således først og fremmest være naturligt at se på, hvorvidt dette effektueres i henhold til kollektivarbejdsretten, fordi arbejdsforholdet er omfattet af en overenskomst og lønmodtageren organiseret, eller om parterne tværtimod er henvist til at respektere individualrettens opsigelsesregler ved konfliktens iværksættelse, fordi det modsatte er tilfældet.

Er der i forvejen ingen overenskomst, lader en konflikt sig kun gennemføre under overholdelse af de individuelle kontraktens tidsindhold, jfr. oven for. Udgangspunktet vil herefter være, at opsigelserne kan tilegnes, så vidt som de jo må være reelle for overhovedet at kunne få den tilsigtede virkning. Dette må i almindelighed skabe en stærk opfordring for den, som varslede konflikten, til at betrygge videreførelsesmulighederne i fredsvilkårene, uanset de afgivne varsler om ophør. Dog vil det måske ofte med rimelighed kunne forventes, at disse muligheder står åbne for samtlige arbejdstagere, når overenskomst opnås, således at arbejdsgiveren ikke ganske diskretionært kan holde enkelte udenfor.

Er der derimod tale om organiserede medarbejdere hos en overenskomstdækket arbejdsgiver, synes begge parter at måtte være indstillet på at acceptere de forbehold i »opsigelsesvarslet«, som følger af dets særlige sigte inden for rammerne af det kollektivarbejdsretlige system. Hvad der taler for denne løsning er ydermere den omstændighed, at parterne

119. »Dansk Funktionærret« 2. udg. p. 254.

normalt hver for sig dels har udsigt til understøttelse fra etablerede konfliktfunds, dels har indflydelse på og indsigt i situationens udvikling. Gennemsnitligt er der altså i disse tilfælde heller ikke det samme behov for en ordning, hvorefter varslet kan tilegnes^{120,121}.

Tillægger man konflikten totalt afbrydende virkning i relation til enkeltkontrakten, burde almindelige regler tilsige, at der må ske en afvikling og opgørelse af tilgodehavende løn, feriepenge, søgnehellidagsbetaling m.v.

Lønoppørelsen og skattekortets udlevering er vel i almindelighed ukompliceret¹²², hvorimod der i henseende til de hertil knyttede sociale ydelser kan opstå visse vanskeligheder. Det er således indlysende uhenigtsmæssigt at opgøre disse i henhold til fratrædelsesreglerne, hvis konfliktens overordnede mål, nemlig arbejdets genoptagelse, realiseres. For funktionærer, der på denne måde er blevet afregnet med feriegodtgørelse, ville der f. eks. skulle finde en tilbageføring sted, hvis der efter arbejdets genoptagelse skal holdes ferie med løn. Parterne er altså ikke uden videre tjent med en ordning, hvorefter der består en pligt til opgørelse. Denne synes således at forudsætte, at fratrædelsen har fået definitiv karakter, eller at lønmodtagernes anerkendelsesværdige interesser dog tilsiger en sådan løsning.

Det kan være vanskeligt at afgøre, hvornår dette er tilfældet, ikke mindst hvis man bygger på sætningen om de sociale ydelsers neutralitet i en konfliktsituation. Afviklingen af disse må jo nemlig i så fald tillige bero på den indflydelse, udbetalingen kan få på arbejdskampens førelse.

I overensstemmelse hermed antages det f. eks.¹²³, at strejkende lønmodtagere ikke uden videre kan betragtes som således ledige, at arbejdsløshedskasserne eller social- og sundhedsforvaltningen kan attestere feriebeviser til udbetaling. Dette må være korrekt. Accepterer man, at arbejdstageren kan indlede konflikten med at holde ferie, ville han jo derved selv til en vis grad ikke blot blive rådig over feriens tidspunkt, men kunne også benytte denne rådighedsret som kampmiddel imod arbejdsgiveren. Dog må resultatet rimeligvis blive anderledes, hvis konflikten bliver langvarig og/eller grænser op til de tidsterminer, inden for hvilke ferien

120. Resultatet stemmer iøvrigt med afgørelsen i U 21/349.

121. Så vidt er den opsigelse, som finder sted, altså speciel, se også U 20/77: En arbejder, der ikke blev genantaget efter konflikten, måtte i relation til en alderdomskasseydelse anses for lovligt fratrådt. Om tjenesteboliger: U 20/607 og sag 513 samt 559.

122. Jfr. således sag 888.

123. Lise Kofod, »Ferieloven«, 5. udgave p. 159.

pligtmæssigt skal holdes. Tvinger man i så fald arbejdstagerne til at trække på strejkekassen, begunstiger man jo nemlig i virkeligheden virksomheden, som under alle omstændigheder måtte være forberedt på, at ferien skulle placeres inden da. Og alternativet: ydelse af feriegodtgørelse uden afholdelse af ferie¹²⁴, ville nok ligge ganske uden for ferielovens intentioner.

Det afgørende spørgsmål refererer imidlertid til den eventuelle genantagelses- og genindtrædelsespligt efter konfliktenes ophør.

I almindelighed underbygges sætningen om arbejdskampens totalt afbrydende virkning med den manglende eksistens af en sådan pligt. Denne, såvel som virkningerne af standsningen iøvrigt på det enkelte tjenesteforhold efter arbejdets genoptagelse, må således efter herskende opfattelse have særligt holdpunkt f. eks. i forudsætningerne for den overenskomst, der afslutter arbejdsstandsningen^{125, 126}.

De fagretlige afgørelser synes ganske rigtigt at bygge på et sådant system¹²⁷, der da også er bedst stemmende med retsgrunden bag reglerne. Varslingen af konflikten er i sin natur en tilkendegivelse om, at parterne skal skilles. Det følger også deraf, at eventuelle forbehold heri, især m.h.t. vilkårene for en evt. tilbagevenden, må afhænge af, hvad man efterfølgende kan blive enig om.

Dette udgangspunkt bliver dog let teoretisk. Ikke blot vil de forlig, som afslutter konflikterne, ofte direkte hjemle et krav på og pligt til genindtræden i videst muligt omfang¹²⁸, men i almindelighed vil denne ordning være

124. Jfr. princippet i arbejdsministeriets bekendtgørelse nr. 478 af 1/11 1971 § 18.

125. Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 230 f, Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 363 f.

126. Illum nævner i »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 230, note 10, at en egentlig undtagelse fra reglen om, at arbejdsstandsning virker afbrydende, findes, hvor en akkord ikke kan fordres opgjort i anledning af samme. Disse tilfælde kan imidlertid i almindelighed næppe sammenlignes med det her foreliggende problem, eftersom de oftest drejer sig om egentlige fordringshavermorassituationer fra arbejdsgiverside, eller tilfælde, hvor arbejdet hindres, uden at risikoen herfor påhviler virksomheden.

127. Jfr. sag 535: Genansættelsespligten afhænger alene af fredsvilkårene.

128. Til illustration af et sådant forlig: Mæglingsforslaget af 28/3 1973, afsnit D, pkt. g, hvori det hedder:

»I tilfælde af mæglingsforslagets vedtagelse tages samtlige udstedte varsler om arbejdsstandsninger tilbage, og arbejdet genoptages på de samme arbejdspladser, hvor arbejderne var beskæftiget ved konfliktenes iværksættelse.

Arbejdet genoptages ved normal arbejdstid dagen efter, at meddelelse om vedtagelsen foreligger, dog under forudsætning af, at virksomhederne er i stand til at modtage arbejderne, og i det omfang hvori dette er muligt.

Fortrædigelser i anledning af konflikten må ikke finde sted«.

en så klar forudsætning, at den formodningsvis må kunne indlægges i fredsftalen¹²⁹. Denne formodning virker så indlysende, at det endog er antaget, at arbejdstageren kan hævde et individuelt krav på genansættelse, VLT 52/241.

Det nærmere materielle indhold af omtalte formodningsregel behøver dog ikke være helt indiskutabelt. Men medmindre standsningen har været ekstraordinært langvarig, synes forudsætningen for arbejdsgivernes vedkommende naturligt at gå på, at lønmodtagerne i bred almindelighed vil vende tilbage til arbejdet. Her overfor vil fagorganisationen regne med, at der udfoldes alle rimelige bestræbelser på at få genetableret medlemmerne i deres oprindelige stillinger i takt med, at arbejdskraftbehovet tilsiger det¹³⁰ og uden tab af anciennitet m.v.¹³¹.

Den opstillede formodningsregel synes således også at måtte have gyl-dighed med henblik på bevarelsen af anciennitetsoptjente goder¹³².

Efter administrativ praksis afbryder lovlige konflikter da heller ikke anciennitetserhvervelsen efter ferielovens § 13¹³³. Og afgørelsen i U 76/727 fastslår i tilknytning til mæglingforslaget, der afsluttede storkonflikten i 1973, at arbejdstagerens ansættelse » - i relation til dagpengelovens bestemmelser - reelt alene har været suspenderet«.

129. Hertil sag 1917. Se iøvrigt sag 812: om at der formodningsvis heller ikke kan finde påtale sted angående »rivninger« m.v., som står i forbindelse med den afsluttede konflikt.

130. Til illustration: Sag 600.

131. Det anførte efterlader naturligvis visse afgrænsningsproblemer. Sag 535 forudsætter f. eks., at virksomheden kan undslå sig, hvis der er antaget anden arbejdskraft, og ligeledes at genantagelsespligten ikke udstrakte sig til uorganiserede, der retsstridigt havde forladt deres stillinger ved konfliktens påbegyndelse.

Der vil ligeledes kunne opstå vanskeligheder med henblik på sådanne lønmodtagere, som er syge på tidspunktet for konfliktens ophør. Fortrædigheds-klausulen i forliget, der afsluttede storkonflikten i 1973, fandtes således i en voldgiftskendelse af 21/11 1973 ikke at indebære nogen pligt for en arbejdsgiver til at genantage en arbejder, når denne ikke melder sig til arbejde i umiddelbar forbindelse med arbejdsstandsningens ophør. Afgørelsen fastslår tillige, at det i denne forbindelse er uden betydning, hvad årsagen til udeblivelsen har været. Hvis denne afgørelse skal tages som udtryk for, at arbejdstagere, der på grund af sygdom forhindres i at møde den første dag efter konflikten, generelt forliser deres genansættelsesret, må der siges at være tale om et noget hårt trukket standpunkt. Man kan da heller ikke se bort fra, at den meget konkrete omstændighed, at den pågældende arbejder først mødte op 2 måneder efter arbejdets genoptagelse, kan have påvirket udfaldet. At der i almindelighed næppe vil være sympati for en for restriktiv regel synes også at fremgå af U 76/727.

132. Jfr. herved sag 592.

133. Lise Kofod, »Ferieloven«, 5. udg. p. 139.

Man kunne hævde, at dette resultat bygger på en fiktion, så vidt som det underliggende arbejdsforhold jo rent faktisk var afbrudt uden vished for nogen tilbagevenden. På den anden side taler meget for løsningens rigtighed. Behovet for at lade lovreglerne vige er jo kun afgørende med henblik på konflikten iværksættelse, jfr. oven for under a. Derimod er der ikke stærke grunde for at bryde ind i det lovfæstede system, når det pågældende arbejdsforhold rent faktisk reetableres umiddelbart i forlængelse af arbejdsstandsningen.

En ordning, hvorefter der levnes overenskomstparterne mulighed for at gøre den lovbetingede anciennitet til forhandlingsstof ved overenskomstfornyelsen, synes endelig også at kollidere med det almindelige ufravigelighedsprincip.

Diskussionen om konflikten afbrydende eller blot suspenderende virkning synes således ikke at kunne munde ud i noget entydigt svar. I henhold til det refererede bliver der jo nemlig ikke tale om et alt eller intet, men det er tværtimod nødvendigt at anskue situationen ud fra modsatte synsvinkler, alt efter hvor i tidsforløbet man befinder sig. Lige så lidt som det lader sig gøre at administrere ansættelserne i lyset af suspensionsreglerne, når konflikten lige er trådt i kraft, lige så lidt lader det sig således i almindelighed gøre at betragte kontrakterne som totalt afbrudt, efter at arbejdsforholdene faktisk er reetableret ved konflikten afslutning.

Men iøvrigt kunne det hævdes, at antagelsen af en generel sætning om, at arbejdsforholdet alene er suspenderet, vil kollidere med den rådighedsret, der i alle andre henseender tilkommer overenskomstparterne med henblik på vilkårene i det fremtidige samarbejde. Når disse principielt har adgang til at afbryde arbejdsforholdene totalt, må de så meget desto mere kunne begrænse konflikten alene suspensive virkning på de enkelte arbejdskontrakter i alle andre henseender end dem, som beror på ufravigelige lovregler.

2. »Fredspligten« ctr. dispositionsretten i henhold til enkeltkontrakten – fagretlig sanktion eller privat misligholdelse.

Det turde være en selvfølge, at når først et overenskomstresultat er opnået gennem organiseret fællesoptræden, må den herigennem etablerede ordning ikke forrykkes ved brug af lignende kampmidler¹³⁴.

¹³⁴ Knut E. Henriksen i »Tariffavtale og Fredspligt«, p. 133.

I fremmed ret har denne sætning jævnligt fundet udtryk i lovgivningen. Herhjemme derimod udledes den alene af overenskomsterne. Hovedaftalens § 2 stk. 1 fastslår således direkte, at der, når overenskomst er indgået, ikke må etableres arbejdsstandsning medmindre der er hjemmel herfor i overenskomsten eller i Norm for Behandling af faglig Strid. For så vidt angår muligheden for sympatikonflikt henvises dog til hidtidige aftaler og retspraksis. Fredspligten er også forudsat i Normen.

Sigtet med indgåelse af en almindelig kollektiv overenskomst er jo imidlertid formodningsvis i sig selv at etablere arbejdsfred i overenskomstperioden under de aftalte vilkår. I dette lys kræver pligten i den anførte udformning næppe særlig hjemmel. Hj. V. Elmquist¹³⁵ vil da også opfatte den som et »naturale negotii«¹³⁶. Og dens eksistens synes således højst at kunne være tvivlsom i relation til de generelle aftaler, specielt på funktionærområdet, der måske ikke har nået det trin på udviklingsstigen fra løse samarbejdsaftaler og til egentlige overenskomster, som ligger til grund for den anførte forudsætning. Dette vil navnlig være aktuelt, hvor alternativet til aftalens indgåelse ikke er arbejdskamp men derimod fortsat individuel vilkårsfastsættelse inden for lovgivningens rammer¹³⁷.

Fredspligten fremstår altså som produktet af den aftale, der er indgået. Men den fremstår også som produktet af den omstændighed, at arbejdsstandsningen ikke heller vil være noget egnet middel imod modpartens eventuelle krænkelse af denne aftale. Som det siges i beretningen fra Fællesudvalget af 1908 angående Arbejdsstridigheder (det såkaldte Augustudvalg)¹³⁸: Arbejdsstandsningen egner sig ikke som retsmiddel mod overtrædelser af overenskomster; »dertil er det for dyrt og besværligt et Mittel, for ødelæggende ikke blot for Parterne, men ogsaa for det øvrige Samfund, og for usikkert i sine Virkninger; thi det er jo ikke den, som har Ret, men den, som er den stærkeste, der sejrer i den økonomiske Krig.«

135. »Den kollektive Arbejdsoverenskomst«, p. 129.

136. Jfr. også Illum »Den kollektive arbejdsret«, 3. udg. p. 244, og Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 255.

137. Problemet var oppe i sag 7862, der drejede sig om et antal funktionærers opsigelse i anledning af utilfredshed med resultatløse lønforhandlinger. Arbejdstagersiden begrundede her skridtets retmæssighed med den underliggende overenskomsts vage og almindeligt holdte karakter. Men retten fastslår klart, at det følger af overenskomsten, at parterne er afskåret fra at iværksætte kollektive skridt for at opnå ændring af de i henhold hertil aftalte lønninger. Sml. sag 7464.

138. P. 3.

Til retlig løsning gennem de fagretlige behandlingsveje henviser udvalget imidlertid dernæst også sådanne stridigheder, der væsentligst bunder i en uenighed mellem den enkelte arbejder og arbejdsgiver om den individuelle arbejdskontrakt¹³⁹, altså i vid udstrækning spørgsmål som ellers behandles af domstolene.

Hermed er måske antydnet noget væsentligt om fredspligtens udstrækning. Kamphandlinger er principielt forbudt - også som reaktion på fredsbrud fra modparten. Og det vil her i sagens natur ikke spille nogen rolle, om de ikklædes det skær af legitimitet, som måtte ligge i, at de iværksættes som individuelle dispositioner. Men man synes i det hele at søge frem til en ordening, hvorefter retlige stridigheder i bred almindelighed skal finde en retlig løsning ad de organisationsmæssige veje herfor - d. v. s. uden indgreb i den ved overenskomstens indgåelse skabte arbejdsfred.

Dette har vel også mange gode grunde for sig. Ikke blot er et system, der udløser alle retlige stridigheder i fagretlig påtale - som af »Augustudvalget« fremhævet - naturligt i kraft af det »forsorgsforhold«, organisationen har påtaget sig. Men levnes der i det hele for mange alternative muligheder til det gennem overenskomsten skabte rets- og fredssystem, risikerer man også nemt at forlise sidstnævntes generelle virkning.

Alt i alt lægges der altså nogle ikke uvæsentlige bånd på handlefriheden i enkeltkontrakten. Den almindelige adgang til at frigøre sig fra samme under iagttagelse af de heri gældende tidsvilkår såvel som de individuelle misligholdelsesbeføjelser indsnævres således kendeligt. Og det samme gælder den dispositionsfrihed, som isoleret set måtte følge af arbejdsaftalen.

Eftersom fredspligten hviler på friere overvejelser over den bestående overenskomst, vil grænserne for det tilladelige kunne variere, alt efter hvilket fagområde og hvilken konkret situation der er tale om. Men frem for alt vil de forudsætninger, som parterne knytter til overenskomsten i almindelighed være forskellige. Hvor opnåelsen af de overenskomstmæssige vilkår er det primære set fra arbejdstagerside, stiller sikringen af arbejdsroen sig i centrum for virksomhedens vedkommende. Arbejdsgiveren vil således naturligt gå ud fra, at arbejdstagerne i vid udstrækning afholder sig fra i fællesskab at handle på en måde, som forstyrrer arbejdets

139. Hvorunder nævnes løn, afskedigelses berettigelse og erstatning for skade på redskaber.

gang. Og i konsekvens heraf bliver som udgangspunkt også arbejdsnælgelser uden kamphensigt – f. eks. politiske demonstrationsstrejker og standsninger med det ene formål at opnå en fridag – overenskomststridige. En tilsvarende garanti imod kollektive afskedigelser kan lønmodtagerne på deres side normalt ikke forvente, idet arbejdsgiveren i denne henseende er underkastet det, man kan kalde den driftsmæssige nødvendighed.

Iøvrigt fortøner fredspligten sig gradvis ud og glider over i de andre bånd, parterne i overenskomstforholdet må anses at have påtaget sig i kraft af samme. Overenskomsten bygger således på en gensidig anerkendelse, der f. eks. vil hindre arbejdsgiveren i at foretage afskedigelser af arbejdstagere med begrundelse i, at disse hævder deres lovlige rettigheder, og ligeledes i at disponere på en måde, som er rettet imod den modstående organisation eller overenskomsten som sådan.

Det ligger imidlertid i det anførte, at det ved den nærmere kortlægning af dispositionsretten i henhold til enkeltkontrakten er nødvendigt at skelne imellem henholdsvis lønmodtagerens og arbejdsgiverens muligheder.

1° Lønmodtagerrettigheder i konflikt med kollektivarbejdsrettens regler.

Individualretligt set har lønmodtageren fri adgang til at fratræde under overholdelse af kontraktens tidsvilkår. Tilsvarende vil han ved arbejdsgiverens misligholdelse e.o. kunne vægre sig ved at udføre arbejdet, hæve kontrakten og evt. kræve erstatning.

Disse beføjelser begrænses af arbejdsgiverens overenskomstforudsætning gående ud på, at arbejdstagerne ikke ved samlet optræden vil hindre driftens uforstyrrede gang, og at retlige stridigheder skal finde en retlig afgørelse uden afbrydelse af arbejdet. Endvidere kompromitteres lønmodtagerens individuelle beføjelse til at kræve erstatning derved, at kompensationen for sådanne kontraktskrænkelser, som tillige udgør overenskomstbrud, i vid udstrækning må kanaliseres gennem det fagretlige system, herunder med de begrænsninger der følger af bordsreglerne.

Forskellige momenter vil være afgørende for, hvorvidt de individualretlige muligheder kan udnyttes på tværs af de nævnte kollektivarbejdsretlige begrænsninger.

Hensynene bag beskæringen af beføjelsen til selvstændigt at kræve individualerstatning er allerede refereret oven for under A.2. Men i henseende til tilsidesættelser af overenskomsten, som e.o. vil kunne ligge i en

opsigelse, ophævelse eller arbejdsvægning, vil man bl.a. se på trangen til beskyttelse af lønmodtageren i den konkrete situation og evt. tillige på, om der foreligger individuel udnyttelse af en ret, som må anses for reserveret uanset den generelle fredspligt.

Analysen af problemstillingen er imidlertid ikke ganske ukompliceret. Således behøver overvejelserne ikke være ensartede for de forskellige typer af ansættelsesforhold. F. eks. er der på funktionærområdet nok en anden tradition for individuel reaktion - i hvert fald i relation til sådanne spørgsmål, som ikke utvivlsomt er løst ved overenskomsten - end det kendes på arbejderområdet. Og fleksibiliteten i reglerne for sanktion af fredspligtkrænkelser (muligheden for nedsættelse af lønnen efter arbejdsretslovens § 12 stk. 2) slører undertiden afgørelsespraksis på en måde, som nedsætter dens værdi som måleredskab for aflæsning af fredspligtens principielle grænser. Endelig bør man ikke overse, at selve den omstændighed, at arbejdsforholdet er underkastet kollektiv overenskomst, kan påvirke de individualretlige relationer ud over, hvad de refererede kollektivarbejdsretlige hensyn betinger. De individuelle misligholdelsesbeføjelser er således i almindelighed udformet bl.a. i lyset af, hvilke oprejsningsmuligheder der er praktiske, når parterne står alene over for hinanden. Og denne vurdering ville under alle omstændigheder let falde anderledes ud, når der åbnes overenskomstmæssige alternative veje til en løsning.

Det er herefter nødvendigt at tage de enkelte beføjelser op hver for sig, lige som man f.s.v. angår misligholdelsestilfældene må skelne efter den underliggende situations art.

a. Fratræden under iagttagelse af kontraktens tidsindhold.

Arbejdstageren har en principiel ret til - også på overenskomstdækkede områder - at fratræde under overholdelse af de tidsvilkår, som gælder for hans kontrakt. Overenskomsten er intet stavnsbånd, og arbejdsgiveren må være forberedt på opsigelser, som finder sted af sædvanlige individuelle grunde.

Her overfor står imidlertid, at lønmodtageren er delagtig i tilsagnet om ikke kollektivt at øve pres i overenskomstens løbetid. Og fastholdelsen af den principielle frihed til at sige op vil let kollidere med den omstændighed, at de lovligt begrundede opsigelser kan være egnede til at virke som ulovligt tryk. Problemet bliver således at klarlægge, hvornår de individuelle opsigelser får den ulovlige strejkes karakter.

Strejken er begrebsmæssigt traditionelt blevet knyttet til den vægring, som finder sted i fælles forståelse mellem arbejderne og med et fælles formål for øje¹⁴⁰. Denne udformning synes herhjemme i det væsentlige at stamme fra Hj. V. Elmquists afhandling »Den kollektive Arbejdsoverenskomst«.¹⁴¹ Undersøgelsen var imidlertid her - såvel som i de senere kollektivarbejdsretlige fremstillinger - toleddet, idet man efter at have afklaret, hvorvidt der foreligger en strejke, går over til at undersøge, om denne må anses for ulovlig i relation til nærmere opregnede formål.¹⁴²

Denne metode bliver problematisk på et område, hvor vanskeligheden netop ligger i handlingernes (individuelt set) lovlige formål. Her vil den jo nemlig let føre til den antagelse, at opsigelserne er retsstridige, hvis de finder sted i indbyrdes forståelse mellem arbejdstagerne. Indforståelsen alene bliver med andre ord udslagsgivende¹⁴³. Men det virker ikke generelt rimeligt på én gang at anerkende fratrædelsesgrunden og samtidig illegitimere dens udnyttelse i fællesskab¹⁴⁴. Her overfor kunne det ganske vist indvendes, at man ved blot i nogen grad at anerkende lovligheden af en fælles forståelse giver arbejdstagerne et våben i hænde, når arbejdsmarkedssituationen er en sådan, at det er let at finde nye jobs¹⁴⁵. Men på den anden side sikrer overenskomsten jo i almindelighed ikke arbejdsgiveren mod konsekvenserne af generel mangel på arbejdskraft. Og iøvrigt behøver man ikke legitimere ethvert fællesskab i handling. En indforståelse mellem de opsigende, som går ud over det fællesskab, der begrundes i parallelle overvejelser ud fra et ensartet erfaringsgrundlag, vil således kunne være et indicium for, at der ligger et overenskomststridigt formål bag dispositionerne.

Det er imidlertid i det hele næppe heldigt at binde problemløsningen op

140. Hertil generelt Knud Illum »Den kollektive arbejdsret«, 3. udg. p. 218 ff. og Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 334 ff. Således stilles ej heller noget krav m.h.t. opsigelsernes antal eller samtidighed i samme.

141. P. 132.

142. Fremtvingelse af ændringer i overenskomsten, fortolkning af samme, som retorsion m.v.

143. Således muligvis Illum »Den kollektive arbejdsret«, 3. udg. p. 218.

144. I Norge har man da også vendt sig imod en sådan opfattelse, jfr. Kristen Andersen »Arbejdsretten og organisasjonene« p. 215 f. og den norske arbejdsrets dom 1916-17 p. 1: »Og om flere arbeidere i forstaaelse med hinanden sier op sine plasser, gjør de sig heller ikke skyldig i en tariffstridig streik, saafremt det er deres alvorlige mening at slutte paa grund av det forhold som har vakt deres misnøie«.

145. Således Knut E. Henriksen, »Tariffavtale og Fredspligt«, p. 49 f.

på formler over strejkens begreb. Afgørende er til syvende og sidst, hvilke indskrænkninger i henholdsvis det frie erhvervsvalg og sætningen om arbejdets uforstyrrede gang parterne rimeligvis hver for sig måtte forudsætte som konsekvens af den indgåede overenskomst. I dette perspektiv ville det måske være hensigtsmæssigt at rekapitulere situationen.

Udgangspunktet for det praktiske problem lå deri, at der igennem fratrædelserne etableres en situation, som er egnet til at virke som pression.

Denne situation opsamles normalt af selve fredspligtens indhold derved, at ethvert samlet skridt fra arbejdstagerside almindeligvis udgør overenskomstbrud. Tænkes dette generelle sikkerhedsnet for arbejdsgiveren modificeret med henblik på at tilgodese lønmodtagerens frie erhvervsvalg, kommer man altså næppe heller uden om at måtte lægge afgørende vægt på det subjektive: Formålet med opsigelserne. Det udslagsgivende synes således at måtte blive, hvorvidt der tilsigtes en reel fratrædelse uden pressionsformål, eller om der tværtimod søges etableret en pressionsituation for at opnå ekstra fordele.

Dette er da tilsyneladende også grundlaget for den principielle stilling i retspraksis. Allerede Den permanente Voldgiftsrets afgørelse nr. 9 antager, at der er tale om overenskomstbrud, når en gruppe arbejdere ifølge forud truffen aftale forlader arbejdet »med et fælles Formaal af anden og mere indgribende Art end den blotte Realisation af de enkelte Arbejders personlige Ønske om at gøre en Forandring«. Og Den permanente Voldgiftsrets kendelse nr. 17 fastslår, at der foreligger en overenskomststridig strejke, idet man henviser til, *at* de implicerede svende optrådte samlet og efter fælles aftale, *at* de ikke havde tilkendegivet deres agt til at skifte arbejdsplads, og *at* de, da arbejdet skulle genoptages såvel som under konflikten, kun holdt på, at de ikke ville arbejde uden at få et krav om spadserepenge opfyldt. Kendelsen udtaler: »... er der ingen Tvivl om, at Hensigten med deres Arbejdsvægning ikke i første Række har været den at realisere et Ønske om at forandre Arbejdsplads, men har været den ved Fællesskab i Optræden at søge ved Standsning af det paabegyndte Afbindingsarbejde at fremtvinge Opfyldelsen af deres Fordring ...«

Vanskeligheden består naturligvis i, at det i praksis ofte vil være vanskeligt at eftervise det egentlige formål, således at man ender i et skøn. Det reelle problem bliver derved at afklare, hvilke bevismæssige krav der bør stilles til parterne.

Disse krav synes ofte at måtte fremstå som produktet af en risikoover-

vejelse. Når overenskomsten er indgået, må arbejdsgiveren jo nemlig i almindelighed forudsætte, at der ikke vil opstå væsentlige arbejdskraftproblemer i overenskomstperioden. Og denne forudsætning står klart for lønmodtagersiden, som følgelig må have en vis risiko for, at problemet ikke dukker op.

Hvor virksomheden følger overenskomstens normer, og der iøvrigt ikke foreligger fratrædelsesgrunde ud over hvad der gennem overenskomstens etablering er taget højde for, taler altså meget for som udgangspunkt at pålægge lønmodtagerne at administrere deres fratrædelsesadgang på en sådan måde, at man ikke vanskeliggør forholdene for bedriften urimeligt, *eller* i hvert fald med rimelig sikkerhed at sandsynliggøre de nødvendige legitime fratrædelsesårsager¹⁴⁶.

Denne ordning er ikke uforenelig med den eksisterende retspraksis. I henhold til denne forudsætter anerkendelsen af det personlige fratrædelsesønske således ofte, at der foreligger forhold på arbejdsgiverside, som med rimelighed begrundes, at arbejdstagerne tager deres stilling op til overvejelse. Sagligt begrundet frygt for betalingen vil f. eks. være en vægtig grund¹⁴⁷. Og sker der ændringer i arbejdsvilkårene derved, at virksomheden har ret til at kræve arbejdet udført i timeløn i stedet for i akkord, er det ligeledes antaget, at lønmodtagerne har en relativt fri adgang til at frigøre sig^{148, 149, 150}.

Også uden sådan konkret anledning i forhold på virksomhedens side vil skønnet over opsigelsernes retmæssighed dog kunne falde ud til lønmodtagerens fordel. Som momenter, der taler i denne retning, er især fremhævet

146. Muligvis bør man gå videre end hertil. I norsk praksis har man således været inde på at pålægge den enkelte lønmodtager at afstå fra at fratræde, selv om der foreligger fuldt tilstrækkelige personlige grunde, hvis opsigelsen dog finder sted i kombination med tariffstridige fællesopsigelser. Som det siges i den norske arbejdsrets dom 1966/71: Arbejdstagerne »måtte nemlig være klar over at opsigelse på dette tidspunkt med nødvendigheden ville tjene som en støtte for den tariffstridige aksjon«. Jfr. iøvrigt Kristen Andersen »Arbejdslivet og Organisasjonerne« p. 217 f.

147. Sag 967.

148. Sag 1511, se parallelt hertil sag 3021.

149. I sag 68 undskyldes svendenes samlede beslutning om ikke at tage nye akkorder hos den pågældende mester i dennes uberettigede bortvisning af 13 kolleger. Se parallelt hertil sag 76 (arbejdsgivernes nægtelse af voldgift).

150. Hvor der foreligger forhold på arbejdsgiverside, som med rimelighed begrundes fratrædelsen, har anerkendelsen af denne ofte den form, at man herefter pålægger virksomheden at godtgøre tilstedeværelsen af en retsstridig fællesaftale el. lign. (sag 967, 1511, 3021, 3986).

den omstændighed, at de involverede rent faktisk har opnået nyt arbejde¹⁵¹. Men det kan naturligvis også tænkes, at den enkelte er i stand til på overbevisende måde at redegøre for sine personlige fratrædelsesmotiver¹⁵².

Her overfor står de momenter, som i særlig grad vil pege i retning af en fredspligtkrænkelse. Mest iøjnefaldende er naturligvis i denne forbindelse det tilfælde, at opsigelserne finder sted umiddelbart efter eller dog i en vis tilknytning til kollektivt fremsatte lønkrav, der ikke er blevet opfyldt¹⁵³. Illegitimiteten kan også e.o. understreges af fratrædelsernes antal og betydning (f.eks. i kraft af placering i en »flaskehals«-funktion¹⁵⁴). Men i det hele synes fællesskabet bag opsigelserne, især når disse er begrundet i et ønske om personlige lønforbedringer, at tale i retning af den ulovlige kollektive aktion¹⁵⁵.

b. Misligholdelsesbeføjelsernes anvendelse.

a) Den ulovlige lock-out.

Gennem en ulovlig lock-out krænker virksomheden ikke blot fagorganisationens men e.o. også den enkelte lønmodtagers rettigheder. Dette er mest iøjnefaldende i de tilfælde, hvor lock-outen iværksættes uden hensyntagen til enkeltkontraktens tidsvilkår. Men selv bortset herfra foreligger der en tilsidesættelse af den overordnede (overenskomstmæssige) forpligtelse til beskæftigelse.

Oprensningen i anledning af ulovligheden må nødvendigvis have henblik herpå. Der bliver således ikke blot tale om at fastlægge rammen for

151. Jfr. således sag 4390, der lægger vægt på, at disse ikke »havde opnået ansættelse andetsteds eller ... fået sådan stillet i udsigt«.

152. Jfr. iøvrigt sag 3, hvor det blev lagt til grund, at den enkelte ikke var klar over fratrædelsernes fulde omfang.

153. Se sag 292, 399, 935, 1440, 3425, 3499, 3853, 4390, 5647 og iøvrigt også sag 3373. Kravet behøver ikke være ført samlet frem, idet også ensartede, individuelle krav vil skabe formodning om, at der foreligger en organiseret aktion, sag 298. Det kan naturligvis e.o. være vanskeligt at godtgøre kampskridtet, hvis opsigelserne ikke bliver effektive, fordi virksomheden giver efter, sag 3431.

154. Sag 3490.

155. Sag 2708 lægger vægt på, at arbejdsgiveren kunne få anden arbejdskraft til det arbejde, som arbejdstagerne nægtede at udføre, og vil derfor ikke anerkende nægtelsen som en ulovlig kollektiv vægring. Afgørelsen må dog nok betragtes som en enlig svale - jfr. også Illum. »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 219, note 4.

udøvelse af tjenestekontraktens beføjelser i anledning af det skete, men man må i det hele finde en individualretlig formel for den tilsidesættelse af enkeltmand, der ligger i lock-outen, og som kan danne grundlag for bods-udmålingen, henholdsvis erstatningskravet ved de fagretlige instanser.

Denne formel synes rent praktisk at kunne tage udgangspunkt i to forskellige synsvinkler.

Man kunne således betragte det passerede som en definitiv afbrydelse. Arbejdstageren ville herved være frigjort totalt, og basis for beregning af kompensationen ville følgelig være det tab, som måtte flyde af, at de kontraktmæssige fratrædelsesregler og -betingelser evt. var tilsidesat. Grundlaget for overvejelserne ville i så fald fortrinsvis være reglerne om misligholdelseserstatning.

Overenskomsten indfører imidlertid et særligt element i parternes forhold til hinanden. Dette element gør, at selve fratrædelsen er retsstridig, ligesom der anvises særlige veje til redressering af det skete. Man kunne derfor også tænke sig, at situationen blev holdt flydende i alt fald en vis tid med henblik på arbejdsforholdets videreførelse. Udgangspunktet for udmålingen af den del af sanktionen, som refererede til arbejdstagerens oprejsning, måtte i så fald være det løbende vederlag så længe. Herved ville der opstå en tilstand, som, indtil situationen fik definitiv karakter, kunne karakteriseres som fordringshavermora. Dette ville også indebære, at udgangstidspunktet for beregningen af en evt. misligholdelseserstatning blev udskudt, indtil den endelige opløsning evt. fandt sted.

Problemet bliver altså med andre ord, om lønmodtageren kan og skal holde sin arbejdskraft til disposition med adgang til løbende betaling opgjort som led i bodskravet, eller om forholdet tværtimod må betragtes som afbrudt straks med deraf flydende virkninger.

Imod en løsning, hvorefter han umiddelbart er frit stillet, således at der afregnes med udgangspunkt i misligholdelsesreglerne, taler i almindelighed det fagretlige system for behandling af retsbrud. Dette hviler som allerede nævnt på en generel forudsætning om, at den krænkede part må søge oprejsning ad de overenskomstmæssige veje herfor - mægling, organisationsforhandling og fagretlig afgørelse. En sådan ordning synes både at levne virksomheden en særlig redresseringsmulighed og lønmodtageren en særlig adgang til at forsøge at få arbejdsforholdet videreført. Opløser man uden videre kontrakten i anledning af den ulovlige arbejdsstandsning, præjudicerer man altså også den løsning, som ligger i den kollektivarbejds-

retlige ordning af mellemværendet. Dette synes ofte at måtte medføre, at lønmodtageren har både ret og pligt til at holde sig disponibel i hvert fald en tid lang, indtil de sædvanlige oprejsningsveje er forsøgt.

Det anførte udgangspunkt behøver dog på den anden side næppe være generelt gældende. Først og fremmest vil hensynet til lønmodtageren måske rent konkret kunne tilsige denne en friere adgang til at træde ud. Men over for de tilfælde, hvor lock-outen er det primære, står jo dernæst også sådanne, hvor tilsidesættelsen af enkeltkontrakterne træder i forgrunden, og hvor krænkelsen af overenskomstens fredspligt blot er den accessoriske følge. Det er f. eks. ikke helt ualmindeligt, at kollektive bortvisninger eller brud på løbende akkorder påtales som ulovlig lock-out. Hvor afbrydelsen på denne måde er tydeligt uoprettelig, synes fordringshavermorareglerne ikke med rimelighed at kunne bringes i anvendelse. Arbejdsgiveren kan ikke tvinges til at genantage arbejdskraften, og når det ligger klart, at sådan genindsættelse i stillingen ikke vil finde sted, er det formålsløst at lade arbejdstageren holde sig disponibel. Konsekvensen heraf må blive, at oprejsningen for retsbruddet ikke kan tage udgangspunkt i et fordringshavermorasympunkt.

Retspraksis giver ingen sikker vejledning i, hvorledes grænselinjerne skal trækkes. Dels er afgørelserne fåtallige, fordi den ulovlige lock-out er et relativt sjældent fænomen. Og dels er bodssystemet i sig selv så fleksibelt, at det ikke altid er muligt at aflæse det nøjagtige grundlag for den anordnede sanktion. Endelig er der tilsyneladende i det praktiske arbejdsliv en vis usikkerhed med hensyn til den principielle problemstilling, hvilket udmønter sig i, at klagernes krav jævnligt stilles uklart op. Dette vil naturligvis give retten en betydelig frihed til at anordne retsfølgerne. Men samtidig risikerer man unægtelig, at de enkelte arbejdstagere ikke får den oprejsning, de skulle have, simpelt hen fordi grundlaget for erstatningsberegningen er for utydeligt¹⁵⁶.

Hvor der foreligger en ulovlig bortvisning, som tillige udgør en overenskomststridig lock-out, er det tilsyneladende ikke ualmindeligt at henvise erstatningsopgørelsen vedr. det individuelle tab til afgørelse ved faglig

156. Afgørelserne nævner således jævnligt, at erstatningsberegningen er for dårligt underbygget eller uegnet til at lægge til grund, at skaden ikke er dokumenteret o.l., se hertil f. eks. sag 186, 618, 327, 3858 og 3975 B. Sag 4338 tilkender dog bod til dækning af tabet, uden at dette er belyst nærmere.

voldgift¹⁵⁷. Men iøvrigt kan grundlaget for klagen være løntabet indtil klagens dato¹⁵⁸ eller lock-outens lovliggørelse¹⁵⁹.

Sag 657 udmåler erstatningen ud fra det tabte varsel. Men for det meste koncentrerer opmærksomheden blot om at fastslå begrænsningerne i tabet, uden at dettes principielle grundlag kommer nærmere frem. Sag 5874 lægger således ved bodsudmålingen vægt på, at opsigelse skete med afregning med overenskomstmæssigt varsel, og sag 7107 på, at arbejderne ikke arbejdede i (en bindende) akkord eller havde krav på noget opsigelsesvarsel, og at der ikke var dokumenteret et indtægtstab i øvrigt. Andre gange er det tillagt betydning, at det ikke kunne have været særlig vanskeligt for arbejdstagerne at skaffe sig andet arbejde¹⁶⁰, eller at de af anden grund ikke havde lidt noget tab¹⁶¹.

b) »Betalingsstandsning« og krænkelse af hensynet til »liv, ære eller velfærd«.

Den beføjelse lønmodtageren har til at hæve kontrakten (og kræve erstatning) og til om nødvendigt at vægre sig ved at udføre arbejdet kan være afgørende for ham til varetagelse af sine fundamentale interesser. Arbejdskraften udgør hans væsentligste aktiv til livets opretholdelse, og han kan følgelig ikke være forpligtet til ukritisk at sætte den ind uden hensyn til en evt. risiko for ikke at opnå modydelsen. Ligeledes har selve ydelsen en sådan karakter - personligt arbejde - at der må være adgang til at holde den tilbage, f. eks. ud fra en overvejelse over den med erlæggelsen forbundne risiko. Denne »vægringsret« får herved også et præg, der skiller den ud fra den almindelige obligationsretlige standsningsret.

De nævnte hensyn vil jævnligt veje så tungt, at de heri begrundede beføjelser nyder fortrin over for de normale overenskomstplichter med hensyn til sikringen af arbejdets uforstyrrede videreførelse, jfr. iøvrigt

157. Se f. eks. sagerne 6463 og 7478.

158. F. eks. sag 618.

159. Se f. eks. sag 186 og 1071.

160. Sag 186.

161. I 2 voldgiftsafgørelser fra henholdsvis 27/11 74 og 4/4 75 påstod forbundet nogle ulovligt lockoutede murere tilkendt et erstatningsbeløb for det tab, de gennem den begåede misligholdelse var blevet påført af arbejdsgiverne. Afgørelserne anerkendte dette krav, men kun for tiden indtil murerarbejdsmandenes strejke alligevel ville have sat arbejdet i stå. Et tilsvarende synspunkt er lagt til grund i sag 853. Sag 1071 lægger vægt på, at de lockoutede havde sparet visse udgifter.

også den udtrykkelige vedtagelse i den mellem hovedorganisationerne aftalte norm for behandling af faglig strid, § 5. Derved modificeres fredspligten i relation til visse former for misligholdelse af enkeltkontrakten.

Men vanskeligheden består naturligvis i praksis i at lægge balancen mellem på den ene side det nævnte beskyttelsesbehov og på den anden det selvtægtsmoment, der kunne siges at ligge i anvendelsen af individualretlige beføjelser på tværs af de fagretlige veje til afgørelse af stridigheder. Denne vanskelighed accentueres i praksis bl.a. derved, at kutymerne for, hvad der accepteres, kan være forskellige fra fagområde til fagområde, således at beskyttelsehensynet træder mere eller mindre i baggrunden. Og særligt med henblik på vægringsbeføjelsens udøvelse opstår det samme problem, som meldte sig ved den ulovlige lock-out, nemlig om de eventuelle fordringshavermoravirkninger.

Livsfare

De reneste tilfælde opstår, hvor der er tale om livsfare.

Sådan fare vil e.o. kunne berettige til ophævelse af ansættelsesforholdet - i hvert fald efter fornøden protest fra lønmodtagerside¹⁶². Men oftere vil det være praktisk at standse arbejdet, indtil forholdene er bragt i orden.

Berettigelsen af et sådant skridt kan næppe være tvivlsom, hvis livsfaren senere objektivt verificeres¹⁶³. Men det kan i denne henseende tænkes, at lønmodtageren har fejlvurderet situationen.

Per Jacobsen anfører med henblik herpå¹⁶⁴, at Normens regel formentlig må læses således, at det er selve *opfattelsen* af, at der foreligger fare, som gør standsningen lovlig - dog at denne opfattelse skal have været beføjet. En sådan konstruktion er imidlertid ikke nødvendig for at finde en tilfredsstillende løsning på spørgsmålet om ansvaret for overenskomstbrud. Arbejdsretslovens § 12 giver således fuldt tilstrækkelig mulighed for at ned-sætte boden eller lade den bortfalde ud fra arbejdstagerens rimelige sub-

162. Hertil ØLT 15/802 og U 70/887.

163. Hertil sag 2269. Hvorvidt der forelå tilstrækkelig begrundelse, må på overenskomstmåderne afgøres ved faglig voldgift, se eksempelvis sag 1301 og 4819, og til brug herfor skal arbejdet besigtiges snarest, sag 1430. En udtalelse fra arbejdstilsynet vil ofte være af stor betydning. Vægringsretten kan naturligvis kun udøves af den eller de krænkede eller true, se eksempelvis sag 113 og 2582. Påstanden om faremomentets tilstedeværelse må føres frem betids og med nødvendig tydelighed, sag 803.

164. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 313.

jektive antagelse af, at der var tale om kvalificerede faremomenter¹⁶⁵. Herefter bliver problemet kun af praktisk interesse med henblik på afklaringen af det mulige løbende betalingskrav.

Principielt skal der mere kvalificerede grunde til at pålægge et pønalt ansvar - herunder bodsansvar - og man kan altså næppe uden videre gå ud fra, at retten til vederlaget under standsningen vil afhænge af bodsagens udfald. Medmindre der er noget at lægge virksomheden til last, er der i det hele næppe afgørende betæneligheder ved at betinge lønkravets anerkendelse af, at der rent faktisk har foreligget fare, som kunne berettigge standsningen. Beskyttelseshensynet i sig selv kan ikke bære en videregående regel, og uden objektive risikomomenter som grundlag for standsningen eller skyld på arbejdsgiverside kan risikoen for arbejdskontraktens ikke-opfyldelse kun vanskeligt pålægges virksomheden¹⁶⁶.

Helbredsrisici.

Per Jacobsen anfører¹⁶⁷, at der ikke er grund til at behandle velfærdssituationen særskilt.

Hvor der kun foreligger en fjernere helbredsrisiko eller trussel imod den almindelige velfærd, vil der imidlertid være bedre tid til at få afklaret dennes art nærmere. Ligeledes er der anledning til i første omgang f. eks. ved henvendelse til arbejdstilsynet, organisationsmæssig påtale eller på anden passende måde at søge forholdene bragt i orden. I dette perspektiv ville det ikke være urimeligt at skærpe kravene til arbejdstagerens gode tro som betingelse for bodsfritagelse, så vidt som der jo er større mulighed for at få denne be- eller afkræftet, inden der skrides til handling¹⁶⁸. Men i den udstrækning udøvelsen af hævebeføjelsen og den arbejdsretlige standsningsret hviler på et beskyttelseshensyn, synes det i almindelighed også

165. Se hertil sag 5509, hvor bod ikke idømmes i den udstrækning, arbejderne »med nogen føje« kunne have følt deres sikkerhed truet. Rent bortset herfra er det svært at læse Normens undtagelsesbestemmelse - der jo iøvrigt efter sin karakter heraf må fortolkes indskrænkende - på den af Per Jacobsen anførte måde. Se også U 73B/48. Sag 1859 kræver i øvrigt momenter, der gør det »åbenbart uforsvarligt« at fortsætte arbejdet.

166. Den eneste forfatteren bekendte afgørelse om spørgsmålet, FVK 21/9 59, kan godt læses i overensstemmelse hermed. Den tilkender arbejderne en fast sum for ventetid efter en ulykke med den begrundelse, at folkene efter en kranulykke kunne have haft »nogen grund til at nære betæneligheder ved at fortsætte arbejdet«.

167. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 315.

168. Rent faktisk nedsættes boden ofte eller bortfalder helt ud fra en friere vurdering af det berettigede i lønmodtagerens subjektive opfattelse, se f. eks. FVK 23/5 66 og FVK 4/7 52.

materielt at måtte kræves, at situationen undtagelsesvis er akut, eller at andre muligheder for at hidføre en løsning dog er udtømte. Dette ville også harmonere med Normens regel om, at der skal foreligge »tvingende« grunde¹⁶⁹.

Afgørelsespraksis synes i vid udstrækning at støtte et sådant synspunkt. FVK 6/10-77 og sag 8302 accepterer således principielt ikke en fjernereliggende risiko for overlast som standsningsgrund. Og FVK 4/7-52 anerkender heller ikke standsninger foretaget under henvisning til en støjplage fra 2 lufthamre, fordi disse kun blev anvendt med længere mellemrum og i kortvarige perioder. Opmanden fandt herved intet afgørende i, at arbejdstilsynet havde gjort bemærkning desangående og forhandlede med virksomheden om nedsættelse af støjulemperne. En tilsvarende afgørelse vedrørende standsning p.g.a. støjplage blev truffet 23/5-66. Og en FVK 9/2-72 finder ikke en standsning under henvisning til, at arbejderne på grund af regnvejr var blevet våde, for lovlig^{170,171}. Også hævebeføjelsen synes som udgangspunkt at måtte have et mere sikkert grundlag. SHT 35/334 nægter f. eks. at anerkende en ikke nærmere dokumenteret temperaturnedgang i arbejdslokalerne som misligholdelse fra virksomheden. Noget andet er, at denne beføjelse uden for overenskomstområderne ofte vil være den eneste praktiske reaktionsmulighed, hvilket selvsagt må påvirke vurderingen¹⁷².

Der er imidlertid eksempler på, at standsningsretten anerkendes, uden at de oven for opstillede betingelser er opfyldt. Dette gælder især, hvor faste angivelser vedrørende arbejdsforholdene ikke er overholdt, såsom når f. eks. temperaturen i arbejdslokalerne er sunket til under den foreskrevne¹⁷³.

169. Det anførte har henblik på de tilfælde, hvor risikoen grunder sig i omstændigheder, som ligger i arbejdsgiverens forhold. Her uden for vil arbejdstageren naturligvis næppe kunne tilpligtes at udføre arbejde, som er velfærdstruende på grund af hans eget svigtende helbred. Men dette udmønter i almindelighed ikke noget sammenstød mellem kollektivarbejdsretten og individualretten.

170. Parallelt hertil sag 4744 og 4819. Se iøvrigt sagerne 6967-72.

171. Se fra medhjælperområdet U 37/287 samt VLT 36/140, hvor den uretmæssige vægning medførte bortvisning. Tillige SHT 58/193 fra sømandslovens område. Omvendt afskedigelsesnævnets sag nr. 37/77, der anerkendte vægningens lovlighed.

172. Det er måske af denne grund, medjælperlovens § 26 stk. 1 nr. 4 statuerer hævegrund, når blot situationen er *egnet* til at udsætte medhjælperens helbred for fare. (Hertil U 17/231, U 23/697, U 27/369, U 27/397, U 28/550, U 31/1002, J 45/85, J 49/116, VLT 28/284, VLT 31/326, VLT 32/70, VLT 35/31, VLT 39/97, VLT 55/266).

173. FVK 23/5 29, 19/4 37, 2/6 40, 14/10 46.

Helbredsrisikoen bliver i sagens natur ikke akut, fordi der f. eks. mangler nogle varmegrader. Når man alligevel godtager arbejdsstandsningen, er det altså nærliggende at gå ud fra, at grundlaget herfor må søges ikke i beskyttelseshensynet men derimod i den omstændighed, at forskrifterne måske har antaget karakter af egentlige arbejdsbetingelser.

Det står i det hele arbejdstagerparten frit for i overenskomsten at betinge sig de nærmere vilkår for, under hvilke ydre forhold arbejdet skal præstere. Hvor der foreligger nøjagtige offentligretlige angivelser desangående, er det endvidere rimeligt at antage, at overenskomsten forudsætningsvis bygger herpå. Standsningsretten vil i sådanne tilfælde ikke blot kunne udgøre et væsentligt redskab for sikringen af regleres overholdelse. Men når overtrædelsen endvidere er klart konstaterbar, opsamles arbejdsnedlæggelsen også i det hele vanskeligere af fredspligten. Herved vil det dog måske tillige spille en rolle, om virksomheden kunne have undgået at tilsidesætte forskrifterne eller ej¹⁷⁴.

Anerkendes dette synspunkt, vil arbejdsgiveren let komme i betalingsforpligtende fordringshaveremora i det øjeblik standsninger af denne art gennemføres med rette. FVK 23/5-29 tilkender da også i et sådant tilfælde løn for 1½ times forgæves venten på, at varmeanlægget blev bragt i orden (men ikke for resten af dagen, hvor arbejderne havde forladt arbejdspladsen). Og FVK 19/4-37 statuerer, at ventetidsbetaling skal ydes, medmindre varmemangelen beror på forhold, der må sidestilles med force-majeure, hvilket ikke var tilfældet. På linie hermed ligger endelig FVK 2/6-40, hvor der var en udtrykkelig overenskomstbestemmelse¹⁷⁵.

Bortset herfra skorter det på rene afgørelser angående det mulige løbende betalingskrav under standsninger med rod i helbreds- og velfærdshensyn. Ofte udløses således en almindelig arbejdsstandsning med deltagelse af langt flere lønmodtagere end dem, som har mulighed for at gøre beskyt-

174. Det vil efter omstændighederne kunne være bodspådragende ikke at genoptage arbejdet, når forholdene tilsiger det, se sag 1778.

175. I to sager, der omhandles i FVK 14/10 46, var arbejderne gået hjem, og striden stod alene om, hvorvidt der kun skulle betales for spildt arbejdsfortjeneste for tiden indtil lokalerne var behørigt opvarmet eller for hele den pågældende dag. Afgørelserne lægger vægt på, at arbejderne ikke var blevet anvist passende opholdssted på fabrikken. Men medens den ene forpligter arbejdsgiveren, bl.a. ud fra virksomhedens skyld i det passerede og ud fra en antagelse om, at det påhviler arbejdsgiveren at give klar besked om, hvornår arbejderne skulle møde igen, lægger den anden vægt på, at det måtte være forståeligt for disse, at arbejdet kunne påbegyndes i løbet af en kortere tid.

telseshensynet gældende, og fordringshavermorproblematikken »druknere« derefter i den påfølgende bodssag for ulovlig arbejdsnedlæggelse. Også her må betalingskravet dog i almindelighed bygge på, at arbejdstagerne med rimelighed har forholdt sig afventende, hvilket igen forudsætter, at standsningen ikke tydeligvis er definitiv. Men frakendelsen af lønnen vil iøvrigt e.o. kunne bruges i bestræbelserne på at opnå en passende fordeling af risikoen for det passerede mellem parterne¹⁷⁶.

Æreskrænkelser.

»Normen« anerkender principielt krænkelser af lønmodtagerens ære som standsningsgrund. Men efter praksis skal der en del til for at legitimere beføjelsen. Kraftige irettesættelser behøver således ikke være tilstrækkeligt¹⁷⁷ og uoverensstemmelser mellem lønmodtagerne indbyrdes langt mindre. Men sådanne krænkelser vil e.o. også kunne udgøre en grov misligholdelse, der berettiger lønmodtageren til at ophæve kontrakten¹⁷⁸.

Vægringsrettens begrundelse er som anført primært beskyttelseshensynet over for lønmodtageren. I dette perspektiv anerkendes standsningen i sag 1608, indtil der var stillet betryggende sikkerhed mod gentagelser.

Denne sikkerhed kan imidlertid i sagens natur være vanskelig at præstere.¹⁷⁹ Er dette tilfældet, og tjener beføjelsen følgelig ikke noget anerkendelsesværdigt formål, vil det være rimeligt at give den et tilsvarende begrænset anvendelsesområde. Anerkendes dette synspunkt, turde følgen blive, at arbejdstagersiden ofte må være henvist til at udnytte hæveadgangen i stedet. Noget andet er dog naturligvis, at en arbejdsstandsning under disse omstændigheder rent kollektivarbejdsretligt vil kunne være således undskyldelig i henhold til arbejdsretslovens regler, at bodspålæg udelukkes.

176. Sag 919.

177. Sag 1907.

178. Tilfælde af vold fra arbejdsgiverside vil således evt. berettige denne reaktion, se således medhjælperlovens § 26 med U 17/231, U 19/117, U 20/516, U 27/694, U 45/1127, U 60/857, J 39/21, J 39/30, J 41/6, J 45/204, J 48/212 og VLT 31/379 samt U 31/620 om en lærling og fra funktionærområdet U 55/806, U 10/544, U 89/1210. Modsat må der ved almindelig ubehersket optræden nok først gives en advarsel U 66/728. Iøvrigt ØLT 28/391. Se også om beskyldninger U 26/522, U 42/788, U 75/16, J 38/78, J 41/63 og om formålsløse ordrer f. eks. U 09/628 og måske U 89/69. Ældre domme kan næppe ubetinget tages som norm for, hvad der vil gælde i dag - se f. eks. U 1886/405.

179. Se eksempelvis FVK 21/11 56.

»Betalingstandsning« m.v.

Den omstændighed, at vederlaget ikke præsteres korrekt, retfærdiggør i vid udstrækning misligholdelsesbeføjelsernes anvendelse.

Uden for overenskomstområderne vil der ofte være hævegrund i ethvert tilfælde, hvor betalingen ikke kommer til tiden, jfr. neden for note 199. Men også under de kollektive overenskomster synes arbejdsforpligtelsen at hvile på en forudsætning om, at der er en rimeligt sikker mulighed for at opnå vederlaget. Regelret udbetaling af dette er i høj grad en velfærdssag for arbejdstageren¹⁸⁰. Og hvor sådan sikkerhed ikke er til stede på grund af virksomhedens svigtende økonomi, vil næppe heller fredspligten - der jo ikke sigter på at betrygge arbejdsgiveren imod konsekvenserne af penge-mangel - være tilstrækkelig til at begrunde arbejdets videreførelse.

Normen opregner da også betalingsstandsning - ikke at forveksle med det konkursretlige tekniske betalingsstandsningbegreb - som gyldig anledning til umiddelbar arbejdsvægring. Men iøvrigt synes princippet om, at arbejdstageren ikke kan forpligtes til at udføre arbejde, hvis honorering henstår som aldeles usikker, at være så indlysende, at enhver overenskomst formodningsvis må bygge herpå¹⁸¹.

Betalingsstandsningssituationen udgør på den anden side netop et eksempel på, at kollektivarbejdsrettens regler kan hjemle beføjelser, der går videre end hvad der ville være bærekraft for på rent individualretligt grundlag. Således kan der endog - som det f. eks. er kutyme på bygge- og anlægsområdet - være adgang til at iværksætte arbejdsvægring over for den arbejdsgiver, til hvem et arbejde er overflyttet, for hvilket betalingen er nødlidende¹⁸². I sådanne tilfælde antager beføjelsen altså nærmest karakter af inddrivningspression.

Sammenstødsproblemet mellem de generelle kollektivarbejdsretlige hensyn manifesteret i fredspligten og det her overfor stående individualretligt betonedede behov for en vægringsret kommer imidlertid fortrinsvis frem i de tilfælde, hvor det nævnte beskyttelseshensyn er afgørende for overenskomstens anvendelse. Og spørgsmålet bliver her, hvor langt man

180. Hertil iøvrigt Folke Schmidt »Tjänsteavtalet«, 1. udg. p. 295 f.

181. Således sag 137. Jfr. iøvrigt Augustudvalgets betænkning p. 8: »... det er en Forudsætning for Overenskomsternes bindende Kraft, at Arbejderen bliver betalt for sit Arbejde«. På overenskomstområderne vil forsinkelse med betalingen ydermere kunne konstituere bodspådragende overenskomstbrud, sag 680.

182. Herved U 30/905 og U 36/830.

skal legitimere den konkrete situations behov på bekostning af det generelle fredspligtprincip, hvilken afgørelse bl.a. vanskeliggøres af den omstændighed, at beskyttelsesinteressen ikke er lige påtrængende overalt.

Først og fremmest kunne eksistensen af den såkaldte løngarantilov¹⁸³ således tilsige en modifikation i den opstillede sætning.

Rise og Degerbøl antyder¹⁸⁴, at den sikring, som ligger heri, må påvirke praksis. Dette imødegås imidlertid af Per Jacobsen¹⁸⁵ bl.a. med den begrundelse, at de faglige organisationer har en selvstændig interesse i, at udbetalingerne fra fonden ikke bliver for store, samt at det er urimeligt, hvis arbejdet fortsættes, fordi der er sikkerhed for kravet i Garantifonden. Man kunne vel iøvrigt også hævde, at fondens sigte kun er at risikodække tilfælde, hvor lønmodtageren ikke ad anden vej har kunnet undgå at komme i vanskeligheder, og at fonden heller ikke bør give anledning til, at man indlader sig i usolide kontraktsforhold. Disse indvendinger er dog næppe tilstrækkelige. Det retlige grundlag for standsningsrettens udøvelse er det akutte beskyttelseshensyn over for lønmodtageren. Og i den udstrækning dette beskyttelseshensyn ikke er til stede, er det svært at konstruere et grundlag for beføjelsen til at standse arbejdet, uanset om dette forhold så iøvrigt må tilskrives Garantifondens eksistens. Den sikkerhed, der herigennem ydes, giver imidlertid hverken beløbsmæssigt eller m.h.t. standsningens art nogen ubegrænset beskyttelse. Allerede den almindelige begrænsning af garantien til tilfælde, hvor virksomheden ophører, går konkurs eller likviderer, jfr. nævnte lovs § 1, medfører således - som også anført af Per Jacobsen - en meget betydelig indskrænkning i arbejdsgiverens mulighed for at påberåbe sig samme. Men hertil kommer, at udbetalingen ofte vil kunne tage en vis tid, hvorunder arbejdstageren altså kan komme til at stå uden midler til livets opretholdelse. Meget taler således for ikke at tillægge garantifonden for stor betydning i den her behandlede sammenhæng.

Endvidere synes heller ikke enhver nok så fjerntliggende risiko for, at betalingen bliver nødlidende, at berettigede misligholdelsesbeføjelsernes anvendelse.

I de tilfælde, som har været oppe på rent individualretligt grundlag, har der ganske vist normalt været tale om en aktuel misligholdelse af beta-

183. Jfr. lov nr. 116 af 13/4 1972 med senere ændringer.

184. »Grundregler i dansk Arbejdsret«, 7. udg. p. 67.

185. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 310.

lingsforpligtelsen. Men dette behøver ikke at indebære, at passende forholdsregler på et tidligere tidspunkt må anses for afskåret.

Anerkendelsen af vægringsretten hviler således efter praksis på urimeligheden i at forpligte den lønmodtager, hvem »det hænger over Hovedet som en Trussel«, at den forskyldte løn ikke vil blive betalt¹⁸⁶, til desuagtet at arbejde videre. Men problemet bliver naturligvis herved at konstatere denne trussels eksistens og størrelse - så meget mere som arbejdsgiveren jo ofte kan forudsættes at ville dække over de virkelige forhold.

Hvor der er utryghed med hensyn til betalingen, ville det ofte være naturligt at kræve sikkerhed for lønnen således at arbejdsstandsning iværksættes eller enkeltkontrakterne ophæves, såfremt kravet herom ikke imødekommes.

Den arbejdsretlige litteratur og praksis anerkender imidlertid ikke uden videre *kollektive* krav om sikkerhedsstillelse under trussel om arbejdsstandsning^{187, 188}. Hermed skulle dog efter samme opfattelse den enkelte lønmodtager ikke være afskåret fra efter omstændighederne at kræve sikkerhed for fremtidig løn som betingelse for sin fortsatte tilknytning til virksomheden¹⁸⁹. Dette turde vel forstås således, at han må iagttage kontraktens tidsindhold og altså f. eks. sige op med sædvanligt varsel, hvis sikkerheden ikke præsteres. Men sag 967, som antagelsen støttes på, udtaler blot meget kort, at de berørte lønmodtagere havde haft mulighed for at undlade at påtage sig det arbejde, hvorom striden stod.

Et akut problem i den anførte retning, som ikke levner tid til at lade opsigelsesvarslet udløbe, lader sig næppe heller løse på individualretligt grundlag. Den enkelte arbejdstager synes nemlig almindeligvis ikke at have mulighed for at kræve sikkerhedsstillelse under trussel om ophævelse, førend risikoen er overhængende. H. G. Carlsen¹⁹⁰ antager således for funktionærers vedkommende - evt. støttet på analogien af købelovens § 39 - først tilstedeværelsen af denne ret, hvis det konstateres, at arbejdsgive-

186. Sag 79.

187. Se også f. eks. sag 121, 680.

188. Derimod er det undertiden antaget, at den omstændighed, at arbejdsgiveren kunne have undgået standsningen ved at deponere et efter omstændighederne ringe beløb, kan virke som bodsnedsættelsesgrund, se f. eks. sag 3348.

189. Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 260, Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 308.

190. »Dansk Funktionærret« 2. udg. p. 179.

ren mangler midler til at betale sin gæld¹⁹¹. Og medhjælperlovens § 32 hjemler kun hæveadgang i gældsfragåelsessituationen, når der iøvrigt ikke senest 8 dage efter begæring stilles sikkerhed for lønnen for tiden, indtil arbejdsforholdet ved opsigelse kan bringes til ophør. Jfr. iøvrigt reglen i konkursloven (1977) § 57.

Hverken analogien af købelovens § 39 eller af medhjælperlovens nævnte regel vil altså åbne mulighed for at hidføre den ønskede afklaring gennem krav om sikkerhedsstillelse. Dette kan således kun fremmes, når arbejdsgiverens meget alvorlige økonomiske situation er en kendsgerning, og betydningen kommer nærmest til at ligge i, at der herved kan sikres fortsættelsesmuligheder uagtet denne.

Den anførte problemstilling får et særligt perspektiv med henblik på sådanne tilfælde, hvor den manglende betaling ikke skyldes virksomhedens svigtende økonomi men derimod en uoverensstemmelse om betalingsforpligtelsen. På grundlag af det kollektivarbejdsretlige princip om, at retlige stridigheder må finde deres løsning uden arbejdskamp, afviser en næsten entydig arbejdsretlig teori og praksis her beføjelsen til at standse arbejdet¹⁹².

Dette er for så vidt i klar uoverensstemmelse med almindelige kontraktsretlige regler, hvorefter betalingsudeblivelse ofte vil afgive hævegrund og ret til at kræve erstatning. Men ordningen lader sig begrunde med, at skadevirkningen i almindelighed er mindst ved at opretholde arbejdsforpligtelsen under den konsekvens, som ligger i senere efterbetaling og bodsansvar for arbejdsgiveren, hvis denne ikke får medhold ved den retlige efterprøvelse. I denne forbindelse spiller det også en rolle, at det fagretlige system levner så hurtige afgørelsesmuligheder, at det velfærdstab, lønmodtageren udsættes for, gennemsnitligt vil være mindre føleligt end når man er henvist til at afvente resultatet af en sædvanlig proces¹⁹³.

Behovet for at opretholde den specielle kollektivarbejdsretlige ordning svigter imidlertid, hvis den manglende betaling er ganske ubegrundet i

191. Jfr. herved iøvrigt J 73/343 f og U 71/506, der i givet fald levner en rimelig frist for sikkerhedens fremskaffelse.

192. Hertil Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 303, Illum »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 258, Rise og Degerbøl »Grundregler i dansk Arbejdsret«, 7. udg. p. 71, samt eksempelvis sagerne 51, 79, 1146, 1325, 1538, 3287, 4615, 5125 og 5162. Deponerer virksomheden f. eks. pengene, taler dette følgelig for, at arbejdsstandsningen har været utilladelig, se eksempelvis sag 2879.

193. Hertil Carl Ussing i U 28 B tillæg/27.

relation til den underliggende betalingsforpligtelse. Ikke blot vil sådanne nægtelser let kunne dække over en reelt svigtende økonomi. Men når der ikke er nogen øjensynlig mulighed for, at arbejdsgiverens anbringende vil kunne rokke ved den principielle ydelsespligt, er det også i det hele vanskeligere at henvise arbejdstagerne til at renoncere på den beføjelse, som vil være den kollektivt arbejdsretligt mest iøjnefaldende: retten til at standse arbejdet¹⁹⁴. Dette anerkendes da tilsyneladende også i praksis - iøvrigt uden hensyn til det manglende beløbs størrelse¹⁹⁵.

Den utvivlsomme begrundelse, som fredspligten i den anførte udformning har i generelle samfundshensyn, skjuler ikke, at der i konkrete tilfælde kan blive tale om en kraftig belastning af arbejdstagerne. Dette gælder i særlig grad, når striden ikke står om rene ubetydeligheder men om lønningsdele, som den enkelte har disponeret over ud fra sikre forventninger m.h.t. deres retmæssighed og sandsynligheden for fortsat udbetaling. Det kan derfor næppe heller udelukkes, at den enkelte må være beføjet til at tage sin stilling op til revision i de tilfælde, hvor virksomheden ensidigt ændrer de hidtil fulgte betalingsregler. Dette vil i hvert fald ofte sikre ham en uangribelig opsigelsesadgang¹⁹⁶. Men bortset herfra synes problemet ikke at have været bragt klart frem¹⁹⁷. Hvor en egentlig hæveadgang måtte være til stede, ville det dog næppe virke rimeligt at udelukke vægringsretten som det mindre i det mere¹⁹⁸.

I de tilfælde, hvor arbejdsforholdet ikke er dækket af kollektiv overenskomst, anses hævebeføjelsen som sagt anvendelig, når betalingsforpligtelsen ikke overholdes¹⁹⁹. Dette antages f. eks. af H. G. Carlsen²⁰⁰ at gælde

194. Jfr. også Illum i U 45 B/99 ff.

195. Således FVK 3/3 45, forudsætningen i sag 1401, Den permanente Voldgiftsrets kendelse nr. 22 og U 28/1026. Men der skal så ret meget til, se f. eks. sag 1325 og 3348, hvor retten ikke blev anerkendt.

196. Jfr. oven for under a.

197. Se fra norsk praksis ARD 1938/80.

198. Jfr. princippet der individualretligt er udtrykt i ØLT 36/98 - som dog ikke tager stilling til det heraf flydende fordringshavermoraproblem.

199. På funktionærområdet forudsættes i almindelighed en forsinkelse af ca. 1 uges varighed samt påkrav el. lign. fra funktionæren. (Jfr. H. G. Carlsen »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 177-78 med henvisninger). Og medhjælperlovens § 26 lovfæster hævebeføjelsen, når forfalden løn trods påkrav ikke er betalt (hertil U 19/501, U 40/936, U 45/127, U 63/898, ØLT 16/92, ØLT 18/226, ØLT 19/151, ØLT 28/391, ØLT 36/98, VLT 31/69, VLT 31/222, VLT 48/305, VLT 52/60 og J 45/75). Tilsvarende er antagelig gældende på andre områder, jfr. herved Ussing »Enkelte Kontrakter« p. 364, og U 1905/189. Om anerkendelse af vægringsretten isoleret, se ØLT 36/98 og J 45/75.

200. »Dansk Funktionærret« 2. udg. p. 178 f.

uden hensyn til, om begrundelsen for den manglende betaling må søges i en retlig strid om størrelsen af det skyldige beløb, men naturligvis under den risiko, der ligger i, at funktionæren måske ikke kan få anerkendt misligholdelsens væsentlighed ved en efterfølgende retssag²⁰¹.

Denne løsning synes vanskeligt at kunne opretholdes uforbeholdent i konfrontation med fredspligten. H. G. Carlsens sætning bygger på den typiske situation, hvor sagen alene har individualretlige perspektiver. Og de sager, hvortil nævnte forfatter henviser, drejer sig endvidere om tilfælde, hvor arbejdsgiveren uden videre ensidigt har ændret hidtil fulgte eller lovfæstede betalingsregler. Det ville ganske rigtigt være urimeligt at forpligte lønmodtageren til at fortsætte under tilsidesættelse af berettigede forventninger angående vederlagets niveau, som han måske har disponeret sin økonomi ud fra, og uden en praktisk adgang til hurtig efterprøvelse. Tværtimod må der her sikres ham muligheder for straks at opsøge andre indtjeningskilder. Når det drejer sig om en individuel funktionærkontrakt, vil arbejdsgiverens disposition ydermere under alle omstændigheder have virkning som et varsel om vilkårsændring, hvilket afskærer funktionæren fra - selv ved at fastholde ansættelsen - at indtale vederlag længere end svarende til det lovlige opsigelsesvarsel fra arbejdsgiverside. Og hvis kontraktens totale ophør alligevel må forudses som en konsekvens heraf, ville det i sig selv ikke tjene noget formål at forpligte lønmodtageren til at fortsætte en kortere tid på usikre vilkår²⁰².

Sagen stiller sig meget anderledes, når der er en kollektiv overenskomst inde i billedet - i hvert fald i den udstrækning, der er mulighed for at få en fagretlig afgørelse. Den fagretlige behandling umuliggør ikke på tilsvarende vis samarbejdets videreførelse. Og falder den ud til fordel for arbejdstagerne, binder den også i fremtiden.

Man kunne ganske vist spørge, om den individualretlige reaktionsmulighed opretholdes, når striden ikke vedrører overenskomsten men f. eks. lov- eller aftalebestemte goder. Men også sådanne tvister kan jævnligt

201. Se eksempelvis U 21/175 og SHT 36/189.

202. Jfr. iøvrigt note 2 til U 22/522.

behandles ad fagretlig vej. Og hertil kommer, at hensynene bag fredspligten ofte tilsiger, at denne må være udelelig²⁰³.

Men arbejdsvægring i anledning af betalingsstandsning synes altså at kunne blive en realitet uanset den principielle fredspligt. Dette aktualiserer igen spørgsmålet om vederlaget i den tid, vægringen pågår - det som oven for er blevet kaldt for fordringshavermoraproblemet.

Når arbejdstageren lovligt indstiller arbejdet ud fra den anførte begrundelse, kan han formentlig altid kræve compensation inden for rammerne af reglerne om misligholdelseserstatning. Det almindelige princip om, at pengemangel ikke fritager for kontraktansvar, udelukker ydermere i almindelighed reduktioner heri under henvisning til force-majeure m.v.

Men hvis forholdene omkring betalingsstandsningen er sådanne, at denne kunne forudsættes at være midlertidig, må lønmodtagerne endvidere i alt fald så længe kunne holde sig disponible. Dette kan f. eks. være tilfældet, hvis de er blevet holdt hen med løfter om, at betalingen var umiddelbart forestående, se således U 36/830^{204,205}.

203. Carlsen bemærker, at domstolene endnu ikke har måttet tage stilling til en eventuel undergrænse med hensyn til størrelsen af det manglende beløb som basis for hævebeføjelsens anvendelse. Han mener dog, at det nok er nødvendigt at indrømme funktionæren sådan beføjelse, selv om striden drejer sig om små summer. Dette begrundes med, at funktionæren ellers rent praktisk ville stå magtesløs, fordi incasso er en upraktisk tanke. Er det udeblevne beløb af så ringe størrelse, at undladelsen er uden følelig betydning for arbejdstageren, tåler Carlsens konklusion dog nok en nærmere overvejelse. Den turde vel bygge på den misstemning, som en incassosag ville afføde mellem parterne. Men når det udeblevne beløb imidlertid er så ubetydeligt, at misligholdelsen ikke er væsentlig, kan alene risikoen for sådan misstemning heller ikke gøre den væsentlig. Hævebeføjelsen bør altså rimeligvis nægtes ud fra en konkret overvejelse over det omstridte beløbs størrelse, den grad af tvivl der måtte bestå omkring arbejdstagerens krav, hans praktiske muligheder for at gennemføre det uden at skride til ophævelse samt omstændighederne iøvrigt.

204. Hertil også U 47/718.

205. Den ovenfor omtalte voldgiftskendelse af 3/3 45 anerkender ganske vist lønmodtagernes ret til erstatning for det forvoldte tab med begrundelse i, at arbejdsstandsningen på ca. 2 uger er resultatet af virksomhedens forsætlige retsbrud. Kontraktens opsigelsesbeskyttelse fremgår desværre ikke af sagen. Muligvis har de i denne sag pågående forhandlinger dog berøvet situationen den definitive karakter, som ville have begrundet misligholdelsesreglernes øjeblikkelige anvendelse. Den omstændighed alene, at arbejdsgiveren har begået et forsædigt retsbrud, synes således ikke i sig selv at føre til en opgørelse, der afviger fra, hvad disse regler tilsiger.

2°. *Arbejdsgiverens individualretlige dispositionsbeføjelse - frigørelses- og reaktionsmulighederne.*

Virksomhedens individualretlige dispositioner kan i flere henseender komme i konflikt med de forpligtelser, der påhviler den som delagtig i overenskomsten.

Som for lønmodtagerens vedkommende er det således nødvendigt at indskrænke den normale udtrædelsesadgang i henhold til kontraktens tidsvilkår og ligeledes adgangen til at gennemføre misligholdelsesbeføjelser. Men den ret til at disponere over arbejdskraften og anordne omstændighederne omkring arbejdets udførelse, som efter mellemværendets art tilkommer virksomheden under den traditionelle betegnelse: arbejdsgiverens ledelsesret, kompromitteres også i nogen grad.

Udnyttelsen af sidstnævnte beføjelse giver dog sjældent de helt store vanskeligheder i den sammenhæng, der er relevant her. Særlige overvejelser over sammenstødet mellem enkeltforholdets ret og kollektivarbejdsrettens regler er i sagens natur kun nødvendige, hvor sidstnævnte i konkrete situationer illegitimerer dispositioner, som ud fra en isoleret kontraktlig synsvinkel er uangribelige. Men tvister om ledelsesretten drejer sig typisk om de begrænsninger i samme, som kontraktligt må anses for gældende ud fra overenskomsternes positive regler og fagets kutymer.

Undertiden kan det ganske vist tænkes, at arbejdsgiverens ledelsesmæssige dispositioner vel er individuelt uanfægtelige men set i en større sammenhæng udgør en krænkelse af den anerkendelse af den modstående organisation, som ligger i overenskomstafslutningen. Dette er f. eks. tilfældet, når handlingen må bedømmes som organisationsfjendtlig²⁰⁶. Men sådanne krænkelse afføder ikke iøjnefaldende prioriteringsvanskeligheder imellem de individuelle og de kollektive hensyn. Forhold af denne art lader sig ikke legitimere ud fra en individualretlig begrundelse og kan derfor også vanskeligere sløres under henvisning til samme. Herved ender man i reglen i et mere ukompliceret bevisproblem.

Dette gør sig for så vidt også gældende i de tilfælde, hvor den organisationsfjendtlige handling giver sig udslag i en afskedigelse. Virksomheden må her simpelt hen på overbevisende måde kunne redegøre for de drifts-

206. Det bemærkes dog, at organisationsfjendtlige handlinger i særlige tilfælde vil kunne anfægtes på rent individualretligt grundlag, se hertil Ole Hasselbalch, »Ansættelsesret« p. 26.

hensyn, hvorover den er enerådig, og som begrundet opsigelsen²⁰⁷. Men netop i forbindelse med afskedigelser kan der opstå problemer. Fratrædelsen præjudicerer i sig selv uopretteligt den retlige løsning på retlige stridigheder, som er det tilstræbte principgrundlag for parternes relationer. Men frem for alt kan beføjelsen til at frigøre sig fra arbejdskraften let udnyttes på en måde, som kolliderer med fredspligten. Om dette er tilfældet lader sig imidlertid ikke umiddelbart afgøre. Således opstår der et materielt prioriteringsproblem derved, at fredspligtens indhold afhænger af en nøjere vurdering af de driftsmæssige grunde bag afskedigelsen. Og når den illegitime pression lettere lader sig sløre under henvisning til driftshensyn, vil også de bevismæssige krav, der stilles til parterne, gruppere sig i et mere komplekst mønster. Endelig aktualiserer den afskedigelse, der har karakter af bortvisning, en erstatningsmulighed, som ikke er umiddelbart forenelig med det arbejdsretlige bodssystem.

Det, der fremstår som en systemkollision, vil således fortrinsvis gøre sig gældende i tilknytning til arbejdsgiverens frigørelse fra kontrakten i henhold til dennes tidsvilkår og til udøvelsen af misligholdelsesbeføjelser.

Problemerne manifesterer sig her i en glidende skala. I den ene ende befinder sig den klart retsstridige lock-out. De tilfælde, hvor driftsmæssige og evt. driftsøkonomiske årsager vil kunne begrunde afskedigelser i et omfang, som ville kunne give disse lock-out karakter, udgør en slags mellemgruppe. Undertiden kan der her meget vel tænkes at ligge en kamphensigt bag, men de driftsmæssige afskedigelsesgrunde på virksomhedens side kan dog også være trådt i forgrunden på en måde, som udelukker illegitimiteten. I forlængelse heraf optræder sådanne tilfælde, hvor forhold på lønmodtagerside, f. eks. individuel eller kollektiv misligholdelse, begrundet, at virksomheden frigør sig. Og endelig når man frem til de situationer, hvor misligholdelsen fra arbejdstagerside har karakter af en fredspligtkrænkelser. I denne ende begrænses arbejdsgiverens dispositionsbeføjelse ikke blot af pligten til at undlade at reagere med kampskridt, men også af det fagretlige sanktionssystem.

Overgangene er naturligvis uskarpe, og i det praktiske arbejdsliv er det da også ofte tilfældigt, om en sag udvikler sig i den ene eller den anden

207. Hertil sag 20, 1062, 1342, 1781, 3279, 3693, 5002, 5117, 7400. Når situationen ikke er af en art, som kunne være egnet til at dække over overenskomststridig pression, vil man ofte være tilbøjelig til at pålægge arbejdstagersiden bevisbyrden for skridtets ulovlighed iøvrigt. Se som illustration sag 3693, 5002 og 5117.

skikkelse. Men det er desuagtet nødvendigt at holde sig de teoretiske hovedlinier klart, idet de kollektivarbejdsretlige hensyn antager forskellige nuancer, alt efter hvor på skalaen man befinder sig. Ved de klare fredspligtbrud fra arbejdsgiver er det således f. eks. først og fremmest selve krænkelsen af forudsætningen om, at der ikke vil blive indledt kampskridt i overenskomstperioden, som kommer i focus. I mellemgruppen, hvor mislige forhold på lønmodtagerside gør sig gældende, er det derimod afvejsen af trangen til en beskyttelse af arbejdsgiveren over for ønsket om, at retlige stridigheder skal finde en retlig løsning, der bliver udslaggivende. Og i den sidste ende: reaktionen i anledning af arbejdstagernes overenskomstbrud, kommer sanktionssystemernes sammenstød i forgrunden.

a. Frigørelse under iagttagelse af kontraktens tidsindhold - den nødvendige »driftsmæssige« begrundelse.

Gennem sin delagtighed i overenskomsten påhviler der altså arbejdsgiveren visse indskrænkninger i adgangen til at frigøre sig fra enkeltkontrakterne under iagttagelse af disses normale tidsindhold.

Ved fastlæggelsen af fredspligtens nærmere indhold i denne relation er det imidlertid nødvendigt at holde sig for øje, at fagorganisationen som almindeligt udgangspunkt ikke kan forvente at have et tilsvarende uforbeholdent værn imod afskedigelser som det, virksomheden har imod arbejdsnedlæggelser. Arbejdsgiveren er for det første underkastet en driftsøkonomisk nødvendighed, der rent praktisk giver ham snævrere rammer for opretholdelse af beskæftigelsen. Men dernæst må overenskomsterne i vid udstrækning antages at være indgået således, at der reserveres virksomheden en ret fri adgang til at skønne over den mest hensigtsmæssige størrelse og sammensætning af arbejdsstyrken. Denne ret er traditionelt blevet forsvaret som en fundamental ledelsesbeføjelse. Og den omstændighed, at overenskomsterne da også principielt hviler herpå²⁰⁸, synes at levne arbejdsgiveren en rimeligt liberal adgang til at foretage de afskedigelser, der anses for driftsmæssigt nødvendige. Per Jacobsen går i konsekvens heraf endog så vidt som til at hævde, at der næppe er tvivl om, at lock-outen forudsætter kamphensigt fra virksomhedens side.

Hvorom nu alting er, præger det anførte i alt fald opfattelsen af den ulovlige lock-out som begreb. Lock-out anses således i princippet kun at

²⁰⁸ Jfr. således Hovedaftalens § 4.

foreligge, når virksomheden afskediger en flerhed af arbejdere (eller nægter at modtage deres præstationer), *uden* at dette er begrundet i hensynet til bedriften²⁰⁹.

Retspraksis synes da også i princippet at anerkende afskedigelser, hvis begrundelse må søges andetsteds end i ønsket om at lægge pression på arbejdstagerparten. Dette er f. eks. tilfældet, når årsagen er at finde i materiale-mangel²¹⁰, almindelige rationaliseringer og driftsomlægninger²¹¹, for ringe ordretilgang, praktiske hensyn i forbindelse med arbejdsplanlægningen²¹² m.v. Men disse omstændigheder må sandsynliggøres på en sådan måde, at handlingen ikke antager karakter af en bevidst aktion, f. eks. for at få lønniveauet nedsat, slippe ud af overenskomstmæssige forpligtelser o.l. Og situationen må selvfølgelig heller ikke fremstå som skabt af arbejdsgiveren med henblik på at muliggøre afskedigelserne. Under disse betingelser synes yderligere sådanne skridt, som nødvendiggøres af andre arbejderes strejke, at være tilladelige²¹³. Og det samme gælder, hvor opsigelserne har rod i forhold på lønmodtagerside. Sag 259 antager f. eks., at afskedigelse af 4 arbejdere, som mistænkes for uærlighed, ikke uden videre vil have karakter af lock-out, uanset at mistanken endnu ikke var bekræftet. Og afskedigelse på grund af arbejderes nægtelse af at afgive oplysninger om helbredsforhold på en blanket er heller ikke blevet anset som retsstridig, sag 7346²¹⁴.

På den anden side er det statueret, at den omstændighed, at der kan påvises manglende kamphensigt, ikke legitimerer afskedigelsen, når den dog savner en driftsmæssig begrundelse²¹⁵.

209. Hertil Knud Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 221 ff, Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 3. udg. p. 339 ff. Jfr. også Knut E. Henriksen »Tariffavtale og Freds-pligt« p. 66.

210. Sag 402.

211. Sag 1690 og 5777.

212. Sag 667.

213. Se hertil sag 402, 5489 og 7153 og Den permanente Voldgiftsrets kendelse nr. 13. I sag 853, der drejede sig om de tilbageværende arbejdere i en konfliktramt virksomhed, udtales det dog, at der i dette tilfælde må gives en fyldestgørende redegørelse for en sådan arbejdsmangels virkelig tvingende karakter. Men i dette tilfælde var det også nødvendigt at udvise en vis tilbageholdenhed i relation til såvel tekniske som økonomiske afskedigelsesgrunde, da man jo ellers let kunne komme til at udhule de forudsatte lockoutvarsler.

214. Om afskedigelse af arbejdere, fordi disse er i konflikt i relation til andre virksomheder: Sagerne 1366, 3858 og 3975 B.

215. Jfr. sag 7107 (sammenhold hertil sag 68).

Vanskelighederne opstår således især ved afvejelsen af tyngden i og sandsynligheden for legitime driftsinteresser over for den omstændighed, at fratrædelserne vil kunne virke som pression. Dette er i udpræget grad aktuelt, hvor den »driftsmæssige« begrundelse for afskedigelserne har en økonomisk karakter, som hænger sammen med virksomhedens rentabilitet.

Hvis bedriften klart ikke kan bringes til at rentere, såfremt arbejdskraften fastholdes på de overenskomstmæssige vilkår, vil der i konsekvens af det allerede anførte være fri afskedigelsesadgang på samme måde, som når arbejdsgiveren iøvrigt reelt ikke har den nødvendige interesse i at fortsætte²¹⁶. Og principudtalelsen i sag 853 samt sagerne 327, 1037-38 og 5777 synes at levne ham et endog meget frit skøn over det betimelige i at videreføre produktionen²¹⁷.

Det, som imidlertid vil kunne komplicere stillingen i forhold til fredspligten, er den omstændighed, at skønnet over videreførelsesmulighederne i sagens natur ofte kunne være faldet anderledes ud, hvis lønniveauet var lavere. Derfor vil det ofte være nærliggende i første omgang at søge dette niveau bragt ned. Og denne nedbringelse kan typisk finde sted på den måde, at virksomheden stiller de implicerede medarbejdere over for valget imellem afskedigelse eller lønreduktion, eller ved at man efter opsigelser ansætter billigere ny arbejdskraft. Men herved overskrides let grænsen for det retsstridige.

Illum søger²¹⁸ at opstille visse vejledende momenter for løsning af dette skisma. Således lægges vægt på, hvorvidt arbejdsgiveren reelt ikke har nogen interesse i arbejdet, når det skal betales med den højere pris, og på om virksomheden må antages under alle omstændigheder at ville lade det udføre.

Inden man når til det kerneområde, som i denne forbindelse er relevant, og hvor handlingen evt. illegitimeres af den heri liggende fredspligtkrænkelse, er det imidlertid nødvendigt at udskille de dispositioner, der udgør

216. Hertil især sag 327, se også rettens udtalelse i sag 853 samt Illum. »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 222.

217. Dette skøn er dog næppe ganske ubundet. Som eksempel på en mulig begrænsning kan således måske nævnes det tilfælde, at virksomheden er gået ind i overenskomstforpligtelsen vidende om den økonomisk stramme situation (hertil sag 2918). Og hvis der i overenskomsten er en passende opsigelsesbestemmelse må denne e.o. benyttes, hvis afskedigelserne tilsigter at få arbejdet udført billigere, end tariffen tilsiger (sag 4338).

218. »Den kollektive Arbejdsret« 3. udg. p. 222.

brud på selve den grundliggende lønbestemmelse i overenskomsten. Arbejdsgiveren er jo nemlig under alle omstændigheder begrænset i sine udfoldelsesmuligheder derved, at han ikke uden at krænke de tarifmæssige aflønningssatser kan reducere vederlaget ud over, hvad der ligger heri. Men er lønnen højere, end overenskomsten tilsiger, opstår der et tilsyneladende spillerum. Og det samme gælder, hvor det f. eks. gennem »foryngelse« af medarbejderstaben er muligt at reducere den gennemsnitlige beliggenhed i anciennitetsskalaen.

Som eksempler på tilfælde, hvor krænkelsen af lønbestemmelsen synes at træde i forgrunden, kan nævnes, at kollektive skridt til nedsættelse af lønningerne ofte vil støde på forudsætningerne for det såkaldte minimallønsystem, der jo bygger på en ofte positivt udtrykt forudsætning om, at lønnen skal være et produkt af individuel vilkårsforhandling²¹⁹. Dette vil tjene til at begrænse mulighederne for at gennemføre nedsættelsen til de tilfælde, hvor overenskomsten f. eks. bygger på normalløn (hvor den satsmæssige aflønning overenskomstmæssigt forudsættes også at være den reelt gældende). Her synes til gengæld end ikke generelle nedsættelser til overenskomstens niveau at kunne anfægtes²²⁰. Hvad angår mulighederne for herudover at opnå reduktion af lønudgifterne ved gennem afskedigelser at forrykke den gennemsnitlige placering i lønskalaerne, kan det endvidere tænkes, at overenskomsten forudsætter en passende spredning i medarbejderstaben eller i alt fald en placering, der ikke er udtryk for bevidst spekulation i lønsystemet²²¹.

Problemer af denne art må, hvor de kommer op, jævnligt vurderes ud fra samme betragtninger, som gør sig gældende ved egentlige fredspligtkrænkelser, og holdes i konsekvens heraf heller ikke altid skarpt adskilt fra disse²²². Men i virkeligheden er der nok kun plads til en særskilt vurdering i lyset af den principielle fredspligt, *når* der overenskomstmæssigt er en vis fleksibilitet i lønfastsættelsen, *når* kollektive skridt ikke som på minimallønsområdet er udelukket allerede i kraft af lønbestemmelsens karakter, og *når* samtidig den nævnte fleksibilitet (forhandlingsfrihed) i henhold til overenskomsten forudsættes ikke at kunne udløse en arbejdsstandsningssituation i pressionsøjemed.

219. Hertil sag 465, 1664, 1690, 3654, sml. også sag 7464.

220. Hertil sag 1712, sml. sag 4050 om reduktion af akkordforskudsbetalinger.

221. Om et tilfælde hvor en sådan fordeling ikke var forudsat: sag 6448.

222. Undertiden fremgår lønbestemmelsernes nærmere art ej heller ganske klart af afgørelserne, således sag 432, 557, 950.

Sådanne tilfælde kan tænkes at forekomme på visse akkordområder. Her forbeholder retsinstanserne sig tilsyneladende at vurdere, hvorvidt arbejdsgiverens skridt ikke kan antages at være alene driftsmæssigt begrundet (sag 618), eller om det kun er et påskud for at gennemtvinge lavere lønsatser (sag 950)²²³.

Spørgsmålet om dispositionens karakter af fredspligtkrænkelse har også været oppe i tilfælde, hvor der kun er iværksat reduktioner af arbejdstiden eller lukning enkelte dage.

Det er ikke svært at forestille sig, at fagorganisationen i disse tilfælde, hvor grænsen imellem det driftsmæssigt nødvendige og blotte bekvemmelighedshensyn er flydende, måske med en vis rimelighed opfatter overenskomsten som en trykingsgaranti imod utilstrækkeligt begrundede reduktioner i indtjeningsmulighederne. Ikke desto mindre gælder tilsyneladende i vid udstrækning samme frihed for arbejdsgiveren som med henblik på definitive afskedigelser²²⁴. Væsentligst er her sag 4808, der på den ene side fastslår, at virksomheden kun er berettiget til at indskrænke den daglige arbejdstid, når vægtige driftsmæssige grunde tilsiger det. På den anden side siges det imidlertid, at det ikke kan kræves, at de driftsmæssige hensyn skal have samme styrke, når det drejer sig om at holde en virksomhed lukket på særlige dage som juleaftensdag eller påskelørdag, hvor lukning er et almindeligt forekommende fænomen. Under hensyn til at størstedelen af arbejderne ikke kunne beskæftiges ved deres normale arbejde, fordi andre holdt fri, fandt man herefter tilstrækkelig driftsmæssig begrundelse for arbejdsgiverens disposition.

Noget andet er selvfølgelig, at arbejdstidsreduktioner ved at antage en mere permanent karakter e.o. vil kunne indebære et brud på overenskomstens forudsætninger angående arbejdstidens længde²²⁵.

Resultatet synes da samlet at måtte blive, at virksomheden i mangel af sikkert holdepunkt for en anden ordning i overenskomsten har et meget frit skøn over det konkrete hensigtsmæssige i at skride til afskedigelser, herunder det økonomisk opportune heri²²⁶. På den anden side må denne driftsmæssige begrundelse dog kunne sandsynliggøres positivt.

223. Iøvrigt sag 1678 og 2047.

224. Hertil sag 954, 7153 og iøvrigt sag 3460.

225. Sag 1824.

226. Denne »driftsmæssige« begrundelse behøver, som sag 1846 viser, iøvrigt ikke ubetinget at have sammenhæng med selve arbejdets gennemførelse.

b. Misligholdelsesbeføjelsernes anvendelse.

Spørgsmålet om arbejdsgiverens muligheder for at skride til anvendelse af individualretlige misligholdelsesbeføjelser - særligt hævebeføjelsen og beføjelsen til at kræve erstatning - i situationer, der samtidig falder under kollektivarbejdsrettens regler for behandling af retsbrud, er et af de mere komplicerede i dansk arbejdsret. Det har, som det vil blive påvist neden for, ikke været genstand for adækvat opmærksomhed i retsdannelsesfasen, og en mere udførlig løsning kan derfor kun anvises på et grundlag, der fremtræder meget abstrakt. Men det er næppe relevant at opstille juridiske, abstrakte løsninger på noget, som i dagens situation fremstår som fortrinsvis politiske problemer. I konsekvens heraf er det rimeligt stort set at koncentrere sig omkring de rent positivretlige konstateringer af, hvor langt bunden kan bære, selv om en mere omfattende vurdering lod sig gennemføre²²⁷.

Af det oven for under a. refererede følger, at afskedigelser under iagttagelse af kontraktens tidsvilkår i vid udstrækning må anses for tilstrækkeligt »driftsmæssigt« begrundet, når årsagen er at søge i lønmodtagerens forhold. Dette kunne så meget desto mere synes at berettiger arbejdsgiveren til at skride til bortvisning (ophævelse) i ethvert tilfælde, hvor de individualretlige betingelser herfor er opfyldt.

Som tidligere antydnet lader denne slutning sig imidlertid måske næppe uden videre drage generelt. Den kollektive overenskomst bygger jo nemlig på visse forudsætninger m.h.t. konsekvenserne af brud på fredspligten. Krænkelser heraf opsamles således af det kollektivarbejdsretlige sanktionssystem. Og da det er ganske almindeligt, at f. eks. temponedsættelser, partielle arbejdsvægringer og andre klare tilsidesættelser af kontrakten gennemføres på kollektiv basis som overenskomststridig pression, opstår der et selvstændigt behov for kortlægning af virksomhedens individualretlige handlemuligheder i denne forbindelse.

227. I svensk ret er spørgsmålet mere omfattende behandlet af især Folke Schmidt, »Facklig Arbetsrätt« p. 250 og samme »Konfliktlösning på arbetsmarknaden« p. 196 ff. samt fra ældre tid, E. Conradi i Svensk Juristtidning 1951, p. 65 ff. De ræsonnementer, der her er fremført, er imidlertid vanskelige at overføre på danske forhold, bl.a. fordi grundlaget for den individuelle reaktion ved misligholdelse adskiller sig fra vort, fordi reaktionssystemet ved retsstridige arbejdsnedlæggelser er anderledes, og fordi den omstændighed, at en organisation er indblandet, kan spille en helt anderledes rolle ved bedømmelsen end herhjemme. I tysk ret antages deltagelse i illegitime strejker at være kontraktsbrud, der berettiger til bortvisning og medfører retsbrudsansvar (Hueck - Nipperdey, »Grundriss des Arbeitsrechts« 1965 p. 276).

I mange tilfælde har misligholdelsen imidlertid, selv om den iværksættes af flere, og selv om reaktionen her over for antager karakter af kollektiv bortvisning, kun individualretlige perspektiver. Det illegitime pressionsmoment er ikke inde i billedet, og situationen opleves ej heller som et overenskomstbrud.

Afgørende for hævebeføjelsens udøvelse bliver i så fald som udgangspunkt de almindelige individuelle bortvisningsbetingelser²²⁸.

Det er ikke ganske klart, hvilken rolle eksistensen af de fagretlige oprejsningsveje spiller i disse tilfælde. Men oftest synes de kun at få den virkning, som tilsiges af almindelige principper for misligholdelsesbeføjelsens udøvelse. Således forudsættes tilsyneladende, at den fagretlige vej må forsøges, hvis retsbrudet er mindre alvorligt og ikke begrunder en øjeblikkelig reaktion²²⁹. Dette er i særlig grad indlysende, hvor berettigelsen i arbejdsgiverens krav er uigennemsigtigt, og striden måske oven i købet af modparten er indgivet til retlig efterprøvelse²³⁰. Men har virksomheden omvendt resultatløst søgt at bringe forholdene på plads ved organisationsmæssig påtale, taler dette til gengæld for bortvisningens retmæssighed²³¹. Iøvrigt reserveres den øjeblikkelige reaktionsmulighed i ethvert tilfælde, hvor misligholdelsens art eller grovhed tilsiger en sådan

228. Således sag 5754, 6385-86, 7125 og 7129 om krænkelse af virksomhedens direktiver og af pligten til at udfylde arbejdstiden og fremme arbejdet i behørigt tempo. Der lægges herved typisk vægt på det åbenlyst berettigede i virksomhedens krav (5754) på, at arbejdstagerne burde have forstået, at man ikke kunne acceptere deres adfærd (advarsler) (6385-86), og evt. på, at virksomheden har forsøgt at opnå en mindelig orden (7125 og 7129). Se tillige sag 7121 om vold imod foresat, og 6842 samt 7081 om arbejdsvægring i relation til delfunktioner: Vægringens og advarslens klarhed afgørende. Tilsvarende synes at gælde ved overarbejdsvægring, jfr. sag 5863 (den klare vægrings klare retsstriidighed). Parallelt hertil underkendes den kollektive bortvisning i sag 6463, fordi de individuelle hævebetingelser ikke var opfyldt, jfr. herved også sag 6785 og 7478.

229. Se eksempelvis sag 557: Når obstruktion (temponedsættelse) iøvrigt ikke er langvarig, må arbejdstagersiden have trodsset de nærmere liggende modmidler. Herunder nævnes muligheden for henvendelse til fagforeningen.

230. Jfr. sag 5874 om nægtelse af at efterleve et nyt kontrolsystem.

231. Jfr. herved sag 7125 og 7129, der lægger vægt på, at arbejdsgiveren havde søgt at opnå en mindelig orden gennem forhandling på lokalt plan, og sag 5754, der henviser til, at virksomhedens påbud havde været støttet på faglige voldgiftskendelser.

løsning²³². Distancen til de tilfælde, hvor fredspligtkrænkelsen træder i forgrunden, er altså ikke lang²³³.

Per Jacobsen fastslår²³⁴, at deltagelse i en overenskomststridig arbejdsnedlæggelse e.o. vil kunne være en så grov misligholdelse, at kollektiv afskedigelse er berettiget. Og i anden sammenhæng nævnes²³⁵, at det er tvivlsomt, i hvilken udstrækning afskedigelse i anledning af temponedsættelse er kollektivarbejdsretligt lovlige som begrundet i driftsmæssige hensyn, eller om der tværtimod er tale om ulovlig repression. Ligeledes antager H. G. Carlsen²³⁶ under henvisning til U 21/108, at funktionærens deltagelse i en ulovlig eller uhjemlet strejke udgør en væsentlig misligholdelse, når han ikke har afgivet normalt opsigelsesvarsel. Ud fra den begrundelse, at en strejke normalt er ensbetydende med definitiv afbrydelse af ansættelsesforholdet, mener denne forfatter dog lige så vel, at situationen kan betragtes som definitiv bortgang²³⁷.

Carlsens sætning illustrerer, hvor kompleks hele problemstillingen er. Det er således ikke ligegyldigt, om man anskuer forholdet som en bortvisning eller bortgang, idet de individualretlige konsekvenser heraf kan være vidt forskellige. Ved bortgang er der således ofte hjemlet adgang til erstatning uden hensyn til det lidte tab, hvilket ikke gælder, når kontrakten blot hæves som misligholdt²³⁸. Men herved kommer en yderligere vanskelighed frem, nemlig ved at finde plads for den individuelle reaktion overhovedet. Der tænkes i denne forbindelse på, at den naturlige pendant til selve

232. Jfr. også udtalelsen i sag 5874: »... Det må nu vel antages, at arbejderes misligholdelse af deres forpligtelser overfor arbejdsgiveren i særlige tilfælde kan berettiggende denne til at foretage en kollektiv afskedigelse i stedet for at søge forpligtelserne opfyldt ad fagretlig vej ...«. Hertil iøvrigt sag 211. Jfr. også sag 5863, der ud fra den klare vægrings klare retsstridighed nægter at følge fagorganisationens påstand om, at en afskedigelse som reaktion på overarbejdsvægring var uberettiget selvtægt.

233. De kollektivarbejdsretlige særlige begrænsninger kan næppe gøres gældende i relation til en uden for den overenskomststafsluttende organisation stående lønmodtager - hertil sag 6349. Det individualretlige ansvar vil naturligvis også være enerådende, hvor der ikke består nogen overenskomst mellem parterne (hertil Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 458 f med henvisninger).

234. »Kollektiv Arbejdsret« 2. udg. p. 342.

235. I.c. p. 340.

236. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 208 (jfr. p. 254).

237. Carlsens slutning er vel nok for unuanceret set i forhold til det kollektivarbejdsretlige system. U 21/108 vedrører således ikke den typiske ulovlige strejke men en manglende iagttagelse af individuelt varsel ved en organisationsmæssig konflikt over for en virksomhed, der ikke var dækket af Septemberforliget.

238. Jfr. herved neden for under afsnit IV.

afbrydelsen, nemlig erstatningsansvaret, slet ikke uden videre lader sig gennemføre ved overenskomststridige arbejdsnedlæggelser, såfremt den arbejdsretlige bod må anses at udtømme erstatningsmulighederne. Og dette antages oftest at være tilfældet²³⁹. Hertil kommer som allerede nævnt, at overenskomsten måske bygger på visse forudsætninger angående reaktionen over for fredspligtkrænkelser, som begrænser de individualretlige udfoldelsesmuligheder.

For at klarlægge, hvilket spillerum der er for disse, er det nok påkrævet at gå lidt tættere på indholdet af og begrundelsen for det kollektivarbejdsretlige sanktionssystem.

Hovedhjørnestenen er her beretningen fra fællesudvalget af 17/8 1908 angående arbejdsstridigheder. Men denne har tilsyneladende kun i meget begrænset udstrækning fokuseret på problemet. Det er derfor nødvendigt at ty til det generelle materiale, som kan have været afgørende for udvalgets anbefalinger.

Disse er synligt påvirket af overretsassessor, senere nationalbankdirektør C. Ussings tanker. I et foredrag på udvalgets møde 5/5 1909²⁴⁰ om foranstaltninger imod overenskomstbrud siger Ussing bl.a.:

»Naar jeg her taler om Brud paa Overenskomster, paa Aftaler, maa man iøvrigt have for Øje, at jeg kun taler om de Overenskomster og Aftaler, der sluttes af Organisationerne. Den enkelte Arbejder kan jo slutte private Aftaler med Arbejdsgiveren, og disse Aftaler kan maaske blive brudte ved en Strejke; han har f. Eks. ladet sig engagere paa længere Tid og med længere Opsigelsesvarsel, og denne Aftale bliver maaske brudt ved Strejken. Men det vedkommer os ikke i denne Forbindelse. Her taler vi kun om de Forpligtelser, der følger af de Overenskomster, som Organisationerne have indgaaet«. Og senere: »Hvorvidt den enkelte Arbejdsgiver har Erstatningskrav mod den enkelte Arbejder paa Grund af en af Organisationen eller af en Flerhed af Arbejdere besluttet Strejke, det kan være et saare tvivlsomt Spørgsmaal, men egentlig ganske uden praktisk Interesse, da den enkelte Arbejder jo som Regel ikke har noget at erstatte af. Og hvor langt den enkelte Arbejders Krav paa Erstatning gaar i Anledning af en ulovlig Lockout, kan ogsaa være saare tvivlsomt. Han kan som Regel faa sine afbrudte Accorder betalt og Erstatning, hvis han er ansat paa længere Tid; men naar han ikke er ansat paa længere Tid, men juridisk kan afskedi-

239. Således Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret« 2. udg. p. 459.

240. Optrøkt bl.a. i »Carl Ussing i Skrift og Tale«, ved Oluf H. Krabbe.

ges paa Stedet, saa vil et Erstatningskrav paa Grund af Afskedigelsen blive saare tvivlsomt.

Men naar vi tale om Overenskomsternes Retsbeskyttelse, saa er det heller ikke de private Retsmidler mellem Arbejdsgiver og Arbejder, der ere af Interesse; Udfaldet af saadanne private Retssager vil saa langt overvejende komme til at afhænge af den private Arbejdskontrakt, de to Parter har indgaaet med hinanden, og Organisationernes Overenskomst vil oftest vise sig at være et underordnet Moment«.

Man synes her at stå over for en af de centrale grunde til den fortrængning af det individualretlige perspektiv, som den endelige beretning bærer tydeligt præg af, nemlig dette perspektivs manglende praktiske interesse på daværende tidspunkt.

Også på et andet punkt er Augustudvalgets ræsonnementer imidlertid ukomplette. Således havde man tilsyneladende kun blik for visse af de overenskomstkrænkelser, der kendes i dag. Tydeligst fremgår dette af de begrundelser, udvalget anfører for at fravige almindelige ansvarsregler²⁴¹. Afgørende var i denne forbindelse - kort sammenfattet - *dels* en erkendelse af det uheldige i at anordne et for kraftigt ansvar i en situation, hvor grænsen mellem det tilladelige og det utilladelige er flydende, og *dels* det i disse kontraktsforhold udprægede behov for at kunne lade »egen skyld«

241. Betænkningen p. 11 ff: »I de heromhandlede meget komplicerede Forhold, hvor Skyld fra den ene Parts Side saa ofte kan være fremkaldt ved mindre heldig Optræden fra den anden Side, og hvor Grænserne for det lovlige og det ulovlige ofte er ret uklare, synes det nødvendigt at betone, at den Part, der har krænket Overenskomsten og som saadan efter almindelige Kontraksregler er erstatningspligtig, ikke derfor ubetinget skal erstatte den fulde Skade, ligegyldig om hans Skyld har været større eller mindre, ligegyldig om der er formildende Omstændigheder eller ikke og ligegyldig, hvilken Anledning Modparten kan have givet.« Og videre: »Grænsen mellem den tilladelige Arbejdsvægning fra Enkeltmænds Side og den utilladelige kollektive Arbejdsvægning er altsaa meget vag, og det vilde forekomme ganske urimeligt, om en saadan vag Grænse skulde være afgørende for, om et maaske betydeligt Tab skulde erstattes fuldt ud eller slet ikke. Det skønsmæssige ved Bedømmelsen af Overtrædelsen bør ogsaa i høj Grad præge Bedømmelsen af Ansaret. Dertil kommer, at den virkelig paaførte Skade ofte kan være af ganske uberegnelig Størrelse, afhængig som den er af Arg.ens tilfældige Dispositioner. Selv en kort Arbejdsstandsning vil kunne bibringe en Arg. et uforholdsmæssigt stort Tab f. Eks. som Følge af, at en kontraktmæssig Leveringsfrist dermed oversiddes. Selvfølgelig vil det være i alles Interesse, - ogsaa i Arb. nes - at Værdier ikke unødigt gaar til Grunde, og de produktive Virksomheder ikke svækkes ved unødige, ubetænksomme og pludselige Arbejdsstandsninger, og derfor bliver der ogsaa sluttet Aftaler for at hindre sligt. Men naar der sker Brud paa saadanne Aftaler, vil det ofte vise sig som en stor Uforholdsmæssighed, om Brudet skulde have fuld Skadeserstatning til Følge«.

hos den krænkede part få en særlig betydning ved udmålingen af sanktionen. *Endelig* lagde man vægt på de ubillige og tilfældige resultater, et rendyrket erstatningssynspunkt ville medføre, hvorved det spillede ind, at skaden og dermed størrelsen af erstatningen efter almindelige regler jo kan være ganske uberegnelig. Men heri ligger også, at udvalget fortrinsvis har haft den ordinære konflikt for øje, altså den som ikke er for langvarig, og hvor parterne dybest set måtte formodes at ville indordne sig under den retlige afgørelse.

Samlet må man således konstatere, at de kollektivarbejdsretlige sanktioner efter deres oprindelse ikke har tilstrækkeligt blik for det individuelle perspektiv, hvis praktiske relevans i de mellemliggende 70 år er blevet væsentligt større. Netop igennem overenskomsterne er rettigheder og pligter i det enkelte arbejdsforhold blevet kraftigt udbygget, herunder med opsigelsesbestemmelser og regler om virkningen af kontraktbrud. Heri ligger på den anden side også, at bodssystemet efter sin oprindelse næppe uden videre kan siges med sikkerhed at *udelukke* individuelle retsfølger. Men hullet i de arbejdsretlige sammenhænge bliver iøvrigt mere iøjnefaldende derved, at bodsreglerne tilsyneladende heller ikke hviler på en klar stillingtagen til den type af overenskomstrænkelse, som er dukket op i nyere tid, f. eks. det bevidste retsbrud opfulgt af en langvarig arbejdsnedlæggelse, eller det tilfælde hvor der måske endog spekuleres i arbejdsretslovens ansvarsbegrænsninger. Bodssystemet var ganske vist oppe på ny ved revisionen af arbejdsretsloven i 1973. Men heller ikke her blev disse spørgsmål draget frem²⁴².

242. Se betænkning nr. 685/1973 fra arbejdsministeriets udvalg af oktober 1970 om arbejdsretten.

Det blev her fra arbejdstagerside fremhævet at »pålægelse af bod næppe har den præventive virkning ved arbejdsstandsninger, som man traditionelt har hævdet«. Ligeledes blev det hævdet, at »der i nutidens komplicerede samfund må være mulighed for at reagere spontant, når der ikke i tilstrækkelig grad tages hensyn til menneskelige og trivselsmæssige faktorer«. Ud fra til dels samme synspunkter var Landsorganisationens repræsentanter tillige inde på tanken om, at kortvarige arbejdsstandsninger ikke skulle kunne indbringes for Arbejdsretten, og at politiske demonstrationsstrejker på visse betingelser skulle legaliseres. Fra arbejdsgiverside var man enig i, at der kan forekomme tilfælde, hvor opræden fra arbejdsgiverens side har været af en sådan karakter, at boden bør bortfalde, ligesom man kunne tiltræde, at visse kortvarige arbejdsstandsninger ikke skulle medføre bodsansvar.

I konsekvens heraf foreslog udvalget boden fastsat under hensyn til samtlige sagens omstændigheder og under behørigt hensyn til, i hvilken grad overtrædelsen har været

Noten fortsættes næste side.

Ud fra en umiddelbar betragtning ville det være rimeligt at gå ud fra, at den manglende stillingtagen i retsdannelsesfasen efterlader et tomrum, som giver mulighed for løsning af de rejste problemer. Dette forekommer så meget mere nærliggende derved, at såvel Den faste Voldgiftsret som Arbejdsretten traditionelt anvender lovens forskrifter ret pragmatisk - kort sagt ikke føler sig alt for bundet af den ordrette tekst, når omstændighederne tilsiger et andet resultat. Og selv bortset herfra turde det være indlysende, at der er grænser for, hvilke former for retsbrud der opsamles af bodsreglerne. Ikke en hvilken som helst handlemåde vil således - som iøvrigt også Augustudvalget var inde på - begrænses i sine konsekvenser derved, at der kan henvises til en bestående overenskomst mellem parterne²⁴³.

Vanskeligheden ligger imidlertid i, at parterne tilsyneladende kun sporadisk har søgt at klarlægge de arbejdsretlige muligheder i alle facetter, men tværtimod ret konsekvent har begrænset deres bestræbelser i overensstemmelse med tanken om, at bodssystemet er enerådende. Dette vil i det lange løb næppe kunne undgå at præge den materielle retsopfattelse. Og herved bliver det i det hele vanskeligt at forløse visse konflikttyper²⁴⁴. Men hvorom alting er tilbage står i alt fald det individualretlige perspektiv i tusmørke.

Akslen herfor er hævebeføjelsen.

Denne beføjelse er ubetinget mest nærliggende, når arbejdstagersiden bevidst spekulerer i sanktionssystemets begrænsninger ud fra den overbe-

Noten fortsat fra forrige side.

undskyldelig fra overtræderens side. I denne forbindelse foreslog man erstatningssynspunktet opgivet ved fastsættelsen af bodens størrelse, idet der iøvrigt henvises til, at dette synspunkt ikke syntes at have spillet nogen større rolle i Arbejdsrettens praksis. (Se herom iøvrigt særligt artiklerne i Juristen 1961 p. 554 ff og Juristen 1962 p. 129 samt C. Ove Christensen »Arbejdsretsloven« p. 62 f). Udvalgsbetænkningen indeholder endelig nogle overvejelser over, under hvilke omstændigheder der kan være anledning til at lempe bodsansvaret. Derimod nævnes der ikke noget om virkningen af skærpende omstændigheder, bortset fra at det fastslås, at sådanne omstændigheder skal kunne medføre bodsansvar, uanset arbejdsstandsningen er blevet afsluttet efter henstilling fra fællesmødet.

243. Hertil iøvrigt Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 344 ff og 281. Iøvrigt: Betænkning 759/1976 om visse strafferetlige og civilretlige spørgsmål i forbindelse med arbejdskonflikter.

244. Om den uheldige situation Arbejdsretten sættes i ved at skulle tage stilling til stridigheder, den ikke er indrettet på at løse: Bent Unmack Larsen i Politikens kronik af 23/6 1977.

visning, at de fordele, som kan opnås gennem den retsstridige pression, overvejer det ansvar, der kan blive tale om i anledning af samme. Her bør virksomheden rimeligvis have ret frie hænder til at afværge de truende tab ved at åbne plads for antagelse af ny arbejdskraft. Beslægtet hermed er de tilfælde, hvor ulovligheden fastholdes uanset Arbejdsrettens eventuelle gentagne pålæg om at genoptage arbejdet²⁴⁵, og hvor begrundelsen for hævebeføjelsen således tillige kan søges i behovet for at få afviklet en uholdbar situation.

Her over for står imidlertid sådanne standsninger, der vel individualretligt set må anses som misligholdelse, men som måske forudsættes opfanget i det fagretlige påtalesystem, og hvor en kollektiv bortvisning kunne opfattes som uberettiget retorsion. Efter denne tankegang medfører overenskomsten, at arbejdsgiveren ikke kan benytte en hvilken som helst anledning til at frigøre sig. Men hvor langt båndet på handlefriheden går afhænger naturligvis af, hvorledes man afvejer de individuelle hensyn over for de kollektivarbejdsretlige.

I svensk ret synes arbejdsgiverens forpligtelse i denne henseende at være særlig vidtgående. Således kan fremhæves AD 1975 nr. 31, hvori det hedder: »... sarskild hänsyn måste tas till att en arbetskonflikt regelmässigt är inriktad på att vara tillfällig och att alla parter i sitt handlande bör vara inställda på att skapa förutsättningar för arbetets återupptagande i normal ordning. Uppsägning eller avskedande bör därför inte komma ifråga annat än när andra möjligheter att bilägga konflikten visat sig verkningslösa. Det säger sig självt att en sådan situation sällan föreligger i en strejks inledningsskede«. Det vil imidlertid ud fra det allerede refererede angående konsekvenserne af almindelig misligholdelse på lønmodtagerside næppe være naturligt at gå så langt som til en vidtrækkende »positiv affindelsesforpligtelse« herhjemme. Især ville det virke stødende, om der opstod alt for forskellige konsekvenser af det retsbrud, der tillige havde karakter af fredsplichtkrænkelse, til forskel fra det, som kun havde individualretlige perspektiver. Som allerede nævnt kan det således være tilfældigt, om situationen markerer sig på den ene eller den anden måde.

Problemet synes herefter nærmest at blive at få klarlagt, hvorvidt frigørelsen kræver specielle driftsmæssige grunde, eller om disse grunde kan antages at ligge allerede deri, at arbejdskontrakten ikke opfyldes.

245. Således også Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 366.

Sag 7387, der drejer sig om en klart overenskomststridig konflikt, er inde herpå. Strejken havde her en fuldstændig omlægning af virksomheden til følge, og dette bevirkede, at man frafaldt kravet om fællesmøde og bortviste arbejderne. Retten accepterede denne disposition, men lagde klar vægt på, at der var en driftsmæssig begrundelse herfor. Også i den såkaldte »Berlingske« sag (nr. 7991) er spørgsmålet i nogen grad fremme. De ved medarbejdernes adfærd forvoldte usikre produktionsforhold havde her foranlediget virksomheden til at hjemsende og fritstille en meget stor del af staben, hvilket affødte en påstand om, at der var tale om et kollektivt kampskridt. Men retten lagde til grund, at arbejdsgiverens handlemåde havde haft vægtige driftsmæssige grunde. Iøvrigt er problemet dukket op i flere andre konflikter. Men arbejdstagersiden har her affundet sig med de stedfundne afskedigelser uden at underkaste disse en retlig efterprøvelse. Noget aldeles sikkert svar synes altså ikke at kunne udledes af den foreliggende danske afgørelsespraksis²⁴⁶.

Hvor standsningen er kortvarig og undskyldelig, synes nu i hvert fald allerede almindelige misligholdsregler at udelukke hævebeføjelsen. Og selve den omstændighed, at fagretlig behandling indledes, og arbejdet kræves genoptaget, vil e.o. også afskære fra at gå denne vej i første omgang²⁴⁷. Men der er i det hele næppe anledning til uden påtrængende grunde på virksomhedens side at tillade den individuelle reaktion, når konflikten har karakter af et enkeltstående tilfælde, og hvor en normal fagretlig behandling har reel udsigt til at bringe forholdene på plads. Er denne udsigt til stede, ville det ikke blot ud fra den bestående overenskomst men også ud fra almindelige rimelighedsbetragtninger virke stødende, om virksomheden uden videre skulle kunne vælge at bringe arbejdsforholdene ud af verden.

Men nævnte udsigter kan naturligvis være tvivlsomme og de driftsmæssige grunde til at finde en løsning mere eller mindre presserende. I dette perspektiv synes en nyere norsk højesteretsdom²⁴⁸ måske i virkeligheden at udtrykke det længste, man kan komme på teoretisk basis. Efter at have

246. Sag 35 vil anerkende ophævelse ved »uforsvarlig« temponedsættelse. Men denne sag kan næppe tages som normgivende for det her rejste problem, da ophævelsen først blev aktuel som påstand under selve sagen.

247. Sag 7387 forudsætningsvis. I harmoni hermed står afgørelsen i sag 7148, der fastslår, at den af et fællesmøde følgende forpligtelse m.h.t. arbejdets genoptagelse forudsætter, at arbejdsgiveren på sin side har forpligtet sig til at modtage de fremmødte.

248. Afsagt den 24/9 1977 i den såkaldte Hammerværksag.

konstateret, at der var tale om en ulovlig strejke, udelukkede retten her først og fremmest, at der forelå lockout. I denne forbindelse lagde man vægt på, at afskedigelserne måtte anses nødvendige for at sikre roen på arbejdspladsen til undgåelse af yderligere tab, og på, at de ikke rettede sig på andre end konfliktdeltagerne. Men dernæst henvistes til, at de implicerede havde fået chancen for at gå i arbejde igen²⁴⁹.

Sag 7387 er inde på spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsstandsningen i sig selv kan opfattes på den måde, at lønmodtagerne har forladt virksomheden, eller om den alene giver arbejdsgiveren adgang til at foretage en bortvisning.

Dette vil som nævnt kunne have en ikke uvæsentlig betydning for indholdet af et eventuelt individualretligt erstatningskrav. Og det vil også være afgørende for spørgsmålet om genantagelsespligten efter konflikten ophør og for bevarelsen af optjent anciennitet i denne forbindelse. Endelig er en afklaring relevant derved, at der opstår ret til ledighedsunderstøttelse efter en kortere karantæne, hvis kontrakten er afbrudt (lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring, § 63 stk. 1,2)), medens der så længe ansættelsesforholdet og dermed konflikten er løbende, næppe kan udbetales sådan understøttelse overhovedet (samme lovs § 61).

Per Jacobsen antager²⁵⁰, at den overenskomststridige strejke vil virke afbrydende og ikke blot suspenderende på arbejdsforholdet. Det ville, hævder Per Jacobsen, f. eks. være urimeligt, om arbejdsgiveren skulle afskedige arbejdstagere, der var ansat i de strejkendes sted. Og når lovlig arbejdsstandsning afbryder arbejdsforholdet, må dette så meget desto mere gælde ulovlige strejker. Denne forfatter modificerer dog under henvisning til sag 7148 sit standpunkt for det tilfælde, at der fremsættes krav om arbejdets genoptagelse. Og H. G. Carlsen²⁵¹ udtaler ganske kategorisk, at en ulovlig arbejdsstandsning er ensbetydende med ansættelsesforholdets ophør, hvilket har anciennitetsafbrydelse til konsekvens.

Nu bør man nok i almindelighed holde spørgsmålet om konflikten afbrydende virkninger på arbejdstagernes løbende rettigheder over for arbejdsgiveren ude fra problemet om ansættelsesforholdets principielle

249. Det bør iøvrigt nok tilføjes, at norsk ret i almindelighed synes at levne en ret fri afskedigelsesadgang, når blot misligholdelsen individualretligt set er grov, og der ikke er mistanke om pressionshensigt - se f. eks. ARD 1920-21/1 og 244.

250. »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 365 f.

251. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 254.

ophør. Det må således anses for relativt klart, at de ulovligt strejkende ikke uden videre vil kunne gøre ansættelsesforholdets rettigheder gældende under eller på grundlag af den tid, i hvilken de er udeblevet. Men en tilsvarende sikkerhed for, at kontrakterne automatisk hører helt op i denne anledning, synes ikke at være til stede - så meget desto mere som dette jo i almindelighed ikke vil være en virkning, lønmodtagerne tilsigter.

Sag 7387 kommer over problemet ved at fastslå, at arbejdsgiveren under omstændighederne havde haft bortvisningsret, således at det blev uforholdsmæssigt at tage stilling til det principielle spørgsmål, om arbejderne selv overenskomststridigt var fratrukket virksomheden. NRT 1962/766 refererer imidlertid en sag, hvor en parallel problemstilling var fremme. Her udtaler første voterende: »... jeg udelukker ikke muligheden av at arbeidernes opptreden ved en ulovlig streik kan være slik at kontraktforholdet avbrytes i og med streiken. Men forutsetningen må da i alminnelighet være at det etter omstendighetene er klart at arbeidsgiveren ikke kan fortsette med den gamle arbeidsstokk ...«

Tankegangen heri virker ret indlysende. Man kan vanskeligt hævde, at den ulovlige konflikt i sig selv bringer arbejdsforholdet til ophør og samtidig fastholde, at arbejdsgiveren ikke til enhver tid har frigørelsesadgang (jfr. forudsætningen i sag 7387). Afgørende synes derfor at måtte blive, hvorledes situationen rent aftaleretligt kan vurderes ud fra de konkrete omstændigheder i det enkelte tilfælde. Herunder må man se på, om der ligger et klart definitivt sigte i arbejdstagernes handling, eller om situationens definitive karakter iøvrigt fremstår utvetydigt f. eks. gennem de tilkendegivelser, som har fundet sted mellem parterne. Er dette ikke tilfældet, vil der næppe være store betænkeligheder ved at pålægge arbejdsgiveren at bringe en afklaring i stand i form af en opsigelse eller anden tydelig bekræftelse til lønmodtagerne. Denne pligt til at klarlægge situationens grundlag påhviler allerede efter almindelige misligholdelsesregler den part, som vil gøre frigørelsen gældende. Men det ligger også heri, at vilkårene for arbejdets videreførelse, f. eks. i anciennitetsmæssig henseende, helt beror på, hvad man kan blive enig om som modstykke til, at arbejdsgiveren renoncerer på den adgang til at bringe ansættelsesforholdene ud af verden, som eventuelt måtte være indtrådt²⁵².

252. Denne løsning støttes også af princippet om, at arbejderne har pligt til at genoptage arbejdet i mangel af andet først bortfalder derved, at der anvises anden arbejdskraft til samme, (således sag 4625).

Det er altså ikke umuligt at finde plads for den individuelle hævebeføjelse inden for rammerne af det fagretlige sanktionssystem.

Denne frigørelse skulle efter individualrettens misligholdelsesregler kunne følges op af et erstatningskrav for brud på kontrakten. Men dette erstatningskrav synes unægtelig på mere afgørende måde at kolliderer med bodssystemet, i alt fald så længe man ikke bevæger sig ind i alment retsstridige handlinger som klart ligger uden for, hvad der opsamles af bodsreglerne. Den kollektivarbejdsretlige »bod« for overenskomstbrud som er hjemlet ved arbejdsretslovens § 12, har et helt andet indhold end det som ligger i reglerne om misligholdeserstatning. Især vil der normalt blive tale om en reduktion af den kompensation, som arbejdsgiveren opnår, ud over hvad der følger af erstatningsreglerne. I konsekvens heraf turde organiserede lønmodtagere være stillet anderledes i misligholdesetilfælde der tillige opsamles af bodsreglerne end i andre misligholdesituationer. Ligeledes vil organiserede være stillet anderledes end uorganiserede (jfr. til illustration fra svensk ret AD 1977/62).

Som allerede omtalt har man traditionelt gjort meget lidt ud af dette problem²⁵³, idet arbejdsgiversiden normalt har indskrænket sig til at bortvise de implicerede. Samtidig synes Arbejdsretten i parentes bemærket ofte at forudsætte, at udelukkelsen fra arbejdet reducerer behovet for at give boden pønalt indhold²⁵⁴. Det må derfor henstå som et åbent spørgsmål, hvorvidt en total opgørelse af mellemværendet, som udløses i kraft af, at parterne skilles definitivt, e.o. kan få kontraktlige erstatningsmæssige konsekvenser.

Til fordel for en sådan ordning kunne tale den omstændighed, at den endelige opløsning stiller virksomheden over for helt andre vanskeligheder end dem, som følger af en tidsbegrænset arbejdsnedlæggelse. Man kommer således ind i reorganiseringproblemer, oplæringsomkostninger vedr. ny arbejdskraft o.s.v., alt sammen udgifter, som det ikke uden videre er

253. Måske kunne dog nævnes sag 7081, hvor et antal kvinder havde vægret sig ved at udføre et lovligt anvist arbejde, hvorfor det blev tilkendegivet dem, at de ikke skulle møde mere. Man tilbageholdt herefter 3 dages løn, svarende til overenskomstens bestemmelse om ansvaret for uretmæssig bortgang. Arbejdsretten nåede frem til, at der forelå en overenskomststridig arbejdsnedlæggelse. Men desværre blev det ikke fra arbejdstager-side gjort gældende, at løntilbageholdelsen var uberettiget. Erstatningsspørgsmålet nåede derfor ikke frem til en nærmere afklaring.

254. Ved bodsudmålingen lægges således ofte vægt på, at afskedigelse har fundet sted - se sag 5754, 5863, 7125 og 7129.

naturligt for virksomheden at give afkald på at få kompenseret, når man skriver under på overenskomsten. Når disse tab er forskelligartede fra dem, som flyder af de midlertidige standsninger, bodssystemet er bygget over, kunne der også være anledning til at »indkapsle« anvendelsen af sidstnævnte, således at der heri kun tages højde for følgevirkningerne af den temporære driftsafbrydelse.

På den anden side savner man ganske holdepunkter i retspraksis for en løsning af den skitserede art. Og ikke mindst efter den lange tid, hvori problemet har ligget uopdyrket hen, ville det måske være en fordel at kunne basere sig på en fornyet politisk stillingtagen.

De tilfælde, hvor fredspligtkrænkelsen har form af obstruktion (tempo-nedsættelse), indebærer perspektiver, der er delvis forskellige fra de i det foregående omtalte. Dette skyldes, at der her er anledning til at afkorte i lønnen (udøve et individualretligt »forholdsmæssigt afslag«)

Den almindelige betingelse for at gennemføre sådan afkortning er, at parternes ydelser står i aflæseligt forhold til hinanden, således at det nøje kan fastslås, hvor stort afslaget skal være. Men dette vil også ofte være tilfældet, ikke mindst på arbejdsområdet.

Lader reduktionen sig fastslå med sikkerhed, synes fredspligten næppe at kunne stille sig hindrende i vejen for dens gennemførelse. Dette kan begrundes allerede i, at retten til at inddrage lønnen har tilstrækkelig støtte i den almindelige sætning om, at der kun er pligt til at yde betaling for udført arbejde. Denne sætning må generelt anses at ligge bag overenskomsternes betalingsregler. Når en del af arbejdet ikke udføres, består der altså principielt intet krav på vederlag, og det kan følgelig ikke anses for selvtægt at inddrage lønnen i det omfang, forsømmelsen fra arbejdstagerside betinger.

Resultatet støttes af praksis. »Leading case« er her sag 35, hvor retten opstiller den betingelse, at virksomheden 1) nøjagtigt kan godtgøre, i hvilket omfang der forsætligt er ydet underarbejde, og 2) ved rettidig reklamation har tilkendegivet arbejderne, at man ikke vil anerkende det arbejde, der præsteres, som fyldestgørende lønoverenskomstens forudsætninger.

Typisk har problemet imidlertid været fremme med henblik på adgangen til at nedsætte akkordforskud (a contobetalinger på den samlede akkordsum), ud fra risikoen for, at deltagerne i akkorden ellers arbejder sig i underskud. I sag 1535 skulle der således svares sædvanlig timeløn som forskud på akkorden. Men efter en betydelig tempo-nedsættelse havde

virksomheden tilkendegivet, at man alene ville betale for det faktisk udførte arbejde, hvorefter arbejderne nedlagde arbejdet helt. Retten anså her arbejdsgiverens disposition for retmæssig. Og sag 4615 udtaler ganske kort, at den stedfundne obstruktion (sammen med andre momenter) berettigede arbejdsgiveren til at nægte udbetaling af akkordforskud. Men det fremgår ikke klart, i hvilken udstrækning denne forskudsbetaling var en overenskomstmæssig pligt. Endelig foreligger FVK 26/11 1973, hvor arbejderne overenskomstmæssigt var garanteret et beløb pr. lønningsperiode svarende til den overenskomstmæssige timeløn. Kendelsen mener - henset til denne garantibestemmelses formål - ikke, at mindstebetalingen skal udredes ved en forsætlig kollektiv temponedsættelse²⁵⁵.

Generelt tilbagestår altså tilsyneladende en lakune i det kollektivarbejdsretlige system i relation til visse konflikttyper. Det virker f. eks. urealistisk, at virksomheden ved den fastholdte arbejdsnedlæggelse skulle kunne vælge vedblivende at gå til Arbejdsretten, fordrer arbejdet genoptaget og kræve skærpet bod. Denne retsinstans er, som det fremgår, i sine sanktionsmuligheder ikke indrettet på at løse sådanne problemer. Men tidspunktet er måske som nævnt også forpasset, hvis man havde villet opnå en tillem্পning af bodsreglernes anvendelsesområde gennem retspraksis.

Hvis en part ikke igennem det fagretlige system kan vente »fuldt ud at komme til sin Ret«, anerkendes det ganske vist, at han har adgang til retorsion, d.v.s. til selv at varsle og indlede konflikt med henblik på at gennemtvinge overenskomstmæssige tilstande²⁵⁶. Hermed tilbagefører man så at sige delvis situationen til interessekonfliktstadiet. Men det er næppe ganske uden betænkeligheder på denne måde at give den ene part adgang til at vælge tidspunktet for opgøret.

255. Sag 772 udtaler, at akkordforskudsudbetalinger - i modsætning til minimaltimeløn - på det nøjeste er knyttet til akkordens udbytte, »idet Mesteren ikke skal kunne risikere at komme i den Situation at have udbetalt for meget«, medens noget sådant ikke på samme måde gør sig gældende ved timelønsarbejde. Senere i samme afgørelse anføres denne omstændighed ved akkordforskudsbetalingen at være en for begge parter klar forudsætning. Kendelsen anfører endelig, at mesteren, der vil nedsætte en påbegyndt forskudsbetaling, først kan gøre dette, når en faglig voldgift har givet ham medhold i, at forskudet er risikabelt for ham. Men denne afgørelse vedrører ikke en obstruktion i almindelig forstand men derimod en strid om forskudsbetalingens størrelse, efterfulgt af total arbejdsnedlæggelse.

256. Hertil f. eks. sagerne 11, 13, 14, 38, 295, 2027 samt Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«. 2. udg. p. 319 ff med henvisninger, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1937/269, U 35 B/104. I sag 38 begrundes retorsionsretten med, at loven om den faste voldgiftsret ikke udtrykkeligt har forbudt arbejdsstandsning som et værgemiddel, hvor der ikke kan henvises til andre tjenlige rettergangsmidler, selv om loven i almindelighed anviser søgsmål som den rette vej. Se iøvrigt sag 372 og 388.

Afgørende for, hvorledes situationen bør vurderes, må til syvende og sidst være, hvorvidt man ønsker at fastholde det grundlag for reguleringen af arbejdsforholdene, som ligger i den principielle partsautonomi, eller om man tværtimod finder det hensigtsmæssigt, at samfundsmagten i højere grad overtager ansvaret for udviklingens videreførelse.

Den logiske konsekvens af en total ikke-interventionspolitik fra lovgivers side i relation til arbejdsmarkedets anliggender er jo nemlig at overlade ikke blot etableringen af de materielle rettigheder, men også sanktioneringen af samme til parternes egen bestemmelse.

Dette er den ordening, vi bygger på i dag, selv om der er en tilbøjelighed til i den almene polemik at overse den omstændighed, at bodssystemet i væsentlighed er fravigeligt, og at det altså står de parter, som er utilfredse hermed, frit for at søge frem til en anden ordening af retsbrudsansvaret²⁵⁷. Men når denne mulighed står åben, og man ikke selv har været i stand til i overenskomsten at forske sig en bedre sikkerhed for dennes overholdelse end lovens bodsregler tilsiger, er det i virkeligheden også problematisk at kritisere disse.

Herved bliver det imidlertid tillige klart, at den såkaldte retsordening på arbejdsmarkedet i relation til indgåede aftaler i realiteten kommer til at hvile på parternes magtposition. Og dette kan medføre uholdbare resultater både konkret og set ud fra en videre samfundsbetragtning. Helt indlysende er denne mangel, hvor der er tale om en indbygget ubalance, således som det vil være tilfældet for så vidt angår nøglefunktioner af den art, som et moderne samfund er så rigt på.

Det er en logisk konsekvens heraf, at forestillingen om frivillighed næppe vil være bærekraftig længere end parternes selvdisciplin betinger.

C. Sammenfattende oversigt.

Anskuer man det ovenfor under A og B nævnte i kombination med de konstateringer, der allerede i forvejen er gjort i den kollektive arbejdsret, ses følgende:

Inden for sidstnævnte disciplin har man forsøgt at opstille forskellige modeller for organisationernes og medlemmernes stilling ud fra den kollektive overenskomst. Efter én konstruktion, den såkaldte foreningsteori, ansås overenskomsten alene at hjemle organisationen rettigheder og pligter. Efter en anden, den såkaldte repræsentationsteori var opfattelsen den, at ret og pligt kun påhvilede medlemmerne. Med den herhjemme gældende arbejdsretslovgivning er man imidlertid blevet stående ved en ordening, der imødekommer et kombinationssynspunkt udtrykt i de »kumulative« teorier²⁵⁸, som vil se ret og pligt i henhold til kollektivaf-talen fordelt på både de involverede organisationer og disses enkelte medlemmer. Såvel organisation som medlem kan herefter pålægges bodsansvar for sådanne

257. Jfr. Augustudvalgets betænkning p. 13, hvoraf fremgår, at begge parter var enige om alene at give reglerne om »den pekuniære Følge« af retsbrud deklatorisk karakter. Om muligheden for at etablere depositumsordninger o.l til sikring imod konflikt, se sagerne 50 og 2206.

258. »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 82ff.

tilsidesættelser af overenskomsten, som det havde ligget inden for pågældendes rådgivningssfære at undgå eller afværge. Tilsvarende anses såvel organisationen som medlemmet berettiget i henhold til overenskomsten, dog for sidstnævntes vedkommende, med den begrænsning, der følger af, at krav på oprejsning for overenskomstkrænkelser må gennemføres ved organisationens foranstaltning. Situationen anses herunder tillige kendetegnet af, at organisationen har en vidtgående adgang til at råde over medlemmernes retskrav - således til at slutte sagen med bindende virkning for disse. Men organisationens centrale stilling viser sig iøvrigt derved, at man vil kunne hævde overenskomsten uanset, hvilke modstående aftaler der måtte være truffet mellem de involverede individualparter.

Udvides synsfeltet nu som aftegnet oven for under A og B, ud over det snævert kollektivarbejdsretlige felt, og ser man på, hvorledes ret og pligt rent faktisk udmøntes i den enkelte kontrakt, fremstår der et mere komplekst billede. I dette indgår med vekslende tyngde forskellige elementer: Arbejdsretslov, foreningsretlige og fuldmagtsregler og almindelige kontraktsprincipper. Det er i konsekvens heraf naturligt at prøve kort at resumere det foregående, for at se, om der aftegner sig en fastere linie.

På individualretligt plan, i forholdet mellem den enkelte ansatte og hans arbejdsgiver, vil en bestående overenskomst kunne få betydning i to sammenhænge.

Den første, som har relation til *udenforstående, ikke-overenskomstbundne virksomheder* og til *uorganiserede lønmodtagere* indeholder udelukkende almindelige kontraktsretlige facetter. Afgørende bliver her de forudsætninger, som i enkeltkontrakten kan virke rettighedsstiftende og forpligtende i lyset af de forventninger overenskomsten giver anledning til.

Den anden refererer til det »normal« billedet, hvor *virksomheden er bundet af en kollektiv overenskomst og står over for et medlem af den overenskomstsluttende lønmodtagerorganisation*.

Hvis man her først anskuer *lønmodtagerens rettigheder* og går til de *positive retsgoder* i ansættelsesforholdet, løn, opsigelsesvarsel o.s.v., har den enkelte arbejdstager mulighed for at hævde overenskomstmæssige krav ad den almindelige retsvej, ved domstolene (oven for A.2.a. og c.). Konstruktionen er i så fald den, at overenskomsten ligger til grund for individalkontrakten. Muligheden for privat søgsmål præjudiceres imidlertid af det bånd, der påhviler ham som medlem af organisationen og af de initiativer og beslutninger, denne måtte tage (oven for under A.2.a.). Hans eventuelt begrænsede individalkrav suppleres omvendt gennem den påtale, som organisationen har mulighed for at rejse på basis af overenskomsten og det krav på viderebetaling af bodsbeløb, han i forbindelse hermed må antages at have som normal medlemsrettighed (oven for under A.2.a.).

Arbejdstagerens faktiske muligheder er altså her produktet af en kombination af kontraktlige og foreningsretlige faktorer, sidstnævnte forstået i bred betydning med henblik på arbejdsmarkedets organisationer. Heraf vil det særlige foreningsformål normalt være stærkt dominerende i kraft af formodningen for at organisationen træder ind på hans vegne i vilkårsfastsættelsen med arbejdsgiveren. Den formodning som bygges herpå holder dog næppe stik i relation til sådanne goder,

som lønmodtageren selvstændigt har sikret sig, eller som har et uafhængigt grundlag i lovgivningen (oven for under A.2.a.). Disse vil stå uantastede - medmindre selvfølgelig de er opnået gennem tilsidesættelse af skyldigheder der påhviler arbejdstageren som medansvarlig for overenskomstens overholdelse (fredspligt-krænkelser). Sidstnævnte har imidlertid rent praktisk ikke været aktuelt.

Hvad de lønmodtagerrettigheder angår, som har karakter af *positive kontraktbeføjelser*, adgangen til at tage normale individuelle retsskridt, indebærer overenskomsten et føleligt bånd. Arbejdstageren må indordne sig under det medansvar, han gennem sit organisationsmedlemskab har for opfyldelsen af det løfte om rolige arbejdsforhold, der ligger i overenskomsten (oven for B.2.1°. a og b om opsigelsesretten og hæveadgangen). Ligeledes må han være indstillet på, i den udstrækning de af overenskomsten forudsatte fagretlige oprejsningsveje bygger herpå at indordne sig under de kanaler, overenskomsten afstikker for behandling af retskrænkelser (oven for B.2.1°. b.a) og b) om erstatningsbeføjelsen). Kun hvor meget stærke grunde taler derfor, kan overenskomstens fordringer i den angivne retning anses at respektere individualbeføjelsen (oven for B.2.1°. b.b) om vægringsretten).

Endelig suppleres lønmodtagerens individualrettigheder i det hele som konsekvens af nødvendigheden i, at de normale kontraksregler viger, hvor dette er nødvendigt ud fra hensynet til overenskomstsystemets administration (oven for B.1. om den afbrydende virkning af lovlige arbejdsconflikter).

Arbejdsgiverens rettigheder ud fra den kollektive overenskomst falder ind i et parallelt billede men med visse afvigelser. Lønmodtagerens positive forpligtelser i det løbende ansættelsesforhold (arbejdsforpligtelsen o.s.v.) støttes rent umiddelbart på kontrakten. Hvor dennes indhold imidlertid udstikkes af overenskomsten må virksomheden normalt gå ad de overenskomstmæssige oprejsningsveje, såfremt omtalte pligter tilsidesættes (oven for under A.2. i indledningen). Dette hænger også sammen med, at tilsidesættelse af disse pligter ofte vil fremtræde som brud på fredspligten. Kontraktbeføjelsernes anvendelse begrænses således også væsentligt af de forudsætninger, som ligger til grund for den kollektive overenskomst (ovenfor B.2.2°). Dette gælder såvel frigørelsesadgangen med eller uden varsel, herunder ved misligholdelse, som muligheden for at opnå normal kontraktserstatning. På tilsvarende måde som for lønmodtagerens vedkommende suppleres individualkontrakten til fordel for virksomheden med henblik på overenskomstens opsigelse og ophør (ovenfor B.1.).

Konklusionen må herudfra blive, at nogen fast og overskuelig formel for samvirket mellem de ovenfor nævnte elementer hvoraf resultaterne udledes næppe kan opstilles. Og de bindende anvisninger, som er nedfældet i arbejdsretsloven udgør alene én facet, som igen må kombineres med og hviler på en overvejelse over den nærmere karakter af det foreningsretlige forhold, som gør sig gældende mellem fagorganisation og arbejdstager, og selvstændigheden i den individuelle kontrakt, der måtte være indgået. Det er næppe heller generelt muligt at prioritere en af omtalte faktorer som den primære, hvorunder de øvrige må indpasses. Selv inden for de traditionelle overenskomstområder vil eksempelvis kontraktselementets vægt (f. eks. mulighederne for at anvende misligholdelsesbeføjelser) over for

tyngden af den solidariske interesse manifesteret i de rent kollektivarbejdsretlige principper (f. eks. om fredspligt) kunne skifte fra situation til situation. Man kan således ikke slutte, at det ene eller andet udgangspunkt er generelt afgørende, og at f. eks. overenskomstgrundlaget som overordnet faktor bestandig er udslagsgivende for individualmulighederne. Tværtimod tilpasses kollektivarbejdsrettens regler flere steder ud fra individualretlige hensyn. F. eks. må som beskrevet oven for under 2.1^o. b.b) den individuelle vægringsret i visse tilfælde anses forbeholdt som produkt af en almindelig, individualretlig »retsgrundsætning«.

Der kan altså højst eftervises en ret speciel foreningsmæssig relation imellem fagorganisation og medlem. Denne udmønter sig, der hvor den er mest iøjnefaldende nemlig på arbejdstagerside, i et fuldmagtsforhold, som i konkrete sager for de almindelige fagorganisationers vedkommende er ret vidtgående. Bindningen af medlemmet gør sig således gældende i alle de relationer, der er genstand for organisationsmæssig forhandling og vilkårsfastsættelse. Dog må det antages, at den enkelte arbejdstager med de begrænsninger og muligheder, der ligger i, hvad der kan kaldes den objektive, loyale interessevaretagelse fra organisationens side har den adgang til gennemførelse af krav, der vedrører hans kontrakt, som i det enkelte tilfælde står til rådighed, d.v.s. ved individuelt søgsmål eller i form af en fordring på viderebetaling af eventuelle bodsbeløb.

Det fremgår også, at den almindelige forestilling om lighed i parternes retsstilling overfor hinanden på de overenskomstdækkede områder ikke har hold i virkeligheden. Ydelse og modydelse - arbejde over for løn - er efter deres natur så forskelligartede værdier, at de ikke er omgærdet med identiske retlige reguleringer. Tværtimod har parternes interesser, hhv. arbejdsfred og tryghed, udmøntet et regelsystem, hvor balancen i de retlige beføjelser er forskudt - eller rettere, hvor tyngden i disse beføjelser er placeret forskudt i forhold til hinanden. Arbejdsgiverens interesse i arbejdsfredens opretholdelse og de konsekvenser heraf, som formodningsvis indlægges i de kollektive overenskomster, påfører arbejdstagerparten bånd, der er væsentligt mere vidtgående end de, som modsvarende påhviler virksomheden. (Eksempel: Adgangen til at frigøre sig gennem opsigelse). Omvendt er arbejdstagerens muligheder for at reagere over for arbejdsgiverens tilsidesættelse af de individuelle kontraktspligter (f. eks. pligten til at udrede løn og andre ydelser) mere vidtgående og nuancerede, end de som står til virksomhedens disposition med henblik på hævdelsen af arbejdsforpligtelsen og dennes accessorier. Dette kan igen aflæses på den måde, at arbejdsgiversidens interesse oftere samles om de kollektivarbejdsretlige elementer, medens lønmodtagersidens - under det løbende overenskomstforhold - snarere koncentrerer om de individualretlige forhold, udmøntningen af konkrete goder.

Afsnit IV.

Retsdannelsen uden for de positive reguleringers område

Som nævnt i afsnit I er de generelle retsregler for det individuelle arbejdsforhold utilstrækkeligt opdyrket i dansk arbejdsret. Denne opdyrkning og skildringen af de mange bestemmelser, der i tidens løb er etableret for forskellige lønmodtagergrupper, lader sig ikke gennemføre inden for begrænsede rammer. I væsentlig grad vil en sådan beskrivelse også let få karakter af en ufrugtbar opregning af facts.

Det, som imidlertid i nærværende sammenhæng kunne påkalde sig en vis opmærksomhed, er den udfyldende og fortolkende virksomhed, som må finde sted, når retsordenens eller parternes direkte anvisninger ikke strækker til. Dette problem er, som enhver der beskæftiger sig med arbejdsretlige forhold vil vide, uhyre relevant. Det praktiske livs stadigt skiftende behov og den omstændighed, at ansættelsesforholdet udgør en levende organisme, underkastet bestandige forandringer spiller her ind. Således vil der nødvendigvis jævnligt opstå nye og uløste spørgsmål.

Vanskeligheden består i så fald ikke i at kombinere klarere anvisninger i retsgrundlaget og evt. forene eller prioritere modstridende elementer i dette som beskrevet oven for under afsnittene II og III. Snarere kan der blive tale om at strække disse elementer, således at lakunen dækkes. Men det væsentlige er selve vejen frem til konstateringen af, hvad der materielretligt er gældende mellem parterne. Og her står der flere veje til rådighed.

Man vil naturligvis fortrinsvis prøve at afklare, om den optåede tvivl ville være naturlig genstand for partsvedtagelse. Således må det undersøges, hvorvidt der foreligger dispositioner af aftalekvalitet, hvorudaf kan udledes en retlig forpligtelse. I denne forbindelse tænkes ikke blot på klare aftaler (løfter) og det resultat, som måtte fremstå ud fra fortolkning af samme, men også på den bundethed, der har rod i parternes optræden uden at knytte sig til noget, der kan karakteriseres som en viljeserklæring i sædvanlig sproglig forstand («kvasidispositioner», »stiltiende« viljeserklæringer). Denne bundethed vil i det følgende blive betragtet under ét som hvilende på fortolkning.

Bundetheden gennem disse dispositioner, der har aftalekvalitet uden at være egentlige aftaler, er af væsentlig betydning i et forhold, der som tjenestekontrakten udgør en levende organisme underkastet stadige forandringer, således at der kun i begrænset udstrækning er lejlighed til positiv forhåndsstillingtagen. En aftalekvalitet må der jævnlige udledes af det net af begivenheder, som markeres af parternes daglige samvirke. På den arbejdsretlige teoris nuværende stadium lader der sig imidlertid næppe drage sikre slutninger angående retsanvendelsen på dette område. Bundetheden beror således bl.a. på den balance, retsordenen vil indlægge i kontrakten ud fra hensynene til hver af de to parter. Men dette balanceforhold er ikke tilstrækkeligt klarlagt og lader sig næppe heller klarlægge i fornøden grad uden en udførlig gennemgang af ansættelsesforholdets specielle problemer, herunder bl.a. misligholdelseslæren.

Det nævnte samler sig om sådanne bidrag til løsningen, som kan hentes i parternes konkrete dispositioner. Uden for disse står de såkaldte udfyldende regler. I overensstemmelse med gængs terminologi tænkes i denne forbindelse på den virksomhed, som ud over hvad der har karakter af fortolkning af positive tilsagn skal til for at bestemme retsforholdets indhold inden for de ufravigelige retsreglers ramme. Herved inddrages traditionelt visse mere almene faktorer således egentligt udfyldende lovgivning, »skik og brug« i forskellig udformning, retspraksis, »analogi« og »forholdets natur«. Ser man bort fra sådanne momenter, som kan påvirke afgørelsen uden at lade sig bearbejde analytisk inden for overskuelige rammer, tilbagestår i hovedsagen muligheden for at lægge en faktisk brug til grund og for at nyttiggøre lovreglerne uden for deres egentlige område.

I sidstnævnte sammenhæng er altså også anvendt udtrykket analogi. Dette lod sig vel benytte, hvis man herved alene sigter til et faktisk resultat, der forsvares som rimeligt. Men det centrale spørgsmål er at få afklaret denne rimelighed og altså grundlaget for reglens anvendelse på et videre område. I denne sammenhæng opstilles der, som allerede i afsnit II omtalt, en række betingelser for analogisering. Disse formler er imidlertid næppe af analytisk interesse i nærværende sammenhæng i arbejdsretten, hvor det påtrængende problem består i at få klarlagt, hvorvidt en regel, der er gældende for én gruppe af lønmodtagere, lader sig anvende på andre. Herved kan der meget vel være såvel formel som reel lighed mellem de sammenstillede tilfælde. Dette er uden betydning, idet det arbejdsretlige system jo nu engang bygger på en definatorisk opdeling af arbejdstagerne i

grupper med afvigende rettigheder i ensartede situationer. Derfor yder ej heller reglens rimelighed og de momenter, som iøvrigt antages at begrunde analogislutninger, noget afgørende bidrag til løsningen. Det essentielle er at finde de grunde, som kan antages at bære anvendelsen af lovens ordning på et videre område. Denne funktion er delvis forskudt fra den, som i almindelighed sammenkædes med analogien som retligt begreb. Mere dækkende kunne der således tales om overført lovanvendelse.

Formålet må da være at undersøge de opridsede specielle samspilsproblemer nærmere og herunder at kortlægge de kontraktsfremmede elementers betydning. Sidstnævnte udtryk bør dog ikke forlede til misforståelser. Det er næppe muligt at trække skarpe grænser imellem det resultat, som støttes på ren udfyldning, og det, som må antages at gælde ud fra parternes handlemåde i det enkelte tilfælde. Anvendelsen af udfyldende regler kan meget vel have tættere eller fjernere støtte i parternes dispositioner. Retsafgørelserne bygger ikke på nogen skarp sondring. Og omvendt indgår iøvrigt kontraktsmomenter i vid udstrækning ved lovreglernes fortolkning. En opdeling med deraf følgende risiko for at gøre vold på de retlige funktioner, som faktisk gør sig gældende, vil derfor ej heller blive forsøgt i det følgende.

Retshistorisk stof ligger generelt uden for fremstillingens rammer. For at få et klarere billede af de retsdannelsesfaktorer, som vil gøre sig gældende på friere grundlag, kan det imidlertid være praktisk et kort øjeblik at tage udgangspunkt i en situation, hvor den positive regulering ikke var særlig omfattende. Et historisk perspektiv af en vis dybde vil i denne forbindelse være en afgørende hjælp.

Et tilbageblik.

Opbrudsfasen lå i arbejdsretlig henseende omkring århundredskiftet.

På dette tidspunkt udgjorde tyendeloven af 1854 det eneste bredere regelsæt om beskæftigelse af lønnet arbejdskraft. Herudover havde man ganske vist lærlingeloven af 1889 og søloven af 1892 (vedrørende skibsmandskab) samt en række spredte bestemmelser¹. Men disse var til dels forældede og ydermere ret specielle.

1. Lavsordningen for København af 21/3 1800, der ved plakat af 3/11 1832 var blevet udvidet til de øvrige købstæder, gav eksempelvis forskellige regler for håndværkssvendes beskæftigelse, men fastslog som almindeligt hovedprincip, at det stod parterne frit for at indgå de kontrakter, man bedst kunne blive enige om.

Tyendelovens område var i sig selv ikke ganske klart defineret, idet bestemmelserne rettede sig på sådanne arbejdstagere, som efter sædvanemæssig opfattelse var omfattet af tyendebegrebet². I grænseområdet lå således f. eks. den, der var optaget som »ung pige i huset«, landvæsenselever, forvaltere, bestyrere m. fl. Men de egentlige håndværkserhverv, de »borgerlige« erhverv (kommissar og andre »handelsbetjente«) og endelig en række »tjenende af højere klasse« - således huslærere, privatsekretærer, guvernanter, sygeplejersker m. fl. - faldt klart uden for. Og uden for lå ligeledes det, som i dag oftest benævnes almindelige lønarbejderforhold. Dette gjaldt f. eks. opvartere og opvarningsjomfruer. I det område, hvor tyendeloven således ikke gjaldt, og hvor man iøvrigt savnede offentligretlige regelsæt, var retsdannelsen i princippet fri.

Den juridiske teori opererede på denne baggrund ud fra en nogenlunde ensartet model³. En del af de arbejdsforhold, der i dag klart må betragtes som tjenestestillinger, var for det første udskilt og behandlet på linie med andre civile kontrakter. For arbejdsleje i »indskrænket« forstand siges det således, altså enkelt, simpelt legemligt arbejde el. lign. for en kortere tid, f. eks. dagvis imod en vis betaling og uden videre forbindelse mellem parterne, gælder almindelige kontraktsregler. Men under området for de egentlige tjenestestillinger, der ansås karakteriseret af kontraktens varige karakter og af, at den ene part stod i et underordningsforhold, henførtes dernæst en række forskelligartede ansættelser. Holder man læreforholdene og de såkaldte »skibsfolk« uden for, drejede det sig om tyendet, håndværkssvendene og de tjenesteforhold, der blev indgået med personer af de mere »dannede« klasser for udførelsen af andet end simpelt legemligt arbejde, således at dette - som det siges i en enkelt fremstilling - udelukkende eller i det væsentlige var af »åndelig« natur.

Forholdet mellem mester og svend voldte ikke de helt store problemer. Den formelle hjørnesten var her laugsordningen af 21/3 1800, som i princippet cementerede kontraktsfrihedens grundsætning, og hvis udfyldende forskrift om 14 dages opsigelsesvarsel endog i pagt med den almindelige tendens inden for den opvoksende industri var blevet ophævet ved næringsloven af 29/12 1857, § 65. En betænkning af 1878 fra en kommission til

2. Hertil især J. P. Jensen Stevns »Tyenderetten efter dansk Lovgivning«, 1906, p. 3 ff.

3. Hertil J. E. Larsen, »Samlede Skrifter«, 1858, 2. afd. 2. bind, p. 199 ff, samt F. T. J. Grams »Formueret«, 1864, 2. del, 2. bind, p. 457 ff. Iøvrigt H. G. Carlsens »Træk af Funktionærrettens Udvikling« (København, 1960).

undersøgelse af arbejderforholdene havde ganske vist i et forgæves angreb på tidens meget liberalistiske samfundsopfattelse foreslået at indføre en tættere tilknytning mellem parterne. Men forsøget løb ud i sandet. Og måske var der også, som kommissionen udtaler, mange, der foretrak »den hurtige og lette øjeblikkelige større Vinding og dermed ogsaa den løsere Forbindelse fremfor den langsommere indbringende, men mere betryggede Samvirken«.

Tilbage stod imidlertid som totalt uregulerede de områder, der i grove træk dækkes af vore dages funktionærlov. Også her var aftalefriheden det naturlige udgangspunkt. Men under hensyn til de stødende resultater, en uforbeholden gennemførelse af dette princip ville have i lyset af den nærmere tilknytning mellem parterne, kan det ikke undre, at man søgte alternative veje. Behørigt hensyn bør der derfor, som det siges, også tages til forholdets særlige beskaffenhed, hvorunder lokal skik og brug og »analogisk« anvendelse af tyendeloven kan komme på tale.

Især dette sidste forhold - overført anvendelse af lovreglerne - omtales relativt udførligt, og man gør sig overvejelser over, hvilke bestemmelser der kan nyttiggøres uden for deres egentlige område. Generelt antages, at dette må bero på en bedømmelse af »Forholdets concrete Natur og Indholdet af den vedkommende positive Forskrift«. Herved afvises sådanne, som indeholder afvigelser fra lovgivningens almindelige regler, eksempelvis forskrifterne om skudsmålsbog, om særlig rettergangsmåde, om udpantningsret for løn, og om forældelse samt sådanne, som er begrundede i tyendets særlige afhængighed af husbonden. Derimod menes analogien at være mere nærliggende hvad angår reglerne om skiftetid og opsigelse, samt ophævelse af forholdet. Nogen tvivl volder de med en »stærkt positiv« karakter fremtrædende forskrifter om følgerne af ulovlig bortvisning, afskedigelse, udeblivelse eller bortgang. Disse antages dog at kunne finde anvendelse, hvis arbejdstageren i sine vilkår og i henseende til de »overtagne Forretningers« beskaffenhed står meget nær det egentlige tyende⁴.

4. Karakteristisk for forsøgene på at vurdere retsdannelsesfaktorerne er fremstillingen i »Obligationsretten, Speciel Del«, 1897, Kap. 10. Jul. Lassen forsøger her - under tydeligt indtryk af de bestræbelser, der i udlandet blev udfoldet for at opnå en større klarhed over tjenesteforholdets problemer - at give en generel oversigt over det retlige indhold af et sådant mellemværende. Herved indledes med en udførlig redegørelse for tyendeforholdets konsekvenser, fordi - som det siges - dette forhold er så udførligt behandlet i lovgivningen, og fordi en væsentlig del af undersøgelsen iøvrigt må gå ud på at konstatere, hvorvidt

Noten fortsættes næste side

Tendenserne i retsopfattelsen belyses imidlertid nok klarest ud fra domstolens syn på visse af de mere praktiske problemstillinger.

Det er karakteristisk, at overvejelserne her bliver mere komplekse i takt med den almindelige samfundsudvikling. I ældre tid havde den praktiske interesse således først og fremmest samlet sig om spørgsmålet om kontraktens tidsindhold og om mulighederne for at bringe den til ophør i utide. Heraf flød e.o. et erstatningsproblem, der gav anledning til stadig mere facetterede ræsonnementer med henblik på det lidte tabs betydning. Men omkring århundredskiftet dukkede efterhånden nye spørgsmål op, nemlig om betalingsforpligtelsen under fravær, først i forbindelse med sygdom, senere også ved aftjening af værnepligt.

I opsigelsesmæssig henseende var situationen den, at man uden for de lovregulerede områder og i mangel af positiv aftale herom mellem parterne meget bredt sagt henholdt sig til, hvad disse med rimelighed kunne forvente.

Dette måtte i konsekvens af næringsloven af 1857 føre til, at almindelige håndværkssvende m. fl. uden for de højere og betroede tjenendes rækker ikke fik noget varsel - selv om der selvfølgelig opstod en række sager i grænseområdet⁵. Dette gjaldt f.s.v. formodningsvis uanset om arbejdet blev betalt med tidløn eller præstationsløn (akkord), idet arbejdstageren havde bevisbyrden for, at ansættelsen f. eks. fandt sted gældende for et bestemt arbejdes færdiggørelse⁶.

Uden for det område, der således var præget af parternes totale ubundethed, spillede arbejdsforholdets nærmere art og kutymen på det pågældende sted eller i den pågældende branche en afgørende rolle. Mekanismen heri var for så vidt klar nok. I provinsen var man af naturlige årsager påvirket af landbrugets almindelige skiftetider og tyendelovens fratrædelsessystem. Den begrundelse, der i det enkelte tilfælde valgtes for at anvende denne lovs forskrifter, kunne ganske vist svinge. Ofte indbød sagens omstændigheder til at konstruere et aftalemoment, der harmonerede med

Noten fortsat fra forrige side

tyendelovens afvigelser fra almindelige kontraktsregler er analogisk anvendelige på andre arbejdsforhold. Sluttelig falder dog også Lassen tilbage på en specifik omtale af de enkelte arbejdskontrakter - de »handelsretlige«, forholdet mellem mester og svend o.s.v., og som noget nyt iøvrigt også fabriksarbejderforholdet.

5. Se således U 1877/500, U 1885/1045, U 1888/579, U 1891/1185, U 1900/835, U 1901/916, U 1913/780, U 1915/683.

6. Hertil U 1890/1104, U 1891/689, U 1901/912, U 1902B/221 og U 1911/786.

den af tyendeloven anviste løsning. Men i alt fald efterhånden blev retsin-
stanserne mere villige til at statuere et resultat svarende til tyendelovens,
også uden alt for tydelige holdepunkter herfor i det konkrete mellemvæ-
rende, og alene ud fra lokal sædvane for lovens anvendelse, analogi fra
samme, forholdets natur eller hvad der iøvrigt passede bedst ind i billedet
af den foreliggende sag. Herfra og til en ordning, der frigør selve fratrædel-
sen fra landbrugets almindelige skiftetider, var der ikke langt. I hovedstads-
området var dette den naturlige konsekvens af, at disse skiftetider ikke
indgik på samme måde i arbejdslivets mønster, som de gør på landet. Men
heller ikke i provinsbyerne var der, som tiden gik, nogen ganske sikker
formodning for, at kutymerne fulgte tyendelovens system⁷.

Forventningerne kunne dog tilsyneladende også støttes på andet end
tyendelovens forskrifter. Ud af afgørelserne lyser således den almindelige
opfattelse af, at »højere tjenende«, som ikke udfører legemligt arbejde, lige
så vel som andre arbejdstagere, hvis funktioner forudsætter tillid og med-
fører befuldmægtigelse, i det hele må regne med et passende varsel.
Undertiden spiller i denne forbindelse den omstændighed i sig selv, at der
er tale om en fast ansættelse, også en rolle. Og indtil retsdannelsen blev
mere sikker, synes endvidere vederlagets fastsættelse at kunne påvirke
bedømmelsen. Fast løn indicerede således en fast beskæftigelse, der for-
udsatte varsel⁸, medens mangelen på fast løn kunne virke i modsat ret-
ning⁹. Ligeledes kunne ugevis vederlagsansættelse antyde en ugevis an-
sættelse^{10,11}. Derimod påvirkede den omstændighed, at der var tale om
deltidsbeskæftigelse eller løst arbejde, varslets længde i nedadgående ret-
ning, og det samme gjaldt, hvis uspecificeret prøvetid var vedtaget¹².

Der dannede sig efterhånden herudfra et af sagens omstændigheder
betinget ret fintmasket system af formodningsregler angående passende
varsler, som blev anset for gældende, uanset om der uimodsagt intet var

7. Se eksempelvis U 1890/413 og udtalelsen i U 1899/643: »...det ogsaa andetsteds her i
Landet sædvanlige Varsel af tre Maaneder til den første i en Maaned«.

8. F. eks. U 1877/299, U 1881/412.

9. F. eks. U 1876/878.

10. F. eks. U 1879/1088. Se her over for fra det tidspunkt, hvor retsdannelsen var blevet
fastere, U 17/791.

11. Allerede et responsum af 8/3 1834 fra Grosserersocietetet fastslår dog, at den omstæn-
dighed, at der ydes årsløn, ikke medfører, at fratrædelse kun kan finde sted til årets
udgang.

12. Se hertil eksempelvis U 1894/549, U 1896/911, U 1900/721, U 1901/242, U 1901/302, U
1902/278, og om prøvetid udtalelsen i U 1902/33.

vedtaget herom i den enkelte kontrakt¹³. Dette gjaldt i alt fald i de mere almindelige stillinger, hvorom der efterhånden blev oparbejdet en omfattende praksis¹⁴. For »bogholdere« var der således ofte ret til et 3 måneders varsel¹⁵, og det samme gjaldt rejsende, repræsentanter og sælgere iøvrigt¹⁶. Handelskommissær og ekspedienter måtte derimod alt efter branche regne med 14 dage¹⁷ til 3 måneder¹⁸ og lagermedhjælpere og -ekspedienter ligeledes 14 dage til 3 måneder¹⁹. For direktorer var der anordnet 3 måneders varsel²⁰, medens andre ledere og bestyrere alt efter stilling fik fra 14 dage til 3 måneder²¹. Kontorister havde 3 måneders varsel²², medmindre branchekutyme tilsagde noget andet^{22a}, eller arbejdet var helt ukvalificeret. Og endelig er der en række spredte afgørelser om f. eks. journalistisk arbejde (14 dage til 1 måned)²³, redaktører (3 måneder)²⁴, lærere (3 måneder)²⁵, inkassatorer (14 dage)²⁶, ingeniører o.l. (14 dage)²⁷, telegrafister (3 måneder)²⁸ m. fl.

Det lykkedes altså stort set at løse spørgsmålet om kontraktens tidsindhold, bl.a. ud fra overvejelser over parternes forudsætninger. Disse lod sig imidlertid i al almindelighed ikke lægge til grund ved fastlæggelsen af

13. Hertil U 1872/870, U 1873/992 og 1018 samt U 1888/172.

14. Se mere om specielle tilfælde U 1890/808 (dampskibsfører med månedlig lønudbetaling, der i kraft heraf blev anset som månedsvis ansat) U 1907/912 (gårdmand med ugevis løn: 1 uges varsel) og U 1908/442 (billetsælger og billettør med månedsløn, 3 måneders varsel).

15. U 1871/269, U 1881/781, U 1888/126, U 1891/1193, U 1895/676, U 1897/1175, U 1899/857, U 1901/1000, U 1902/252, U 1907/567.

16. U 1872/798, U 1873/1018, U 1881/412, U 1883/485, U 1892/460, U 1901/764, U 1902/33, U 1902/245, U 1908/199, U 1909/376, U 1909/991, U 1909/508.

17. U 1878/178, U 1883/1232, U 1889/1001, U 1892/415, U 1896/1221, U 1897/658, U 1897/911, U 1901/806, U 1901/927, U 1902/702, U 1908/194, U 1908/902, U 1909/968, U 1910/39.

18. U 1883/1259, U 1894/288, U 1896/1279, U 1900/779, U 1909/990, U 1915/535.

19. U 1901/907, U 1904/597, U 1909/873, U 1909/982.

20. U 1888/172, U 1906/837.

21. U 1872/870, U 1876/403, U 1899/900, U 1901/913, U 1903/682, U 1907/762, U 1907/784, U 1908/161, U 1908/769, U 1909/467, U 1909/628, U 1909/647, U 1915/178, U 1916/73, U 1916/308. Om en almindelig arbejdsformand U 1906/944.

22. U 1893/279, U 1906/881, U 1908/164, U 1909/376, U 1915/982.

22a. U 1894/1347.

23. U 1894/886, U 1897/818, U 1909/388.

24. U 1895/990, U 1909/387.

25. U 1896/288.

26. U 1896/911.

27. U 1899/851, U 1913/799, jfr. U 1914/395.

28. U 1873/992.

hævebeføjelsens anvendelsesområde, d.v.s. grænsen for hvad der kunne karakteriseres som grov misligholdelse²⁹.

I det væsentlige var mangelen på en lovmæssig stillingtagen på dette punkt imidlertid ikke mærkbar. Tyendeloven indeholdt ganske vist - som nu medhjælperloven - visse opregninger af situationer, der kunne medføre ophævelse, men allerede disse opregninger var for specifikke til at dække alle forekommende misligholdelsestilfælde. Af den grund var det under alle omstændigheder nødvendigt at falde tilbage på almindelige regler om hæveadgangen, tilpasset således som kontraktens art tilsagde. Og man klarede sig da også jævnlige på friere grundlag, selv om der naturligvis intet var til hinder for at henvise til tyendeloven, når tilfældet fremstod som ligeartet med et heri beskrevet. Som det anføres af Jul. Lassen³⁰: Tyendelovens regler kan i forhold, som ligner tyendeforholdet, være vejledende til bestemmelsen af lovgivers opfattelse. Men spørgsmålet om, hvad der er naturalia negotii i henseende til misligholdelsens væsentlighed, kan ikke angives ved nogen for de forskellige arbejdsforhold fælles formel³¹.

Indholdet af beføjelsen til at kræve erstatning for tilsidesættelse af kontraktens tidsindhold var mere kompliceret at løse, og heller ikke her havde man nogen nærliggende mulighed for at nå et resultat på basis af, hvad der kunne anses for forudsat mellem parterne.

Ud fra en nutidig betragtning ville det være naturligt at lægge almindelige erstatningsregler til grund, således at der med andre ord kun ydes kompensation for det lidte tab. Men dels fremstod denne begrænsning ikke lige så naturligt for en datidig retsopfattelse, som den gør i dag, dels følte den måske også ret upraktisk under mere primitive samfundsforhold. Endelig, og ikke mindst, byggede tyendeloven på en afvigende ordning, idet erstat-

29. Dette problem kan vel forekomme perifert. Men man skal her erindre, at de almindelige kontraktsrettigheder og pligter og altså spørgsmålet om kontraktens materielle indhold i vid udstrækning fremstår som refleksvirkningen af nævnte beføjelse.

30. »Håndbog i Obligationsretten, speciel Del« (1897): p. 710.

31. Kun enkelte domme henviser til tyendeloven. U 1874/622 afviste f. eks. berettigelsen af en bortvisning under henvisning til, at misligheden ikke faldt ind under eller kunne sættes ved siden af de i tyendeloven opregnede hævegrunde. Og U 1895/676 afviser også en bortvisning under hensyn til »analogien« af tyendeloven, medens omvendt U 1886/203 anerkender bortvisningen ud fra analogien af et af de i tyendeloven opregnede misligholdelsestilfælde. Også U 1911/604 anerkender en bortvisning under omstændigheder, der var ligeartede med tyendelovens hævegrunde.

ningsmulighederne her udtømmes inden for visse i loven opregnede rammer³².

Oprindeligt var der i konsekvens heraf en tilbøjelighed til at yde erstatningen uden forbehold også uden for tyendelovens område. Men billedet blev mere nuanceret op til århundredskiftet, hvor Lassen havde anfægtet denne løsning³³.

Situationen var imidlertid ret flydende. Tyendelovens princip anvendtes således i relation til visse erstatningskrav fra arbejdsgiver, ikke blot hvis ansættelsen måtte anses stiftet således, at den kun kunne ophøre til de almindelige skiftetider³⁴, men også jævnlige i andre tilfælde, hvor kontrakten ikke var opsigelig uden varsel³⁵. Det skete dog på den anden side, at man afviste arbejdsgiverens henvisning til loven. Selv i så fald er det imidlertid blevet anført, at den betragtning, der ligger bag den uforbeholdne erstatning - og »forholdets natur« - tilsagde en skønsmæssigt fastsat kompensation³⁶, at der dog bør tages »noget hensyn« til lovreglen ved erstatningens fastsættelse, el. lign.³⁷. Men det forekom, at der blot tilkendtes en »passende« erstatning uden omtale af dennes grundlag³⁸, ligesom tyendelovens regel undertiden afvistes totalt³⁹.

Også ved udmålingen af den erstatning, som tilkom lønmodtageren, afviste man undertiden direkte tyendelovens regel uden for denne lovs område⁴⁰, eller erstatningen blev i alt fald alene fastsat til det virkelig lidte tab⁴¹. Men jævnlige er man tilsyneladende også her utilbøjelig til at gå ind i en egentlig tabsvurdering⁴². I denne forbindelse bør det dog naturligvis ikke glemmes, at det, som i afgørelsen fremstår som manglende interesse fra rettens side i synspunktet, måske blot dækker over vanskelighederne ved at bedømme tabets detaljer, som derfor ikke kommer til at fremgå af

32. Jfr. således denne lovs §§ 13, 18, 44, 46, 47.

33. »Haandbog i Obligationsretten, speciel Del«, p. 691 f.

34. U 1868/396.

35. U 1893/50, U 1896/1150, U 1899/894, U 1903/680, U 1908/260.

36. U 1905/512.

37. U 1888/730, U 1908/186, U 1916/943.

38. U 1909/202, U 1914/224.

39. U 1896/912, U 1909/178.

40. U 1903/548, U 1904B/240, U 1911/786.

41. U 1892/406, U 1912/418, U 1912/679, og som en speciel afgørelse U 1912/884, U 1914/950 (med note), U 1914/280.

42. Se hertil eksempelvis U 1868/676, U 1870/826, U 1875/292, U 1876/799, U 1879/554, U 1879/1128, U 1889/778, U 1889/1210, U 1892/415, U 1893/342, U 1894/288, U 1906/930, U 1911/987, U 1912/837.

afgørelsen. Og ligeledes at synspunktet gående ud på, at erstatningen skal nedsættes med den andetsteds indvundne fortjeneste, ofte slet ikke er blevet ført frem⁴³. Men det hænder på den anden side, at betragningen forkastes positivt⁴⁴.

Som sagt aktualiseredes imidlertid i takt med den øgede sociale bevidsthed i befolkningen spørgsmål, som lå ud over de snævert kontraktlige. Især drejede det sig om retten til betaling uanset fravær.

I slutningen af firserne var det blevet statueret⁴⁵, at et månedslønnet bud ikke havde krav på vederlaget under sygdom. Men U 1892/749 gav en bogholderske løn under et rekreationsophold med henvisning til forholdets natur og en analogi af tyendelovens § 33⁴⁶. Denne afgørelse blev banebrydende, og i slutningen af 90erne var retsudviklingen nået så vidt, at Jul. Lassen følte sig foranlediget til at fastslå⁴⁷, at reglen i tyendelovens § 33 ikke kan anvendes uden for denne lovs område, men at det dog vist nok var naturligt at antage, at den for et tidsrum fastsatte løn tilkom arbejderens fuldt ud, selv om han en forholdsvis kortere del af tidsrummet havde været forhindret i at yde tjeneste ved uforskyldt sygdom og deslige⁴⁸. U 1906/469 anfører da også, at kontraktens sædvanemæssige forståelse måtte tilsige en handelskommis ret til hans vanlige vederlag også under sygefravær. Og denne tendens følges herefter op i senere afgørelser⁴⁹.

43. Se f. eks. U 1888/1144, U 1890/1104, U 1903/339.

44. Se eksempelvis U 1892/415.

45. U 1888/1147.

46. U 1896/973 kunne opfattes som en modsatrettet tendens men hviler nok på konkrete momenter.

47. »Haandbog i Obligationsretten, speciel Del«, p. 695.

48. Denne indstilling tilpasses iøvrigt i Ussings ajourføring af Lassens fremstilling (p. 373), hvor det anføres, at arbejdsgiveren i vedvarende forhold ikke kan ophæve kontrakten eller afdrage i lønnen, fordi arbejderens en forholdsvis kortere del af tjenestetiden er hindret p.g.a. uforskyldt sygdom.

49. Se U 1909/149 og udtalelsen i U 1913/644: »Om det end maa anses at være blevet dansk Rets Regel, for en væsentlig Del under Indflydelse af de herhen hørende positive Bestemmelser i Tyendeloven, at der tilkommer visse Medhjælpere udenfor Tyendets egentlige Kreds Løn ogsaa for den Tid, i hvilken de Vedkommende ved Sygdom ere forhindrede i at udføre deres Arbejde ...« Samme afgørelse (SHT 13/127) illustrerer dog den vaklende retsdannelse ved kun at anerkende lønkravet som en personlig ret, i hvilken eventuelle arvinger altså ikke indtræder. Formodningen for sygelønsretten blev imidlertid efterhånden ret stærk, jfr. f. eks. SHT 19/199 og SHT 27/303 og fra lærlingeområdet U 08/255, U 11/940, U 12/668. Endvidere U 22/219, U 22/522, VLT 34/88. Formodningen for betalingspligt opretholdes tilsyneladende også ved andet uforskyldt fravær, SHT 19/337 forudsætningsvis samt U 07/971 og U 19/925 om søgnehellidage.

Også dette resultat vil jævnligt kunne begrundes i et snævrere forudsætnings synspunkt. Dette synspunkt skulle imidlertid snart blive spændt til det yderste af sin bæreevne.

Med den 1. verdenskrig dukkede således et parallelt betalingsproblem op i relation til fravær i anledning af militære indkaldelser. U 1915/224 fastslår her, at en kommis, under hensyn til at der er tale om et vedvarende forhold, i hvilket hele medhjælperens arbejdskraft stilles til disposition, havde krav på gage under indkaldelsen. Og tilsvarende domme faldt snart efter i relation til andre »højere« tjenende⁵⁰, idet man dog anerkendte en ret til fradrag for indtjeningen ved militæret.

Afgørelserne søger godt nok at begrænse lønforpligtelsen ud fra en konstruktion over, hvorledes arbejdsgiveren rimeligvis ville have disponeret. Således kunne lønkravet udløbe inden for rammerne af et normalt opsigelsesvarsel, uanset om dette rent konkret ikke måtte være afgivet. Men herved skjules ikke, at man gradvis bevægede sig ud over, hvad forudsætningerne for et aldeles frit kontraktsforhold kan bære. I et sådant forhold må der jo nemlig være en nærliggende mulighed for at indfortolke forudsætningen som et normalt kontraktvilkår. Men dette synes i almindelighed at kræve, at vilkåret kan anses acceptabelt og rimeligt for parterne. Og herved vil det f. eks. også kunne være af betydning, at der er tale om en risiko, som lader sig indkalkulere ved lønfastsættelsen, eller som det dog havde været naturligt at handle om ved ansættelsen.

Dette er generelt ikke tilfældet i værnepligtssituationen, hvor det ydermere må stille sig yderst tvivlsomt, om arbejdsgiveren overhovedet kan have nogen interesse i at påtage sig ordningen, når man betænker, at arbejdsforholdet ofte vil gå sin endelige opløsning i møde.

Det er derfor nærliggende at opfatte forholdet på den måde, at afgørelserne hermed bevæger sig ind i en udvikling, der præges af det mere moderne syn på ansættelsesforholdet som delvis social kontrakt, hvilket igen er fundamentet for den udvidelse af arbejdsmarkedslovgivningen, der senere skulle komme til at finde sted.

Sammenfatning: Lovgivningen og de friere retsdannelsesfaktorer på individualrettens område.

Nu bør de skitserede historiske funktioner naturligvis ikke forlede til fejlslutninger. Frem for alt må man afholde sig fra at søge tilbage til

50. Se således U 1915/842, U 1916/314, 435, 911.

materielle resultater, som afviger fra en nutidig opfattelse af tjenesteforholdet som retligt mellemværende.

På den anden side falder det klart i øjnene, at der ud fra dansk tradition er en mulighed for alternative retsdannelser, som ikke har været fulgt lige opmærksomt op, efter at den positive regulering i love og overenskomster er blevet så omfattende, som tilfældet er. Sammenfattende vil man således kunne bygge på et forudsætningssynspunkt i lyset af det som iøvrigt er almindeligt gældende i arbejdsforhold af tilsvarende art, i det lokale område eller i branchen. Men desuden antyder materialet, at der ud fra lovgivningen og overenskomsterne måske på udfyldende basis kan opstilles visse sætninger om, hvad der er gældende i tjenstekontrakter uden for det direkte lov- eller overenskomstdækkede område.

Formålet må da være at efterforske disse alternativer nøjere. Men inden valget af metoder hertil er det naturligvis nødvendigt at gøre sig de vanskeligheder klart, som en nærmere undersøgelse må forventes at ville støde på.

Disse forekommer ret indlysende. Således kan den almindelige opfattelse af, hvad der er gældende uden for de »betroede« tjenendes rækker i pagt med udviklingen i overenskomsternes tryghedssystemer have bevæget sig bort fra den nulstilling i forhold til aftalefrihedens grundsætning, som prægede tiden omkring århundredskiftet. Men hermed aktualiseres spørgsmålet om den alternative retsdannelse også i relation til langt flere typer af arbejdsforhold end det var tilfældet i ældre tid. Samtidig er imidlertid det erfaringsmateriale, som denne retsdannelse kan støtte sig til, blevet ringere af den simple grund, at der er færre arbejdsforhold, som ikke reguleres positivt af love og overenskomster. Dette problem accelereres i nogen grad af, at disse ansættelser spreder sig over et bredere spekter af funktioner svarende til det moderne samfunds mere fleksible erhvervsstruktur. Endelig opstår et sidste iøjnefaldende problem. Medens man i ældre tid alene havde medhjælperloven at operere med, vil der under nutidens forhold komme flere regelsæt ind i billedet. Og disse regelsæts materielle løsninger kan afvige fra hinanden, uden at uoverensstemmelserne behøver at have en rationel begrundelse. Tendenserne i den positive udvikling er med andre ord uensartede, hvilket sætter retsordenen i en mere kompliceret valgsituation.

På denne baggrund er det nødvendigt ikke at sprede sig så meget, at mulighedernes mangfoldighed slører de generelle linier, men tværtimod at

koncentrere opmærksomheden om nogle af de funktioner, som må anses for at være mest nærliggende.

Muligheden af, at de kollektive overenskomster kan virke normdannende uden for deres egentlige gyldighedsområde, træder her klart frem. Men dette spørgsmål er allerede udførligt behandlet oven for under afsnit III.

Tilbage står i det væsentlige et behov for at blotlægge sammenhængen - eller vekselvirkningen om man vil - imellem lovgivningen og den retsdannelse, som finder sted på friere grundlag.

I denne forbindelse åbner der sig ud fra det oven for anførte forskellige perspektiver.

Jævnligt vil parterne i stillinger, der er ligeartede med lovens men ligger uden for dennes område, f. eks. have lejlighed til at opfatte de opstillede regler som »naturalia negotii«. Med andre ord: Lovens afgrænsning behøver ikke at opleves som afgørende af parterne. Men det kan i det hele tænkes, at loven blot udtrykker det resultat, som måtte være gældende også uden positive bestemmelser - at den så at sige blot er modelleret over den almene norm. Og herfra er afstanden ikke lang til de tilfælde, hvor retsordenens resultat på friere grundlag vil være identisk med lovens, fordi denne har været i stand til at befordre et nyt syn på principperne for tjenesteforholdets regulering.

Det, som karakteriserer denne facet af problemstillingen, er altså lovens mulige evne til at trænge igennem på et videre område - i uregulerede arbejdsforhold eller i arbejdsforhold, som på det pågældende punkt dog ikke er underkastet en positiv regel.

Noget sådant vil naturligvis være særlig nærliggende i relation til de lovkomplekser, der regulerer forholdene i bredere almindelighed for en bestemt kategori af lønmodtagere, sådan som funktionærloven og medhjælperloven gør det. Dette skyldes, at regelsæt af denne art, de generelt kontraktsnormerende, indeholder en almindelig stillingtagen til de underliggende arbejdsforholds tidsindhold (opsigelighed eller karakter af tids- eller opgavebegrænsede ansættelser) og struktur iøvrigt, herunder til misligholdelsesprincipperne og til visse forudsætningsproblemer. Denne stillingtagen vil netop i kraft af sin almene karakter i vid udstrækning være egnet til at virke udfyldende for arbejdsforhold, der ligner lovens, men hvor man ikke har taget selvstændig beslutning angående det nærmere indhold af mellemværendet.

Som indlysende eksempel herpå synes at kunne fremhæves vilkårsfast-

sættelsen for voksne medhjælpere. Efter medhjælperlovens § 34 finder denne lovs almindelige regler med enkelte undtagelser ikke direkte anvendelse i sådanne arbejdsforhold. Og ved lovrevisionen i 1961 udelod man ydermere direkte en tidligere bestemmelse om, at reglerne kom til anvendelse på medhjælpere over 18 år, når parterne ikke havde vedtaget en anden ordning. Dette skulle i henhold til forslaget til 1961-loven⁵¹ medføre, at man i mangel af anden aftale måtte falde tilbage på »dansk rets almindelige regler«. Men det vil jævnligt være svært at tænke sig, at disse regler skulle tilsige et resultat, der i de pågældende arbejdsforhold er væsensforskelligt fra det, der ligger i de generelle medhjælperregler, som man gennem årevis havde benyttet sig af⁵². Tilsvarende ræsonnementer er også nærliggende i relation til stillinger, der vel formelt ikke er omfattet af funktionærloven men dog er aldeles parallelle med de heri omtalte arbejdsforhold. Som klare eksempler kunne her fremhæves funktionærstillinger i udlandet og visse direktørkontrakter.

På den anden side er det langt fra sikkert, hvor langt denne mekanisme vil gøre sig gældende i relation til de enkelte bestemmelser.

Det er således i det hele taget ikke let at afgøre, hvilke regler der må anses for udslag af almindelige sætninger om tjenesteforhold (af den pågældende art), hvilke der omvendt efterhånden har påvirket indholdet af

51. Bemærkningerne til lovforslagets § 33.

52. Særligt pudsige fremtræder de nævnte bemærkninger i lyset af, hvad der var foregået et halvt århundrede tidligere, da justitsminister Bülow i forbindelse med fremsættelsen den 21/11 1911 af forslag til lov om retsforholdet mellem husbond og tyende sagde: »... Det er ikke tilstrækkeligt, naar Kommissionens Mindretal henviser til, at Lovgivningens almindelige Regler skulde gælde: thi der findes ingen almindelige Regler. Hvis man skred til at ophæve Tyendeloven vilde Følgen være, at man skabte en absolut Retsusikkerhed paa dette Omraade. Ingen Sagfører vilde være i Stand til, naar der rettedes Forespørgsler til ham om, hvorledes det og det Forhold var indenfor Tyendeforholdet, da med Sikkerhed at kunne besvare det. Domstolene vilde være henviste til at dømme efter Sagens Natur, som det hedder. Det vilde meget let føre til, at de dømte efter de Regler, som nu ere slaaede fast ved Fortolkning af den gældende Tyendelov, eller endnu snarere ud fra et rent frit Skøn over, hvad der bedst stemte med dette Retsforholds Natur og Karakter. Det vilde være at skabe et Forhold paa dette Omraade, som vilde være ganske i Strid med den Opgave, som Lovgivningen ellers nu sætter sig, nemlig at gaa bort fra de mange enkelte Bestemmelser, som beherske vor Civilret, og skabe en systematisk Kodifikation paa dette Omraade Det vilde dernæst ogsaa være en Slags Falliterklæring fra Lovgivningsmyndighedens Side, idet man vilde overlade Ting til Domstolene, som rettelig tilkomme Lovgivningsmagten. Man kan ikke bestride, at den Statsmyndighed der har at give Retsregler, er Lovgivningsmyndigheden, medens den, der har at anvende dem paa de enkelte Tilfælde, er Domstolene«.

de almindelige arbejdsretlige normer, og hvilke der i alt fald skaber et så naturligt holdepunkt for parternes forventninger, at der er anledning for den, som ønsker en anden ordning, til at få denne nedfældet i aftalen. Retsafgørelserne er af indlysende grunde ikke tilbøjelige til at skelne på teoretisk basis og ynder at søge holdepunkt i aftalemomenter (forudsætningskonstruktioner). Tilstedeværelsen af en eventuel generel norm kan derfor normalt højst udledes antydningssvis af de krav, der stilles til fastheden i en herfra afvigende ordning. Men klarlæggelsen af eksistensen af sådanne normer, som måtte afvige fra, hvad man vil nå frem til på rent aftaleretligt grundlag, vanskeliggøres også i anden henseende. Først og fremmest kan der således tænkes at være et tidsperspektiv inde i billedet. Man kan jo nemlig meget vel forestille sig, at retsopfattelsen efterhånden indhenter et lovfæstet retsinstitut, som fra starten af blev opfattet som alt for avanceret - eller som det udtrykkes i J 54/225 som en i »sociale hensyn begrundet afvigelse fra almindelige retsregler«, der ikke kan tillægges videregående betydning. Men dernæst er der store usikkerhedsfaktorer forbundet med selve lovgivningen. Denne bliver jævnlige til i en atmosfære af forvirring om såvel faktiske som retlige forhold, politisk pression og rene propagandahensyn. Den ulogik og manglende konsekvens, som måtte følge heraf, vil i sagens natur ofte føre til, at retsordenen i sine anvisninger af generelle løsninger snarere vil distancere sig fra de anordnede regler, end den vil tilegne sig disse uden for det direkte område.

Man kan altså næppe gøre sig forhåbninger om at nå frem til matematiske formler for retsanvendelsen på det individualarbejdsretlige område, som sikrer et overblik over denne i alle konsekvenser. Følgen heraf bliver, at man også ved kortlægningen af vekselvirkningen mellem lovgivningen og den friere retsdannelse må indskrænke sig til at illustrere juridiske funktioner så tilpas nuanceret, at de almene tendenser vil fremstå med en rimelig klarhed.

Med dette formål for øje er det herefter nødvendigt at søge frem til passende eksemplifikationer. Ud fra det anførte synes der i denne forbindelse at være 4 problemstillinger, som i særlig grad er egnede som basis for vurderingen:

1) Spørgsmålet om kontraktens tidsindhold, herunder især om den eventuelle pligt til uden positiv hjemmel herfor at iagttage et vist opsigelsesvarsel, udgør et naturligt udgangspunkt.

Ansættelsens tidsvilkår vil jo nemlig af indlysende grunde dukke op som

retligt problem i så godt som alle arbejdsforhold. Herved kan man tale om nødvendigheden for en løsning. Spørgsmålets besvarelse vil altså også være velegnet til at illustrere retsordenens veje frem til denne løsning uden for de positive regulerings område.

2) Et tilsvarende problem vil markere sig i relation til betalingsforpligtelsen i de tilfælde, hvor arbejdsydelsen udebliver på grund af hindringer på lønmodtagerside. Men dette spørgsmål er tillige relevant derved, at retsdannelsen på friere grundlag ikke nåede nogen endelig afklaring, inden udviklingen så at sige blev opslugt af udvidelserne i de positive regelsæt.

3) Man kan imidlertid ikke blive stående herved. For at opnå et indtryk af lovreglernes evne til at påvirke retsopfattelsen - eller om man vil indholdet af almindelige normer for arbejdsforholdet - er det nødvendigt at opsøge problemstillinger, hvor lovens løsning befinder sig i grænseområdet for, hvad almindelige kontraktlige overvejelser kan bære. Og i denne forbindelse vil det være en fordel, om der er tale om et forhold, som parterne ikke har nogen nærliggende anledning til at løse ved direkte aftale, således at muligheden for at søge holdepunkt i en forudsætningskonstruktion bliver mindre nærliggende. I denne forbindelse kunne det være relevant at fremdrage det allerede skitserede spørgsmål om grundlaget for udmåling af erstatning i anledning af tilsidesættelse af kontraktens tidsindhold.

4) Virkningen af lovregler, som instituerer ordninger, der anses at ligge klart ud over, hvad man kan nå frem til på friere grundlag, er ikke helt uden interesse. Dette skyldes bl.a., at det måske herved samtidig er muligt at få et indtryk af sådanne ordningers indvirkning på den retsopfattelse, som beherskede området, inden reglen blev etableret, og af de synspunkter, der begrunder reglens forkastelse på et videre felt. I den anledning vil det især være nærliggende at tage spørgsmålet op om adgangen til godtgørelse for usaglig afskedigelse (således i funktionærlovens § 2 b og sømandslovens §§ 18 og 43).

1. Kontraktens tidsvilkår

Indholdet af kontraktens tidsvilkår uden for de positive retsreglers område har tiltrukket sig en vis interesse i den arbejdsretlige litteratur.

Som regel er udtalelserne herom dog ret bredt holdt. Mest generel er

Ussing, som i *Enkelte Kontrakter*⁵³ vil tage udgangspunkt i selve aftalen⁵⁴, eller, hvor der ikke heri kan findes holdepunkter for en løsning, i sædvaner. Foreligger der heller ingen sådanne, antages der at måtte gives et efter forholdene rimeligt varsel⁵⁵. Illum⁵⁶ henviser til, at hvert fags særlige forhold og kutymer bliver udslagsgivende, hvorved i tvivlstilfælde den almindelige arbejdskontraktret må være vejledende, medens Carlsen⁵⁷ i funktionærlovens grænseland vil bygge på kutymer og på, hvad der i det enkelte tilfælde findes rimeligt⁵⁸.

Problemet har ikke i nyere tid været undersøgt ud fra retspraksis.

En af vanskelighederne ved en sådan undersøgelse består naturligvis deri, at antallet af afgørelser, som lader sig nyttiggøre, er blevet væsentligt mindre i takt med udviklingen i de positive regelsæt. Herved spiller det også en rolle, at denne udvikling har bidraget til at fjerne opmærksomheden fra de retsdannelsesfaktorer, som ville gøre sig gældende på friere grundlag. Af den grund er betydningen af disse regelsæt for de mere almene overvejelser over kontraktens tidsindhold på de unormerede områder kun kommet sporadisk frem, ligesom brugeligheden af ældre domme, som stadig måtte være relevante, i nogen grad er gået i glemmebogen.

53. P. 373 f.

54. Er forholdet således indgået månedsvist, antages det, at opsigelsesvarslet er en halv måned eller 14 dage - jfr. analogien af den daværende medhjælperlovs § 5. - medens forhold, der er indgået ugevis, anses for indgået således, at opsigelse kan ske uden varsel til ugens udgang. Efter omstændighederne vil Ussing dog også lægge vægt på, om lønnen er fastsat for en tidsperiode, og om aftalen fastslår lønnens forfaldstid. Når lønnen forfalder månedsvist, antages det således, at formodningen er for, at forholdet er indgået for perioder på mindst en måned, medens ugentlig lønudbetaling ikke behøver at vise, at arbejderen er antaget ugevis. Er der vedtaget prøvetid, skulle det medføre, at der intet varsel er.

55. Jfr. »Obligationsretten, almindelig Del«, 4. udg. p. 421 f, hvor tilstanden sammenfattes derhen, at man uden for de områder, der er dækket af lov eller sædvanemæssige opfattelser, må gå ud fra, hvad der er almindeligt brugt, og hvad der skønnes at være en rimelig ordning, der gennemsnitligt passer med aftaler af den pågældende art.

56. »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 179.

57. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 75 f.

58. Kobbernagel (»Direktøren« 2. udg. p. 74) berører en flig af samme problemstilling i sin gennemgang af direktørens retsforhold. Denne forfatter vil her afvise funktionærlovens regler, og udgangspunktet må, siges det, være, at der skal gives et rimeligt varsel, hvilket igen vil bero på det enkelte tilfældes særlige karakter og på, hvad der er sædvane i tilsvarende forhold. Her ud fra slutes, at 3 måneders varsel fra arbejdsgiverside sikkert må anses som minimum, dog at der særligt efter længere tids ansættelse nok må gives en større frist. En øvre begrænsning antages dog at ligge ved 6 måneders varsel.

På det foreliggende grundlag synes det billede, som tegner sig, imidlertid groft set at tage sig ud som følger:

I centrum for overvejelserne står forestillingen om, at der til de forskellige typer af ansættelsesforhold er knyttet visse naturlige forudsætninger m.h.t. hvilke tidsvilkår der er gældende. Således kredser afgørelserne jævnlgt om det moment, som ligger i »stillingens art«, »ansættelsesforholdets karakter« eller »beskaffenhed«, »arbejdstagerens funktioner« o.l.

Mest indlysende vil en pligt til at iagttage varsel naturligvis være, hvor det drejer sig om ledende eller betroede medarbejdere⁵⁹. Dette kan begrundes i, at begge parter her selv uden udtrykkelig vedtagelse må forudsætte en større fasthed i forholdet. Men den omstændighed i det hele, at arbejdet blot kræver videregående kvalifikationer end en faglært eller ufaglært arbejders eller er mere betroet og selvstændigt, trækker tilsyneladende i samme retning⁶⁰. Og i det hele spores en tendens til at tilkende varsel, når man befinder sig uden for det traditionelle arbejderområde⁶¹. Muligvis er dette en konsekvens af, at ansættelser her typisk er af varigere karakter. Men denne begrundelse synes dog ikke i sig selv at være et afgørende led i karakteristikken af de funktioner, som er befæstet med opsigelsesvarsel.

I egentlige arbejderforhold og stillinger, som traditionelt sidestilles hermed, synes det teoretiske udgangspunkt derimod at være det modsatte⁶². Dette fastholdes undertiden, selv om det f. eks. gennem kollektive overenskomster på området er blevet mere almindeligt at give varsel⁶³. Men afgørelserne er dog som regel i ret høj grad påvirkelige for de tendenser,

59. Jfr. således SHT 42/192, der i overensstemmelse med ældre praksis forudsætter, at ledende stillinger »efter almindelige Retsregler« berettiger til 3 måneders varsel. Tillige U 77/152, hvor dette moment opregnes sammen med andre, samt U 41/1020.

60. Jfr. SHT 42/192 (1 måneders varsel til den 1. i en måned for en maskinkonstruktør) og SHT 45/256 (3 måneders varsel til en radiotekniker) samt forudsætningen i SHT 53/296 (sammenlign SHT 40/331, hvor resultatet blev det modsatte).

61. Således U 34/1067 (»passende« varsel til et par musikere - sagen dog måske konkret begrundet, sammenlign HRT 33/525) U 45/348 (3 måneders varsel for en billedhugger, der arbejdede som tegner), måske U 51/333 (3 måneder for en byagent), J 39/170 (sanglærer) og J 39/183 (massøse). Jfr. også U 71/734 (rejselæder) og U 74/481 (pølsehandler), hvor arbejdets art nævnes sammen med andre begrundelser, således de i sagen foreliggende oplysninger om det i lignende ansættelsesforhold sædvanlige.

62. Jfr. således SHT 38/216, U 18/236.

63. ØLT 29/516, J 54/251.

som antydes af sådanne ordninger⁶⁴. Dette er f.eks. kommet frem i relation til hotel- og restaurationspersonale af forskellig art. Karakteristisk er her U 51/633, der giver en buffetjomfru 14 dages opsigelse til en måneds udgang, ud fra hvad der sædvanemæssigt gælder i restaurationsvirksomheder, og ligeledes J 46/322, hvor sædvanen i konsekvens af overenskomsten på området antoges at tilsige et 8 dages varsel⁶⁵. Men tillige kunne nævnes U 34/1130, der vurderer varslet for en portier i lyset af, hvad der gjaldt med hensyn til andre i hotelbranchen ansatte ikke fastlønnede personer^{66,67}.

I grænseområdet befinder sig en række forskelligartede arbejdsforhold. Her er en vicevært ikke blevet anset at have krav på længere opsigelsestid end den, som konkret blev givet ham på ca. 1 måned, J 39/227⁶⁸, medens en salgschauffør uden for funktionærloven ikke »naturligt« kunne sammenstilles med timelønnede arbejdere, hvorfor der blev givet en uges varsel, svarende til hvad der tilkom ugelønnede medhjælpere iøvrigt, J 43/142. Ligeledes er en skytte blevet tilkendt 3 måneders varsel, ØLT 28/270 (U 28/981), medens en radiotekniker ansås for tilstrækkeligt tilgodeset med 1 uges opsigelsesfrist SHT 53/296. Endelig er det blevet antaget, at en modist »sædvanemæssigt« havde 14 dages varsel, J 42/313, uden at denne sædvanes oprindelse blev nærmere oplyst.

Det anførte giver selvsagt rig grobund for tvivl. Det kan derfor ikke undre, at man jævnligt søger at bestyrke resultatet med de begrundelser, som lader sig hente i sagens konkrete omstændigheder.

I denne forbindelse indtager ansættelsesforholdets faktiske eller for-

64. Jfr. SHT 40/331 (bogtrykker, ikke ret til mere end 8 dages varsel, der var det normale inden for faget), J 58/145 (overenskomsten tilsagde sædvanemæssigt 8 dages varsel til en slagtersvend), og i det hele fremstillingen oven for under afsnit III A.1.b. om overenskomsternes betydning for udenforstående.

65. Se iøvrigt SHT 38/282 om en bartender og U 41/1004 (en serveringsmedhjælperes varsel fastlagt efter oplysningerne om de sædvanlige varsler for serveringspersonale).

66. Iøvrigt U 26/415, hvor der dog var konkrete omstændigheder inde i sagen og VLT 44/289.

67. Undertiden ansættes varslet blot ud fra hvad der skønnes passende, uden at grundlaget herfor anføres nærmere, således SHT 43/301 om en marketenderske.

ventede varighed selvfølgelig en helt central placering⁶⁹. Men i enkeltstående tilfælde er også lønnens form blevet tillagt betydning. U 57/210 antager således, at det måtte have formodningen for sig, at en månedslønnet nattevagt var antaget månedsvis. Opsigelse måtte herefter i analogi af medhjælperlovens § 5 finde sted den 15. i måneden til fratrædelse ved dennes udgang. Og på linie hermed ligger J 39/170, der gav en månedslønnet lærer 1 måneds varsel til den 1. i en måned, samt J 40/187, der også anvendte medhjælperlovens analogi. På den anden side er ugeløn ikke blevet anset for at stille sig hindrende i vejen for det længere opsigelsesvarsel, som kan udledes på andet grundlag, SHT 32/68. I denne forbindelse er det i parentes bemærket på overenskomstområderne blevet antaget, at det ikke er udelukket at afskedige ugelønnede midt i en lønningsuge⁷⁰. Endelig kan det naturligvis tænkes, at lønmodtagerens forventning om opsigelsestid er således velbegrundet i konkrete forhold, at der kan støttes retskrav herpå^{71,72}.

Generelt er det altså tydeligt, at kontraktens tidsvilkår i væsentlig grad afhænger af, hvad der anses for gængs brug i tilsvarende stillinger. Men medens der til visse ansættelser allerede efter disses art er knyttet en formodning om varslingspligt, er brugen af sådanne varsler på andre områder endnu ikke således indarbejdet, at man kan undlade at sandsynliggøre en praksis herfor. Dette gælder således i arbejdsforhold, der traditionelt er blevet henført til de faglærte eller ufaglærte arbejderes område.

68. Parallelt hertil J 39/224.

69. U 28/91 om en vikarlærer, der havde haft nogen føje til at gå ud fra, at vikariatet ikke var rent midlertidigt (heroverfor dog U 33/788), U 69/733 med en tilsvarende begrundelse, og mere generelt U 71/734 samt U 74/481. Endvidere U 77/152, SHT 54/125 og J 40/187, der lægger vægt på ansættelsens lange varighed. Endelig VLT 31/125 om en værktøjsmager, der bl.a. oppebar årsløn men med ugevis udbetaling.

70. Se Allan Rise, »Faglig Voldgift«, 3. udg. p. 480 og FVK 2/3 41. 21/10 44, 20/2 58, 12/11 62, men cfr. forudsætningen i FVK 1/6 56. Afgørende for overenskomstens forståelse er dog selvsagt fagets kutymen. Iøvrigt Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 179.

71. Jfr. f. eks. J 41/152, hvorefter en køkkenchef kunne regne med at være ansat for sæsonen, og U 26/415, hvorefter den pågældende selv skulle aflønne en anden medarbejder, der var lønnet månedsvis. Herved kunne også nævnes U 64/734 om en turistfører, hvis ansættelse ikke helt uden varsel kunne bringes til ophør, da pågældende fra arbejdsgiveren havde fået tilsagn om hver dag at få den første tur. Om konkret holdepunkt i modsat retning, J 39/171.

72. Firmaets praksis vil også efter omstændighederne være af betydning. U 41/1006 støtter rimeligheden i at anordne et varsel svarende til det sædvanlige for serveringspersonale på virksomhedens sædvanlige ansættelsesvilkår. Se også J 39/170 og U 50/926. I U 66/743 må de reglementsvisse afskedigelsesvilkår nærmest siges at indgå direkte i kontrakten.

Men en konkret sandsynliggjort fastere brug synes også at kunne fortrænge det løsere udgangspunkt, som ligger i selve stillingen, jfr. således J 39/183 og U 77/152, hvorefter sædvanemæssigt særligt varsel forudsættes at gå forud for det, som mere almindeligt måtte følge af retspraksis i overensstemmelse med lønmodtagerens funktioner⁷³.

Den omstændighed, at afgørelserne jævnligt henviser til sædvaner, giver dog næppe basis for at udlede en sammenhæng med den traditionelle opfattelse af sædvanerettens betingelser. Det er således tydeligt, at der er tale om en almindelig aftaleretlig funktion, og at sproganvendelsen er ret løs. Kun hvor der har været spørgsmål om at fortrænge deklaratoriske lovregler, er der blevet opstillet strengere krav til den pågældende brug⁷⁴. Men dette er for så vidt den naturlige konsekvens af, at der må kræves et rimeligt aftalemæssigt holdepunkt for at fortrænge udfyldende lovbestemmelser, hvilket igen synes at forudsætte, at kutymen indgår i parternes bevidsthed i højere grad end lovens forskrifter. I almindelighed stilles der ikke særligt håndgribelige krav til den sædvane, kutyme eller brug, hvortil afgørelserne henviser, herunder til dennes eventuelle alder. Men måske bør den dog være snævrere forudselig, jfr. således U 51/633, hvorefter en særlig opsigelsesregel ved sygdom ikke kunne finde anvendelse.

Sammenholder man dette med de ovenfor under afsnit III A.1.b. refererede afgørelser om den kollektive overenskomsts virkning i almindelighed i forholdet mellem udenforstående parter, synes betydningen af den sædvanlige brug i virkeligheden væsentligst at kunne søges i 2 forhold: *Dels* bestyrkes herigennem et resultat, som også af andre grunde måtte fremstå som rimeligt, og *dels* bør en passende almen brug inden for et område dog

73. Jfr. også U 41/1020, hvorefter »egentlige« sædvaner antages at gå forud for overført anvendelse af funktionærlovens regler, og U 32/426, hvor man lagde overenskomstens varsel til grund, selv om der var tale om en overtjenerstilling, idet overenskomsten ikke sondrede mellem tjenere og overtjenere. Samtidig er antaget, at medlemskab af forbundet vil trække i retning af, at der kun gives overenskomstmæssigt varsel, selv om det, som kunne udledes på friere grundlag, muligvis havde været længere, se U 28/223 og U 29/1166. Se dog også U 28/59, hvor overenskomsten formelt ikke ville omfatte den pågældende stilling.

74. Jfr. U 51/16 H fra sømandslovens område. Her lægges vægt på, at kutymen var almindeligt kendt og anvendt, samt at den part, som gjorde den gældende, havde været berettiget til at gå ud fra, at modparten var bekendt med kutymen og på det rene med, at forhyringen skete i overensstemmelse hermed. (Tilsvarende U 53/144). Og i den sagkyndige udtalelse, som ligger til grund for anerkendelse af sådan kutyme i et tilsvarende tilfælde, U 36/528 tales om, at denne er gammel, fast og almindeligt kendt. Se også J 39/179.

opfordre den part, som ønsker en afvigende ordning, til at søge forholdet afklaret i tide.

Det anførte turde nok tilsige en stramning af den anvendte sprogbrug⁷⁵. Den juridiske terminologi udgør kun en lettelse for retsanvendelsen, såfremt de udtryk, der benyttes, klassificerer de forekommende fænomener på en sådan måde, at funktioner, der er i det væsentlige ensartede, dækkes af fælles betegnelser. Herved ville det være naturligt at forbeholde sædvanen som retligt begreb for den mere almene retlige foreteelse, som ikke er knyttet til aftalerettens snævrere område⁷⁶, medens kutymbegrebet passende turde referere til praksis, der med aftalekvalitet opfylder betingelserne for at kunne fortrænge deklatorisk lovgivning. Disse udtryk bør derimod ikke anvendes om skik og brug af anden art, almindelig praksis o. l., som blot ud fra et skøn tjener til at skærpe kravene til parternes agtpågivenhed, uden at denne funktion lader sig opsamle i fastere formler.

Den omstændighed, at betydningen af praksis ikke kan opsamles i sådanne formler, indebærer nogen usikkerhed m.h.t. det nærmere indhold af det varsel, som skal gives.

I denne situation er det væsentligt at hæfte sig ved, at funktionærloven og medhjælperloven godt nok i kraft af deres eksistens har bestyrket de almene forestillinger om, at visse stillinger er befæstet med en pligt til at iagttage varslingsfrist, men tilsyneladende kun i meget begrænset udstrækning har dannet basis for disse varslers konkrete udmåling. Ofte vil man ganske vist anordne resultater, som er parallelle med lovens⁷⁷. Men en eventuel sammenhæng med denne fremgår kun i enkeltstående tilfælde af afgørelserne, og tilbøjeligheden til at søge en parallelitet er absolut ikke-påtrængende. Der kan således påvises mange eksempler på, at retten har følt sig frit stillet⁷⁸. Dette gælder endog i de tilfælde, hvor arbejdsforholdet kun af mere formelle grunde er holdt uden for loven - således ved

75. Som dog harmonerer med købelovens, kommissionslovens og aftalelovens sprogbrug.

76. Særligt inden for retslæren.

77. Klarest U 41/1020, der direkte henviser til funktionærloven, og måske også U 75/97, som henviser til princippet i lovens opsigelsesbestemmelse. Tillige U 57/210 og J 40/186. der anvendte analogien af medhjælperloven. Andre gange anvender man et varsel, som tidsmæssigt svarer til lovens, men uden at den eventuelle påvirkning herfra lader sig eftervise, således U 69/733.

78. J 43/142, J 39/224, J 39/183, SHT 42/192, SHT 45/256, SHT 53/296, SHT 54/125, U 74/481. Om varsler, der blev ansat længere: U 77/152 (direktør), jfr. iøvrigt U 38/921.

ikke-opfyldelse af 15 timers kravet og kravet om tjenestestilling i funktionærlovens § 179.⁸⁰

Resultatet er således på én gang positivt og negativt. Positivt fordi der dog fremtræder en farbar vej for udfyldelse af kontrakten med opsigelsesvilkår, som er forsvarlige i lyset af dennes øvrige indhold. Negativt derved at den nyere lovgivning tilsyneladende ikke har befrugtet retsudviklingen i større udstrækning uden for det direkte berørte område.

Sidstnævnte lader sig vel forklare ved, at sådanne regler i særlig grad må opfordre den, som ikke er direkte omfattet heraf, til at sikre sig en udtrykkelig aftale herom, såfremt han ønsker tilsvarende vilkår. Men dels er disse regelsæts område i sig selv ganske flydende og uigennemsigtigt, hvorved der i grænseområdet let vil kunne oparbejdes forventninger ud fra en vildfarelse om, at loven finder anvendelse på forholdet. Og dels er en række arbejdsforhold, ikke mindst i dette grænseområde, ved positive aftaler helt eller delvis blevet henført under de eksisterende love, hvilket skaber et nyt grundlag for konstateringen af, hvad der er almindeligt gældende. Fastholdelsen af de normer, som ligger i ældre praksis, vil endelig være unaturlig, så vidt som denne praksis i modsætning til de lovfæstede ordninger ikke mere er alment kendt eller brugt. Det kan derfor heller ikke undre, at H. G. Carlsen⁸¹ opbløder sin principielle afvisning af, at funktionærloven uden særlig aftale skulle kunne finde anvendelse uden for sit egentlige område, med en bemærkning om, at den tidligere paritet i opsigelsesvarslerne muligt er brudt under de ændrede forhold.

Det kan imidlertid næppe udelukkes, at det resultat, som således fremstår af de foreliggende afgørelser, i nogen grad må tilskrives den måde, hvorpå problemerne forelægges retsinstanterne. Således opdyrkes tilsyneladende kun i ringe grad, f. eks. i subsidiære påstande, muligheden for at

79. SHT 54/125. Dette problem har også været fremme, hvor forholdet formelt faldt uden for loven i kraft af dets tilknytning til udlandet. Men her vil det oftest blive løst ud fra en konstruktion over, hvorvidt loven eller fremmede retsregler var forudsat anvendelige på forholdet, se eksempelvis U 55/727. U 71/734 tager dog udgangspunkt i »almindelige kontraktretlige regler, der må antages at gælde i arbejdsforhold af lignende art, når Funktionærloven ikke gælder«. Men parterne var her enige om, at forholdet skulle afgøres efter dansk ret.

80. Indenfor funktionærlovens område må muligheden for at gøre varsler gældende ud fra ældre retspraksis anses for prækluderet, SHT 39/217 (U 39/1128), VLT 39/374, U 40/679. Herover for Kaj Petersen i U 39 B/256.

81. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. /6 t.

give varslingspligten et alternativt grundlag⁸². Og de forsøg, der er gjort i denne retning, fremtræder i det hele også jævnlige ret famlende.

Men uden for det rent principielle problem om bærekraften i en sådan retsanvendelse falder det iøvrigt i øjnene, at man er tilbøjelig til at gå let hen over de holdepunkter, som måtte være at finde i den måde, det konkrete arbejdsforhold er blevet administreret på mellem parterne. Det er ganske vist antaget⁸³, at der må kræves meget stærke holdepunkter for at gå ud fra, at arbejdsgiveren, der på visse punkter har givet funktionærgoder, også i anden henseende har påtaget sig lovens forpligtelser. Men denne antagelse behøver ikke være holdbar under alle forhold. Væsentligt er herved, at opsigelsesspørgsmålet kun er et enkelt led i et kontraktligt helhedsbillede, som ikke uden videre kan opløses i sine enkelte bestanddele. Ydelsen af visse funktionærgoder uden baggrund i en aftale, der er så udførlig, at den fremstår som udtømmende, vil f. eks. jævnlige kunne give lønmodtageren et indtryk af, at han i det hele kan regne med lovens tryksgoder. Dette kan igen have påvirket hans indstilling til den styrke, hvormed de egentlige lønkrav bør fremmes. Alt afhængigt af de nærmere omstændigheder, herunder af om forholdet i den ene eller anden henseende er blevet forvaltet på en måde, som bør give arbejdstageren anledning til at reagere, vil det altså være naturligt at pålægge arbejdsgiveren en vis risiko for, at der oparbejdes forventninger om særlig ansættelsestryk⁸⁴.

2. Betaling uanset fravær.

Som tidligere refereret var retsanvendelsen allerede i årene inden funktionærloven nået frem til at antage, at kravet på vederlag i visse arbejds-

82. Se til eksempel antydningen heraf i U 66/886, hvor retten anfører, at lønmodtageren jo ikke havde påberåbt sig varsel på andet grundlag end lovens. Se også U 59/201, hvor arbejdstageren ikke fik anerkendt en ledende stilling under funktionærloven, og til sammenligning SHT 17/408 og 19/318 om kutymemæssigt varsel til ledere, der næppe ville opfylde kravet i sammes § 1.

83. H. G. Carlsen »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p 74 f.

84. Særlig grund til at opklare arbejdsforholdets praksis synes der således at være, hvor funktionærstatus efter loven bortfalder (degenererer) i kraft af ændrede arbejdsforhold, uden at dette er blevet markeret i vilkårsfastsættelsen. U 45/299, U 60/943 og U 75/1113 kunne måske have været begrundet i et sådant synspunkt, som efter omstændighederne muligvis også ville have ført til et andet resultat i J 39/119. (I J 40/118 havde funktionærstillingen kun været kortvarig og forsøgsvis). Men det turde også ofte være aktuelt, når arbejdsforholdet i almindelig opfattelse fremstår som en funktionærstilling, men af tekniske grunde, f. eks. ikke-opfyldelse af 15 timers kravet, jfr. U 68/643, falder uden for loven.

forhold opretholdes uanset lønmodtagerens fravær i anledning af indtrædende hindringer på hans egen side.

Dette afspejles i den arbejdsretlige teori. Således vil Ussing⁸⁵ i varigere ansættelser give sygeløn i »analogi« af funktionærlovens regel, ligesom han vil hævde »lignende regler« som de for funktionærer gældende i værnepligtssituationen. I tilknytning hertil betragtes graviditetsfravær som »lovligt forfald«, hvilket harmonerer med Kaj Petersens sammenfatning af tilstanden på funktionærområdet før indførelsen af reglerne om barselsløn⁸⁶. Herefter skulle kvinden således kun kunne siges op med almindeligt varsel og med løn indtil fratrædelsesdagen.

Tendenserne var imidlertid ikke ganske entydige. Især brød medhjælperloven med det opstillede princip. Efter dennes § 9, stk. 4 medførte fravær forårsaget af andet end sygdom og ferie fortabelse af en forholdsmæssig andel af lønnen. I konsekvens heraf kunne f. eks. medhjælperens indkaldelse til aftjening af værnepligt ganske vist ikke betragtes som kontraksbrud, men om noget lønkrav var der ikke tale⁸⁷. Og på de traditionelle arbejderområder hyldede man før som nu en ordening, hvorefter der kun var pligt til at svare vederlag for udført arbejde.

Retsopfattelsen nåede imidlertid ikke at stabilisere sig med samme fasthed som i relation til opsigelsesspørgsmålet, inden opmærksomheden blev bundet af udviklingen i de positive regelsæt. Sætningen om, at der i mangel af sikker hjemmel for det modsatte kun skal præsteres vederlag for udført arbejde, antages fortsat uforbeholdent i relation til de kollektive overenskomster (udtrykt i princippet om arbejdstidens »effektive« udnyttelse)⁸⁸.

Og anerkendelsen af dette principielle udgangspunkt har tilsyneladende bredt sig. I 1961 slettede man således reglen i medhjælperlovens § 9 stk. 4

85. »Enkelte Kontrakter« p. 358 ff.

86. U 39 B/260.

87. Frost og Holm, »Medhjælperloven«, 3. udg. p. 106 og U 53/338.

88. Hertil Per Jacobsen »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 552 og 578 samt Allan Rise »Overenskomstfortolkning ved faglig Voldgift«, p. 232 ff, med de der citerede kendelser. Se i øvrigt FVK 26/9 72 (lønafkortning på ugelønsområde efter at snefald havde hindret fremmøde) FVK 16/6 48: Ugelønsformen medfører ikke i sig selv pligt til at betale for ikke udført tid, og sag 3396. Praksis, der går imod det principielle udgangspunkt, er sparsom. FVK 25/1 74 statuerer ud fra en risikobetragtning betalingsforpligtelse for en lungeundersøgelse, som nogle arbejdere skulle gennemgå, fordi arbejdet havde rummet mulighed for smitte. Men her nærmer man sig de tilfælde, hvor fraværsårsagen ikke længere kan siges at ligge alene på lønmodtagerside.

under henvisning til, at den var overflødig. Og denne ordning af mellemværendet anerkendes også lejlighedsvis i retspraksis. I denne forbindelse kan fremhæves U 42/213, der udtaler, at et bud med 1 uges opsigelsesvarsel ikke havde krav på sygeløn, da der ikke ved »Lov, Overenskomst, Aftale eller bindende Sædvane« var sikret ham sådan⁸⁹.

Her over for står imidlertid modsat rettede tendenser på andre områder. Således antager H. G. Carlsen⁹⁰, at de før 1938 gældende regler har virkning for funktionærer uden for funktionærloven. Dette skulle bl.a. medføre, at sådanne medarbejdere i de fleste tilfælde vil have krav på sygeløn inden for det dem tilkommende opsigelsesvarsel. Derimod skulle gravide kun have krav på løn til datoen for uarbejdsdygtigheden (?) Kobbernagel⁹¹ udtaler noget bredere, at funktionærlovens regel om, at sygdom er »lovligt forfald«, (d.v.s. betalingsberettigende), indtil opsigelse med lovligt varsel er udtryk for almindelige retsregler, som vil gælde også uden speciel lovhjemmel, af hvilken grund de kan have vejledende betydning også uden for det område, loven angår⁹².

I forlængelse heraf står visse afgørelser, der anordner en betalingsforpligtelse uden udtrykkelig hjemmel herfor. J 40/186 tilkender således en rengøringskone sygeløn i analogi af medhjælperlovens regel under hensyn til den lange ansættelsestid (2 år) og lønnens månedsvise udbetaling. Og en identisk afgørelse er refereret i J 48/313, der tillige lægger vægt på, at der var ydet ferie med løn. Tilbøjeligheden til at søge et resultat ud fra en konstruktion over lønftalens forudsætninger synes også at genfindes i J 52/73, der ikke vil tillade fradrag i en månedslønnet tjenestemand's løn for 3/4 times fravær til bestridelse af et hverv som værge, og i (den nu uaktuelle) J 53/162, der ud fra fraværets ubetydelige omfang og den omstændighed, at det ikke kunne lægges den pågældende til last, tilkender en tømrerlærling fuld løn under dagskoleundervisning⁹³. Endelig foreligger

89. Sml. U 33/787, der i et tilfælde af arbejdsmangel udtalte, at en murerlærling ud fra forholdets beskaffenhed og ud fra, hvad der var sædvanligt i faget, ikke kunne få betaling for den manglende tid. Endvidere lagde man vægt på arbejdsforholdets praksis.

90. »Dansk Funktionærret«, 2. udg., p. 76.

91. »Direktøren«, 2. udg., p. 69 f.

92. Herved iøvrigt Paal Berg, »Arbejdsrett« p. 107 f og Folke Schmidt, »Löntagarrätt« p. 207 f. Se også »Tjänsteavtalet« (1. udg.) p. 335 ff.

93. Sådanne ordninger genfindes også undertiden på overenskomstområderne - tydeligst i de såkaldte »fuldløns« søgnehelligdagssystemer. Der tænkes herved på tilfælde, hvor overenskomsten antages at måtte forstås således, at der ikke kan gøres fradrag i den anordnede uge- eller månedsløn for indtrædende søgnehelligdage. Hertil iøvrigt U 1907/971.

der en nyere voldgiftskendelse (FVK 23/8 79) som antager at en funktionær uden for funktionærloven (beskæftigelse i Grønland) ved graviditet må behandles efter sygebetalingsreglerne.

De anførte tendenser nåede aldrig at blive konfirmeret i de overordnede retsinstanser. Ikke desto mindre antyder de en holdning til problemet, som er iøjnefaldende parallel til den, som i forrige århundrede havde været grundlag for udviklingen af opsigelsesreglerne.

Det er dog indlysende, at vejen blokeres i det øjeblik, der fra arbejdsgiverside manifesteres et klart standpunkt imod den anførte ordning. Domstolens muligheder er af udfyldende karakter. Og den omstændighed i sig selv, at fraværet gøres til genstand for omfattende regulering i overenskomster og lovgivning ud fra en klar forudsætning om manglende betalingsret, vil også tale for, at der må kræves stærkere holdepunkter for lønmodtagerens forventning om fortsat ydelse uanset arbejdsforpligtelsens ikke-opfyldelse⁹⁴.

Dette må da stort set antages at være dansk rets stadi i dag. Udelukkes kan det således ikke, at visse arbejdsforhold efter deres beskaffenhed afgiver formodning for en sygelønsret, eller at der kan drages slutninger ud fra betalingsformen sammenholdt med den omstændighed, at det konkrete fravær er statistisk indregneligt i vederlaget. Men helt afgørende bliver her de regeldannelser, som iøvrigt omgærder ansættelsesforholdet og naturligvis parternes praksis i dettes øvrige relationer.

3. Erstatningsreglernes anvendelse.

Retten til at kræve erstatning af modparten i anledning af ansvarspådragende adfærd hos denne kan blive aktuel i forskellige relationer i det løbende ansættelsesforhold. Stærkest opmærksomhed påkalder dog normalt det krav sig, som grundes i en tilsidesættelse af kontraktens tidsindhold. De nærmere omstændigheder kan herved være, at forholdet ophæves på grund af misligholdelse. Men der kan også være tale om uberettiget bortgang eller bortvisning, eller om at lønmodtageren uberettiget undlader at tiltræde tjenesten (udebliver) henholdsvis afvises af arbejdsgiveren på dette tidspunkt.

⁹⁴. Jfr. U 56/827 om graviditetsbetinget uarbejdsdygtighed uden for den periode, som dækkes af funktionærloven: Lønkravet ikke anerkendt. Tillige oven for under 1. om funktionærlovens virkning i relation til tidligere varsler hvilende på naturalia negotii.

Karakteristisk er, at de positive bestemmelser om denne erstatning ofte hjemler en kompensation, som i større eller mindre udstrækning afviger fra, hvad der ville være den almindelige konsekvens af reglerne om opfyldelsesinteressen⁹⁵. Således frigøres kravet jævnlige fra det lidte tab og antager karakter af en ydelse, som enten udtømmer mulighederne - hvad der kunne kaldes fikseret erstatning - eller som dog forfalder uden hensyn til den nærmere sandsynlighed for tab, men uden på den anden side at udelukke større krav efter almindelige regler (mindsteerstatning).

Regler af denne art lader sig begrunde i mange forhold. Hensynet til lønmodtageren vejer tungt, hvilket kunne tale for en ordning, der giver ham en sikker forvisning om, hvad der er at holde sig til. Forligsmulighederne fremmes også, når der lægges et på forhånd aflæseligt grundlag for kravet. Endelig kan den nærmere tabsvurdering være kompliceret og måske nødvendiggøre klarlæggelse af personlige eller forretningsmæssige forhold, som det er ubekvem at føre frem under en proces. Andre årsager kunne nævnes, men det væsentlige er, at den ubetingede erstatning ikke fremstår som ganske ugrundet og urimelig.

Det ville følgelig være nærliggende at tænke sig, at den brede opbakning princippet herom har i love og overenskomster måtte påvirke opfattelsen af, hvilket resultat der fremstår som det rigtige i arbejdskontrakter på friere grundlag eller omvendt kunne antages at udtrykke dette resultat.

Her vil det måske være praktisk et øjeblik at søge tilbage til de begrundelser, som formelt har dannet basis for de foreliggende, afvigende regler.

Af størst betydning er formentlig i dag funktionærlovens §§ 3 og 4, der bygger på et mindsteerstatningsprincip.

Den tabsuafhængige erstatning har her rod tilbage i tyvernes udvalgsarbejde og genfindes også i det aldrig vedtagne forslag til lov om individuelle arbejdsaftaler af 15/10 1937⁹⁶. Funktionærloven af 1938 lovfæstede imidlertid kun lønmodtagerens ret til ubetinget erstatning. Herved henvistes til, at det ofte ville være meget vanskeligt for funktionæren at dokumentere det lidte tab⁹⁷. Først med udvalgsbetænkningen af 1947 blev der tillagt virksomheden et krav på lignende grundlag. Dette skete ud fra en rimelighedsbetragtning i lyset af funktionærens tilsvarende erstatningsmulighed og »de Vanskeligheder, der ofte gør sig gældende for Arbejdsgiveren ved

95. Som f. eks. udtrykt i kommissionslovens §§ 50 og 51.

96. Jfr. dettes §§ 9 og 10.

97. Folketingsbetænkning af 6/4 1938 til lovforslaget om individuelle arbejdsaftaler, p. 2.

at bevise lidt Tab«. Ligeledes henvises til reglen i den daværende medhjælperlovs § 28 stk. 1⁹⁸. Arbejdsgiverens ubetingede erstatningskrav kom dog kun til at gælde den uretmæssige udeblivelse eller bortgang, hvorimod det ikke vandt indpas ved virksomhedens ophævelse af kontrakten på grund af grov misligholdelse. I sidstnævnte tilfælde - når arbejdsgiveren selv tager initiativet til forholdets ophør - mener betænkningen således ikke, at en regel om ubetinget erstatning er så »velbegrundet«, ligesom man anfører, at arbejdsgiveren i dette tilfælde i almindelighed vil have lettere ved at bevise tabet.

Da princippet blev gennemført i funktionærloven, havde det allerede været kendt længe. Dels byggede retspraksis som allerede beskrevet op til nyere tid på en sådan retsanvendelse, og dels havde den lovmæssige regulering af arbejdsmarkedet fra gammel tid i vid udstrækning indeholdt ordninger af denne art.

Flere af tyendelovens bestemmelser hylkede således ud fra forskellige begrundelser princippet om den tabsafhængige erstatning⁹⁹. Almindeligt henvistes til ældre tiders retstilstand, men undertiden skinnede også andre momenter igennem. F. eks. ønskede man at give tyendet adgang til imod en vis »opofrelse« at komme ud af forholdet, når senere indtrædende omstændigheder gjorde det ødelæggende for dets livsplaner at opretholde ansættelsen. Ved uretmæssig bortvisning anførtes meget rundt, at tyendet »ikke bør lide Tab«, medens erstatningsreglen for bortgang nærmest synes at hvile på rent pønale synspunkter. Karakteristisk er imidlertid generelt den ureflekterede stillingtagen, der er konsekvens af, at man opererer under et primitivt retssystem, hvilende på mere begrænsede ydre muligheder. Da Kommissionen af 1875 angående undersøgelse af arbejderforholdene i Danmark afgav betænkning, anbefalede man¹⁰⁰ da også en tilsvarende ordning i ren fortsættelse af den ældre laugslovgivning og uden at komme ind på tabsbegrænsningsproblemet.

Omkring århundredskiftet var retsudviklingen som foran nævnt nået et stykke længere. De første domme, der lagde vægt på det lidte tab, var blevet afsagt, og i »Haandbog i Obligationsretten, speciel Del«¹⁰¹, havde Jul. Lassen vendt sig imod de ældre afgørelser, der udvidede tyendelovens

98. Udvalgsbetænkningen, p. 41.

99. Se hertil tyendelovens motiver p. 21, 25 ff, 40, 41 ff.

100. Kommissionsbetænkningen af 1878, p. 14.

101. P. 691 f.

erstatningsprincip ud over denne lovs egentlige område. Hvad enten nu grunden må søges heri eller i andre omstændigheder, fandt Tyendelovkommissionen af 1905 sig foranlediget til at overveje begrundelsen for reglerne om ubetinget erstatning nærmere¹⁰². I relation til tyendets ulovlige bortgang eller udeblivelse lagde man således vægt på, at »det i sig selv er vanskeligt at afgøre, hvor stort et Tab Husbonden lider ved Tyendets Kontraktbrud, idet hverken Værdien af Tyendets Arbejde eller Størrelsen af den Husbonden forvoldte Ulempe er let at vurdere ...« Man anbefaler derfor, at erstatningen sættes til en fast og bestemt størrelse i forhold til den aftalte løn. Modsat afvises retten til erstatning herudover, selv om der måtte være tale om særlige tab eller forlegenhed. Ved ulovlig afvisning eller bortvisning vil man - iøvrigt uden nærmere begrundelse - give tyendet krav på lønnen for hele den aftalte tjenestetid, ligesom man vil pålægge arbejdsgiveren et egentligt bødeansvar. Argumentationen er vel altså udførligere end tidligere, men udtømmende og tilfredsstillende forekommer den ikke. Dette forhold afhjælpes imidlertid ikke senere hverken i denne eller anden lovgivning. I bemærkningerne til medhjælperlovsforslaget af 1961¹⁰³ udtales således blot, at man anser princippet med faste erstatninger for »hensigtsmæssigt« og »rimeligt«.

I virkeligheden udgør sømandsloven måske den bedste illustration af den vaklende kurs. Her er gennem tiden næsten alle begrundelser repræsenteret med henblik på det krav, arbejdstageren kan rejse (nuværende lovs §§ 18 og 45)^{104,105}. Oprindeligt tilkom der skibsføreren krav på »hele den ham tilsagte Hyre«, hvis han blev opsagt i utide. Skete ansættelsen på ubestemt tid, blev kravet derimod fastsat i loven til en fikseret tillægshyre på fra 1 til 3 måneders løn. Kommissionsudkastet til 1923-loven¹⁰⁶ udtaler imidlertid, at udbetalingen af den fulde hyre kan virke som en urimelig begunstiggelse, nemlig hvis den afskedigede straks får nyt arbejde, medens

102. Kommissionens betænkning 1910, første mindretals forslag p. 47 og 49 f.

103. Se bemærkningerne til dettes §§ 21, 25 og 26.

104. Ved sømandens uberettigede udeblivelse eller bortgang - »rømning« - er der hjemlet et egentligt strafansvar i sømandslovens § 69. Helt op til 1952-loven kunne en sømand endvidere risikere at miste sit hyretilgodehavende og sine ejendele om bord. Iøvrigt er retstilstanden i dag den, at den nævnte rømning kan begrunde et erstatningskrav fra rederiet for de udgifter, rømningen forvolder (A. O. Bache, Sømandsloven af 1952, specielt p. 585).

105. Se om dette udviklingsforløb A. O. Bache, »Sømandsloven af 1952«, p. 46 f og 340 f.

106. Rigsdagstidende 1922-23, tillæg A, spalte 3346-47.

de fikserede erstatningsbeløb i andre konkrete tilfælde vil virke ubilligt ved at give for lidt. Kommissionen gik derfor over til at foreslå en regel, der tager udgangspunkt i det faktisk lidte tab, idet man dog »af Hensyn til de Bevisvanskeligheder, der ofte foreligger«, vil anordne et »Normaltab«, som skal erstattes i mangel af bevis for det virkelige tabs størrelse. Dette blev også anbefalet i relation til sømandens erstatningskrav, der tidligere ligeledes havde hvilet på et princip om fikseret erstatning. Folketinget (udvalgsbetænkningen) accepterede imidlertid ikke synspunktet, men udtaler, at en sådan løsning praktisk set må anses for lidet heldig, fordi det næsten aldrig vil være gør ligt at fastslå tabet. Af denne grund gik man for mandskabets vedkommende ind for at lovfiksere erstatningen fuldt ud. I 1952 ændres bestemmelsen på ny. Med henblik på at opnå nordisk retsenhed¹⁰⁷ anordner §§ 3 og 34 her en fast standarderstatning i tilfælde af uberettiget afskedigelse, altså en erstatning, der var helt uafhængig af det lidte tab. Og også ved den seneste sømandslov (§§ 18 og 45) var problemet oppe til overvejelse. Her fastholdes princippet, men tilpasses dog således, at der nu blev tale om en mindsteerstatning, der altså ikke udelukker krav ud over det i loven anførte ud fra almindelige erstatningsregler. Som begrundelse for ændringen henviser kommissionsudkastets bemærkninger til, at reglen på denne måde bringes »mere på linie med almindelige erstatningsprincipper og erstatningsreglerne i andre love«, hvorved anføres funktionærlovens § 3 og medhjælperlovens § 23.

Uforandret gennem tiden står kun lærlingeloven, hvis nuværende regler i §§ 27 og 28, hvorefter lærlingevoldgiftsretten kan tilkende den skadelidte part erstatning, lige som den der bryder kontrakten kan straffes, har været uantastet siden lærlingeloven af 1889 (dennes §§ 18 og 19). Erstatningsreglen stammer her fra folketingsudvalgets betænkning af 23/1 1889¹⁰⁸, der anfører, at det oprindelige lovforslag var urimeligt derved, at det hindrede læremesteren i at hæve forholdet, selv om han holdt lærlingen fuldstændig skadesløs. Ligeledes mente man, at reglerne om lærlingens ret til at komme ud af kontrakten var for ubestemte. Erstatningsreglen fik derved et præg af at være en »frikøbnings«klausul og kommer således efter

107. Betænkning fra den af handelsministeriet den 31/3 1949 nedsatte kommission angående revision af sømandsloven.

108. Betænkningens p. 3.

sin oprindelse til at stå lidt ved siden af reglerne i anden nugældende lovgivning¹⁰⁹.

Også inden for de kollektive overenskomster bygger man iøvrigt i vid udstrækning på princippet om ubetinget erstatning¹¹⁰. Reglen kan her være den, at der skal ydes et beløb svarende til dagpengesatsen for det antal dage, overskridelsen andrager, eller måske mest typisk til lønnen i det tilsvarende antal dage, eventuelt - især hvad angår det arbejdstageren påhvilende ansvar - maksimeret inden for visse rammer. Undertiden er der opstillet en særlig »bod«. Og drejer det sig om akkordforhold, kan erstatningskravet være ansat til hele akkordsummen. Ved arbejderens misligholdelse kan man dog også have ordnet sig på den måde, at andelen i akkordoverskudet og evt. allerede fortjente beløb forlises. Jævnligt er overenskomstbestemmelserne imidlertid ukomplette, og det fremgår f. eks. ikke, om bortgangserstatningen tillige gælder ved ulovlig udeblivelse og bortvisning på grund af grov misligholdelse¹¹¹, om et »bods« beløb kun tilkommer den krænkede organisation eller har karakter af individualretlig misligholdelsesbeføjelse o.s.v. Og mange gange findes slet ikke skriftlige regler om erstatningsspørgsmålet. Dette er naturligvis ikke ensbetydende med, at problemet er upraktisk. Tværtimod kan der meget vel efterhånden være etableret kutymen angående sådanne kravshonorering¹¹². Men i mangel af klart holdepunkt synes der ikke at være tvivl om, at man vil falde tilbage på dansk rets almindelige erstatningsregel¹¹³. Afgørende er imid-

109. Lærlingevoldgiftsretternes praksis er ikke offentliggjort. En gennemgang af et antal afgørelser synes imidlertid at vise, at erstatningsmuligheden forvaltes særdeles liberalt og med det formål, den enkelte sags konkrete omstændigheder tilsiger. Nogen generel linie er dog vanskelig at udlede, da afgørelserne typisk er meget kortfattede og sagerne iøvrigt ofte afsluttes forligsmæssigt.

110. Sådanne bestemmelser er i en vis udstrækning refereret i de foreliggende afgørelser, se således f. eks. U 52/907, U 61/692, FVK 17/6 70, 15/11 72, 10/12 75 samt sag 7081.

111. Undertiden anerkendes denne mulighed, se f. eks. FVK 17/6 70 og 26/5 70, og undertiden ikke, se iøvrigt U 76 B/203.

112. Hvad der kan tjene til at vanskeliggøre vurderingen af, hvad der egentligt er gældende, er den omstændighed, at overenskomstparterne ikke altid synes at have været klar over, hvad almindelige regler om opfyldelsesinteressen tilsiger, og hvad altså det naturlige retlige udgangspunkt er i mangel af anden regel. Men hertil må naturligvis føjes, at den ubetingede erstatning ofte vil være hensigtsmæssig, når der kun er tale om korte varsler.

113. Som tydeligst udtrykt i en vejledende udtalelse af 14/1 1972 til brug for en voldgiftssag på bygge- og anlægsområdet: »Der foreligger pligt til at ertatte det tab, svendene har lidt ved at blive afskåret fra at fuldføre akkorden. Erstatningen, der ikke kan overstige, hvad svendene ville have tjent på den resterende del af akkorden, vil være at fastsætte under hensyn til, hvornår de atter kom i arbejde«.

lertid, at der heller ikke på overenskomstområderne synes at være en solid begrundelse at hente for en ordning af erstatningskravet uden sammenhæng med det lidte tab.

Den manglende konsistens i begrundelsen for reglerne om ubetinget erstatning er naturligvis ikke det bedste udgangspunkt for en afsmittende virkning uden for disses egentlige område. Der synes da generelt heller ikke at være tvivl om, at tendensen i retspraksis og i nogen grad også i teorien går i retning af en fastholdelse af den almindelige regel om opfyldelsesinteressen. En vis forskel kommer dog måske frem, alt efter om det er lønmodtagerens eller arbejdsgiverens ansvar, der tænkes på.

Gomard synes f. eks. i førstnævnte henseende nærmest¹¹⁴ at forudsætte, at erstatning for lønnen i opsigelsesvarslet generelt skal ydes uden fradrag af, hvad arbejdstageren har tjent eller kunne have tjent andetsteds. Og Ussing siger i »Enkelte Kontrakter«¹¹⁵, at det vil være rimeligt at beregne de uden for lovgivningen stående lavere tjenendes erstatningskrav ud fra funktionærlovens analogi, men at man bortset herfra må udmåle dem efter det virkelige tab. I Lassen-Ussings »Lærebog i Obligationsrettens specielle Del«¹¹⁶ hedder det ligeledes, at medhjælperlovens regler må anvendes analogt på vedvarende forhold, der ligner medhjælperforholdet. Og også for andre arbejdsforhold, der er indgået på kortere tid, hævdes bl.a. med henvisning til praktiske grunde retten til erstatning uden fradrag, medens erstatningen i kontrakter på længere tid menes at måtte beregnes efter det virkelige tab¹¹⁷.

Her over for står Lassen, der som nævnt allerede i 90'erne¹¹⁸ vendte sig imod anvendelsen af tyendelovens §§ 46 og 13 på andre tjenesteforhold, medmindre disse måtte antages at være indgået i henhold til tyendelovens regler. Således anføres, at de ved nævnte bestemmelser instituerede begrænsninger i tyendets ret begrundes i, at dette hurtigt kan få en anden plads, hvilket argument ikke med rimelighed kan gøres generelt gældende. Samtidig mente Lassen, at tyendelovens udelukkelse af hensyntagen til, hvad arbejdstageren har indvundet ved at spare sin ydelse, måtte være

114. »Obligationsretten i en Nødskal«, p. 122-23.

115. P. 366.

116. P. 366.

117. Se også muligvis Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 193: Erstatning uden hensyn til det lidte tab »stemmer« med almindelige regler for udmåling af erstatning for arbejdsforholdets ophævelse uden foreskrevet varsel.

118. »Håndbog i Obligationsretten, speciel Del«, p. 691 f.

u anvendelig i videre udstrækning. Begrundelsen for tyendelovens særregel - at den udgør supplementet til indskrænkningen i lønkravet og trangen til klarhed i mellemværendet - antoges således ikke at kunne bære en videregående anvendelse af ordningen. Dog erkendte Lassen, at forholdet mellem principal og handelskommis står nær ved tyendeforholdet, og at praksis var tilbøjelig til at anskue sådanne tjenendes krav på samme måde som det egentlige tyendes. Carlsen anfører meget klart¹¹⁹, at erstatning for misligholdelse til arbejdstagere i funktionærlignende stillinger, men uden for funktionærloven, må udmåles for det reelle tab alene og uden mulighed for funktionærlovens minimalerstatning¹²⁰.

Retspraksis angående følgerne af virksomhedens misligholdelse er ret omfattende. Jævnligt fremgår det ikke, om arbejdstageren har fået andet arbejde, eller det er i alt fald ikke blevet gjort gældende, at erstatningskravet må begrænses i overensstemmelse hermed¹²¹. Med nogle få undtagelser¹²² synes linien i de nyere sager, hvor der har været anledning til at tage stilling til problemet, imidlertid at være den, at erstatningskravet opgøres ud fra almindelige regler om opfyldelsesinteressen. Problemet kommer vel ikke så klart frem i tilfælde, hvor der er tale om erstatning for tab af en meget lang ansættelsestid, eller hvor der er lidt et utvivlsomt større tab end reglen om ubetinget erstatning tilsiger¹²³. Men også bortset herfra fore-

119. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 76.

120. Ligeledes Preben Lyngsø. »Afbestillingsret«, p. 356 ff.

121. Som eksempler til illustration af, hvorledes tabsbegrænsningsproblemet ikke kommer frem, kunne måske nævnes U 28/59, U 34/1067, U 41/475, U 69/733, U 74/481, U 51/333, U 69/733, SHT 42/192, SHT 45/256, SHT 54/125, HRT 33/525.

122. U 11/987 nævnes allerede af Lassen-Ussing. Herudover foreligger VLT 36/16, ØLT 37/112 samt SHT 30/125, SHT 35/20, U 66/465, der tilkender fuld erstatning for tilside-sættelse af et opsigelsesvarsel til en uden for funktionærloven stående servicemedhjælper, uden hensyn til at han havde fået andet arbejde. Afgørelsen begrundes blot ganske kort med henvisning til den pågældendes anbringende om, at der måtte gælde en analogi af funktionærlovens § 3, i hvilken forbindelse han tillige påberåbte sig principperne for erstatningsfastsættelsen i andre love om lavere tjenende, således medhjælperloven og sømandsloven. Carlsen finder i Dansk Funktionærret (p. 76, note 121) resultatet i dommen tvivlsomt.

123. Se hertil U 20/922, U 22/114, U 22/878, U 24/84, U 32/1097. U 34/981, U 36/867, U 38/59, U 75/97 og SHT 59/308, SHT 18/23, SHT 18/294, SHT 21/47, J 57/161, ØLT 15/671, hvori princippet synes at ligge klart (dog også ØLT 33/87 og SHT 50/154 (U 50/926)). U 77/152 bør måske udhæves specielt. Afgørelsen fastslår, at en direktør kunne kræve erstatning for det »lidte tab«, når han må ophæve arbejdsforholdet i utide p.g.a. arbejdsgiverens forhold. Da han ikke havde fået andet arbejde, blev der tilkendt ham 6 måneders løn, svarende til opsigelsesvarslet.

kommer tendensen klar nok. Nævnes kunne i denne forbindelse som illustration U 71/734, der tilkender erstatning ud fra et på friere grundlag fastsat opsigelsesvarsel men heri fradrager indtjeningen i anden virksomhed. U 72/935 giver også kun erstatning for indtægtstab til en tandlæge uden for funktionærloven. På linie hermed ligger U 39/8 samt U 49/470. Og U 61/1094 vil ikke yde erstatning, da der ikke var godtgjort noget tab^{124, 125, 126}.

Situationen er en lidt anden, hvor det drejer sig om det erstatningskrav, som tilkommer arbejdsgiveren.

Også her vil Lassen¹²⁷ afvise tyendelovens regler uden for denne lovs område. I almindelighed er der således i henhold til Lassens opfattelse kun basis for at kræve opfyldelsesinteressen. Lassen erkender dog også her, at »den faktiske Vanskelighed« ved at klarlægge tabet havde medført en praksis, hvorefter »Handelsbetjentes« ansvar fastsættes som svarende til lønnen for visse perioder. Lassen-Ussing¹²⁸ fastholder denne linie. Dog anføres, at medhjælperlovens særlige regler antagelig vil blive anvendt i samme omfang, da de afviger mindre fra almindelige retsgrundsætninger end tyendelovens. I *Enkelte Kontrakter*¹²⁹ anfører Ussing endelig, at udgangspunktet er det lidte tab, idet der henvises til funktionærlovens § 4 (der ganske vist som nævnt i 1938-udformningen ikke hjemlede mindsteerstatning).

124. Se iverigt U 18/551, U 19/397, U 24/95 (der direkte afviser at anvende medhjælperlovens anaogi), U 28/91, U 33/1080, U 31/620. U 34/981, U 35/218, U 42/739, U 49/991, SHT 15/236, SHT 38/5, ØLT 17/429, ØLT 23/68, ØLT 24/80, J 43/50, J 45/144. Også U 18/559.

125. På overenskomstområderne har problemet kun sporadisk været fremme. FVK 9/10 26 giver dog erstatning for arbejdstab i 4 uger for en brudt akkord, idet opmanden bemærker, at den pågældende havde gået ledig i så lang tid. Og FVK 4/4 75 fastslår, at der kun skal ydes erstatning for det lidte tab.

126. Retstilstanden kan måske også til en vis grad belyses gennem afgørelser angående erstatning for tabt feriegodtgørelse. Det er således almindeligt antaget, at selve funktionærlovens mindsteerstatningsregel kun sigter på den egentlige løn. Mindsteerstatningsprincippet udstrækkes imidlertid heller ikke på friere grundlag til erstatningen for den tabte feriegodtgørelse (U 43/1011, U 66/735, U 72/77, U 73/985, cfr. dog U 42/1178, der imidlertid ikke er begrundet). U 43/1011 begrundes ganske vist resultatet med de til grund for ferieloven liggende betragtninger og U 72/77 med ferielovens princip, hvorefter der ikke skal opspares mere feriegodtgørelse end svarende til den ferie, der skal holdes. Det afgørende synes imidlertid at være, at der naturligvis ikke skal ydes erstatning for et feriepengetab, som ikke er til stede.

127. »Håndbog i Obligationsretten, speciel Del«, p. 681 f med note 46, 48 og 49.

128. »Lærebog i Obligationsrettens specielle Del«, p. 359 ff.

129. P. 363.

Ældre retspraksis udviser ganske rigtigt en tendens til at knytte sig til tyendelovens principper som basis for erstatningsudmålingen og for anordningen af konsekvenserne af misligholdelsen iøvrigt¹³⁰. Analog anvendelse af medhjælperlovens bestemmelse afvises imidlertid positivt i U 31/334 og VLT 43/369. Og denne linie er stort set dominerende i nyere afgørelser. Et par af disse vedrører funktionærer på det tidspunkt, hvor loven forpligtede til at svare det lidte tab. Det sker da også, at dette tages ret bogstaveligt¹³¹. Vanskelighederne ved at godtgøre tabet trak imidlertid i retning af en skønsmæssig udmåling både på dette¹³² og andre områder¹³³. Viljen til at udmåle skønsmæssig erstatning alene på basis af den sandsynliggørelse for tab, der ligger i hele situationen, fremgår måske mest tydeligt af U 73/572. Også denne afgørelse vedrørte en funktionær, men i et bortvisningstilfælde, hvor funktionærlovens mindsterstatningsregel som sagt ikke gælder. Retten tilkender her virksomheden et beløb på 1000 kr. ud fra dennes blotte anbringende om at have ret til dækning for »annonceudgifter m.v.«^{134,135}.

Uden for det område, der beherskes af positive bestemmelser om ubetinget erstatning, fastholder afgørelserne altså i bred almindelighed det udgangspunkt, som ligger i den almindelige regel om opfyldelsesinteressen. Dette indebærer vel ikke, at man føler sig afskåret fra at skønne over tabet på meget frit grundlag og fra herunder at søge støtte i de lovfæstede

130. Se f. eks. U 1918/100, U 1918/897 (tilgodehavende løn fortabt).

131. Således U 47/1005 (annonceringsudgifter) sml. J 47/203.

132. Således U 44/1207.

133. U 49/930, U 42/993, U 21/108, SHT 16/101, SHT 38/289 (U 39/226), J 44/248, J 58/145.

134. Nævnes kunne i den forbindelse også U54/394, hvor arbejdsgiveren fik anerkendt sin ret til at hæve kontrakten ud fra et forudsætningssynspunkt, således at det var tvivlsomt, om funktionærlovens § 4 kunne finde anvendelse. Også her fastsattes erstatningen skønsmæssigt, selv om tabets størrelse ikke var dokumenteret, da det dog var »antageligt«, at der var lidt et sådant, (se hertil iøvrigt U 68/196). En lignende erstatningsfastsættelse fandt sted i U 52/907 om en kok på et overenskomstområde, hvor der var etableret ubetinget erstatning. Da kokken tidligere havde henholdt sig til sit medlemskab af forbundet, således at der var anledning til at lægge overenskomsten til grund for mellemværendet, og da hans bortbliven medførte en ulempe, med hensyn til hvilket det var vanskeligt at føre bevis for det lidte tab, fandt man det rimeligt at statuere en skønsmæssigt fastsat erstatning.

135. I voldgiftspraksis er spørgsmålet om arbejdsgiverens erstatningskrav ved arbejdstagerens retsbrud engang imellem dukket op. Disse sager drejer sig imidlertid jævnlige om muligheden for at gøre overenskomstens særligt fastsatte bortgangserstatning gældende, og afvises denne, nedlægges der normalt ikke fra arbejdsgiverside nogen påstand med hensyn til anvendelsen af almindelige erstatningsregler. I andre tilfælde nedlægges ingen erstatningspåstand overhovedet. (Se hertil FVK 15/11 72, 29/10 74, 10/12 75).

ordninger, når andre sikre holdepunkter svigter. Og i hvert fald ved de kortere varsler vil meget ligeledes afhænge af, om synspunktet bliver gjort gældende. Men om det principielle standpunkt synes der ikke at være tvivl.

Herved manifesteres et betydeligt spænd imellem på den ene side de løsninger, der dominerer lovgivningen, og på den anden dem som accepteres af retsordenen, legemliggjort i afgørelsespraksis og en stor del af teorien.

Der ville måske derfor være anledning til afslutningsvis at fokusere på problemet ud fra en legislativ synsvinkel.

Lovgivers holdning har, som det fremgår, været båret af en række forskellige synspunkter. Uden selvstændig interesse i denne forbindelse er de begrundelser, som alene har karakter af henvisninger til, hvad der er gældende i andre love eller for den modstående part i ansættelsesforholdet. Og ligeledes kan udokumenterede henvisninger til »rimelighed«, »hensigtsmæssighed« o.l. udelades. Ej heller synes der endelig at ligge noget afgørende i den omstændighed, som Ussing på et tidspunkt var inde på, nemlig om arbejdsforholdet er indgået for kortere eller længere tid, selv om tabsbegrænsningsproblemet naturligvis først og fremmest vil blive praktisk i de tilfælde, hvor kontrakten ikke er ganske midlertidig.

De reale grunde for et princip om ubetinget erstatning synes herefter groft set at kunne sammenfattes i 4 sætninger:

- 1) Man eliminerer derved vanskelighederne ved at dokumentere det lidte tab.
- 2) En sådan regel er følgelig praktisk og let håndterlig, hvorved den *dels* virker procesbesparende og letter domstolenes arbejde, når sager opstår, *dels* giver parterne lettere mulighed for at overskue følgerne af misligholdelse.
- 3) I denne forbindelse kan den fungere som en frigørelsesklausul, ved hvis hjælp en part, når afgørende grunde taler herfor, kan »købe« sig ud af kontraktsforholdet uden uoverskuelige konsekvenser.
- 4) Endelig vil den ubetingede erstatning efter omstændighederne kunne have en præventiv virkning og tjene til at sikre respekten om kontrakten.

Ingen af disse begrundelser forekommer ganske tilstrækkelige.

Der vil naturligvis kunne opstå bevisvanskeligheder m.h.t. sandsynliggø-

relsen af det lidte tab. Men disse vanskeligheder er næppe større end i mange andre kontraktsforhold, hvor regler om ubetinget erstatning ikke kendes. Iøvrigt synes bevisvanskelighederne først og fremmest at manifestere sig på arbejdsgiverside, hvor den generelle ulempe, lønmodtagerens pludselige forsvinden afføder, vanskeligere lader sig udmåle end det løntab, der er den væsentligste konsekvens af arbejdsgiverens tilsidesættelse af kontrakten. Men netop praksis angående erstatningsfastsættelsen ved arbejdstagerens misligholdelse dokumenterer klart domstolens vilje til at finde udveje uden at stikke fast i alt for rigoristiske krav til beviset for tabet.

Det må nok erkendes, at det afvigende erstatningsprincip kan være praktisk. Under de mere primitive samfundsforhold, som den ældre retstilstand byggede på, ville det vel endog i mange tilfælde være ugørligt overhovedet at administrere en mere nuanceret ordening. På den anden side er det betænkeligt at opofre den konkrete billighed til fordel for det praktisk hensigtsmæssige¹³⁶. En sådan opofrelse synes ikke at burde gøres uden ganske afgørende grunde. Og den omstændighed, at princippet vil kunne virke procesbesparende, virker i denne henseende ikke tilstrækkeligt vægtig. Retterne føler sig vist nok ikke urimeligt belastet af at skulle tage stilling til det lidte tab. Og det er sjældent, at erstatningsreglerne virker forligsfremmende. I forligsfasen er det således oftere udsigterne til at tabe eller vinde hovedspørgsmålet, der virker motiverende. Arbejdstagerens primære tab lader sig iøvrigt som nævnt relativt let opgøre ud fra den mistede løn inden for kontraktens tidsindhold. Og antallet af rejste krav fra arbejdsgiverside under en retstilstand, der bygger på erstatning svarende til opfyldelsesinteressen, synes ej heller at være urimeligt stort. Endelig synes man i vid udstrækning, som også af Lyngsø anført¹³⁷, at måtte kunne opnå samme procesbesparende effekt ved at nøjes med i erstatningsreglen at opstille en legal formodning for tabets størrelse.

På samme måde er de under 3) og 4) anførte begrundelser af tvivlsom værdi. »Frikøbelses«synspunktet spiller næppe nogen afgørende rolle i dag, og ønsket om at sikre respekten for de indgåede kontrakter behøver heller ikke nødvendigvis at måtte støttes på regler om ubetinget erstatning. Som anført af Lyngsø¹³⁸ vil alene *risikoen* for at komme til at betale erstatning for det fulde, lidte tab i sig selv have en vis præventiv værdi.

136. Hertil også Sjur Brækhus i Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender 1943, p. 529 ff.

137. »Afbestillingsret« p. 369.

138. »Afbestillingsret« p. 361.

Men hertil kommer, at prævention mod uberettigede dispositioner i alt fald fra arbejdsgiverside i dag generelt søges gennemført ad anden vej end over erstatningsreglerne, nemlig gennem regler om godtgørelse for usaglig afskedigelse.

Herudfra er der altså anledning til at tilslutte sig afvisningen af de tendenser, som antydes af de positive retsregler. Men til fordel for dette standpunkt taler også selve det urimelige i en ordning, der sikrer en part kompensation for skade, han ikke lider. Tydeligst illustreres ubilligheden måske med et par eksempler. Funktionærlovens § 3 vil således medføre, at den funktionær, som fratræder i tilfælde af arbejdsgiverens konkurs, kan anmelde krav på fuld løn i 3 måneder, selv om han straks får nyt arbejde. Dette sker i virkeligheden på bekostning af virksomhedens øvrige kreditorer, herunder e.o. hans mindre heldige kolleger. Og ligeledes at den funktionær, som suspenderes på grund af en mindre, men ikke bortvisningsberettigende misligholdelse, belønnes med at kunne oppebære løn i 3 måneder sideordnet med vederlaget fra en ny arbejdsplads¹³⁹.

H. G. Carlsen anfører¹⁴⁰ i et forsvar for funktionærens krav på mindsterstatning, at bortvisningssituationen i sig selv markerer et tilbageslag ud over, hvad en almindelig opsigelse ville medføre. Der henvises således til de med bortvisningen følgende øjeblikkelige økonomiske vanskeligheder og udsigten til langvarig proces. Ligeledes henvises til, at erstatningen kan ses som vederlag for det ved misligholdelsen forvoldte anciennitetstab. Heroverfor indvender Lyngsø¹⁴¹, at den ansatte jo i almindelighed ikke har noget retligt krav på kompensation for de ulemper, der er forbundet med at søge andet arbejde, og til at retten til at forblive i stillingen evt. sanktioneres fuldt ud af de særlige regler om godtgørelse for usaglig afskedigelse.

Dette argument vil Carlsen ikke anerkende. Således henvises til, at krav om godtgørelse for usaglig afskedigelse dels kan være vanskelige at gennemføre, og dels at der ikke altid er materielretlig basis for at gøre denne godtgørelse gældende. Endvidere anføres, at der er en markant tilbøjelighed i forligspraksis til at reducere minimalerstatningen i ikke ubetydeligt omfang.

139. Nævnes kunne også, at funktionærer, der har let ved at skaffe sig nyt arbejde, undertiden spekulerer i erstatningsreglen i forbindelse med ændringer i virksomheden, som ligger i grænseområdet for hvad de kontraktmæssigt er forpligtet til at acceptere.

140. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 193 f.

141. »Afbestillingsret« p. 361 og 374.

Over for Carlsens argumentation kunne nu anføres adskillige indvendinger. For det første er den omtalte forligspraksis, der modificerer reglens konsekvenser, ingen begrundelse for samme. Når forligspraksis ubestrideligt tager sig ud som af Carlsen anført, skyldes det nok i høj grad, at arbejdstagersiden jævnligt er usikker på, om man vil kunne få rettens anerkendelse for, at der foreligger uretmæssig bortvisning. Der »handles« med andre ord om risikoen for at tabe sagen. Men dette er et skævt ræsonnement at bygge et forsvar for mindsteerstatningsreglen op på. Carlsens henvisning til det særlige tilbageslag, som bortvisningen indebærer, synes heller ikke at afgive en tilstrækkelig begrundelse. Det er i sig selv næppe utvivlsomt, om der er anledning til at kompensere anciennitetstab o.l., som jo også vil følge af en *normal* fratrædelsessituation. Dette tab er ikke en følge af retskrænkelsen. Og skulle selve den omstændighed, at fratrædelsen bringes i stand i kraft af bortvisning, medføre et særligt afbræk, er der intet til hinder for, at dette gøres gældende over for arbejdsgiveren som led i tabsopgørelsen. Den almindelige erstatningsregel tilsiger ingen binding inden for rammerne af løntabet. Tværtimod kan man meget vel gå ud fra et skøn, hvori indgår den »forstyrrelse«, krænkelsen har forvoldt¹⁴². Iøvrigt vil øjeblikkelige økonomiske vanskeligheder og langvarige processer jo langt fra altid opstå i alle de tilfælde, hvor mindsteerstatningen anvendes. Tværtimod betaler arbejdsgiveren ofte uden videre det, opløsningen af mellemværendet koster.

Fastholdelsen af reglerne om ubetinget erstatning løser altså næppe noget problem, som ikke også kunne løses gennem anvendelse af reglerne om opfyldelsesinteressen. Det legislative valg kommer derved i virkeligheden til at stå imellem en ordning, der i en række tilfælde vil få åbenlyst urimelige resultater, og en ordning, der altid giver mulighed for at nå frem til den konkrete forsvarlige løsning. Dette valg burde ikke være svært. Længere end til opstilling af en formodningsregel angående tabet er der næppe hverken praktiske eller saglige behov for indgriben fra lovgivers side.

4. Indskrænkninger i afskedigelsesadgangen.

Som allerede omtalt har de retlige reguleringer på det privat-arbejdsretlige område efter deres oprindelse stået i den almindelige kontraktsret.

¹⁴². Hertil J 44/248 og J 45/144.

Dette indebærer bl.a., at adgangen til at bringe tjenesteforholdet til ophør traditionelt er blevet anset for fri. Herved tænkes vel ikke på, at denne frigørelse kan finde sted fra det ene øjeblik til det andet - tværtimod går tendenserne i overvejende grad i retning af at give kontrakten et tidsindhold. Afgørende er imidlertid, at frigørelsesmulighederne principielt ikke er begrænset efter den *grund*, som udløser opsigelsen. Herefter har såvel arbejdsgiver som lønmodtager adgang til at skønne over det ønskelige i at opløse mellemværendet, uden at dette skøn er bundet til andre indskrænkninger end dem, man har påtaget sig f. eks. i kraft af kollektiv overenskomst eller som følger af lovgivningen.

Det nævnte udgangspunkt for afskedigelsesadgangen er i de senere år blevet stadig mere teoretisk. Arbejdsgiverens handlemuligheder er nu underkastet positive begrænsninger i en række henseender. Og de domineres af regelsæt, som generelt vender sig imod »usaglige« opsigelser - f. eks. funktionærlovens § 2 b og Hovedaftalens § 4.

Det ville ikke være urimeligt at forestille sig, at denne dominans på et tidspunkt måtte manifestere sig i retsbevidstheden, således at man fandt anledning til at indskrænke den principielle frihed i afskedigelsesadgangen ud fra de synspunkter, som bærer nævnte bestemmelser. Den konkrete begrundelse herfor kunne søges i kontraktens sociale karakter, der giver lønmodtageren en kendeligt større interesse i forholdets opretholdelse end virksomheden¹⁴³.

Retspraksis synes imidlertid ikke at anerkende begrænsninger, hvorefter en opsigelse må have objektiv grund i lønmodtagerens eller virksomhedens forhold. Og funktionærlovens bestemmelse er flere gange blevet afvist uden for sit område¹⁴⁴. I intet tilfælde er afgørelserne dog inde på de retlige synspunkter bag dette standpunkt. Klarlæggelsen heraf må derfor hvile på fornemmelser og formodninger. Men det er rimeligt at antage, at man med det anførte historiske udgangspunkt ville efterlyse positive holdpunkter for en retsanvendelse, der tager hensyn til afskedigelsesgrunden.

143. I svensk ret har især Folke Schmidt argumenteret for sådanne synspunkter, dog på et grundlag der virker mere politisk end juridisk. Hertil »Tjänsteavtalet«, 1. udg. p. 115 ff, især p. 148 ff, »Kring Tjänsteavtalets Rättskällor«, p. 211 ff, L. Geijer og Folke Schmidt »Arbetsgivare och Fäckföreningsledare i Domarsäte«, p. 135 ff. Her overfor SJT 1958/382.

144. U 67/910, U 67/301, U 66/743 og U 64/387 samt utrykt sø- og handelsretsdom af 9/4 1975 (F 202/1974).

De krav, som stilles for antagelsen af en udfyldende regel eller et »naturale negotii«, er som det vil fremgå af det foregående ikke statiske, men afhænger bl.a. af, om reglen opfattes som rimelig. Det syn på opsigelssspørgsmålet, som er dokumenteret oven for under 1., viser, at man kan fjerne sig endog meget langt fra et krav om sikrere aftalemæssige holdepunkter for en løsning, der anses for passende. Og den omstændighed, at udbetaling af vederlag trods manglende arbejde er i strid med betalingskravets principielle begrundelse, har heller ikke stillet sig hindrende i vejen for en udvikling af sygelønsrettighederne (ovenfor under 2). De færreste ville være i tvivl om, at en direktør uden for funktionærloven måtte have tilsvarende opsigelses- og sygelønsrettigheder. Det kunne hævdes, at han naturligt måtte kunne regne med alle de lovmæssige trykghedsgoder, som underordnede medarbejdere har, og som ikke på afgørende vis strider mod stillingen.

Det er dog på den anden side indlysende, at en sådan retsanvendelse relativt let blokeres. Når den positivretlige opfattelse fokuseres på problemet ud fra klare forudsætninger m.h.t. hvad der er gældende, dannes der samtidig en formodning, som ikke uden videre elimineres i kraft af den modsatte regels ønskelighed. Gennemførelsen må i så fald kanaliseres langsomt og gennem vedtagelser, som er egnet til at skabe et nyt syn på forholdene.

I dansk ret har opfattelsen hvad afskedigelsesretten angår utvivlsomt lagt sig fast på den løsning, som almindelige kontraktsynspunkter tilsiger. Dette udgangspunkt er anerkendt i overenskomsterne¹⁴⁵ og forudsætningsvis også af de eksisterende regler om afskedigelsesindskrænkninger.

I forlængelse heraf kommer en anden omstændighed. Indpasseligheden af en regel vil naturligvis være afhængig af, hvilke retlige strukturer der iøvrigt behersker det pågældende mellemværende. Reguleringer, som falder naturligt ind i denne struktur, vil lettere kunne vinde indpas end sådanne, som ikke besidder disse egenskaber. Udviklingen af opsigelses- og sygelønsrettighederne hvilede på et kontraktssynspunkt, hvorimod reglerne om usaglig afskedigelse nærmest må siges at udtrykke det modsatte udgangspunkt. I parentes bemærket lader der sig næppe overhovedet ud fra nyere tids spredte lovtiltag på arbejdsmarkedet opstille en samlet ramme for arbejdsforholdet som alternativ til den rent kontraktlige, og hvorudfra der f. eks. kan deduceres de nødvendige resultater i uregulerede

145. Jfr. således allerede sag nr. 20.

anliggender. Afskedigelsesindskrænkningen bliver kort sagt det fremmedelement i helhedsbilledet, som må udstødes, når det ikke bæres af sikrere holdepunkter i kontrakten.

Godtgørelsesreglerne illustrerer endelig de vanskeligheder, der opstår, når nye bestemmelser kolliderer med den løsning, som antages i forvejen, uden at der tages højde herfor. Dette problem er ret elementært og fortjente måske som sådant ikke større opmærksomhed. Som eksemplifikation af risikoen for uforsætligt at udsukke muligheder, som eksisterede tidligere, tåler det dog måske en nærmere omtale.

Efter etableringen af funktionærlovens § 2 b og Hovedaftalens § 4 har der vel nok fæstnet sig den almindelige opfattelse på arbejdsmarkedet, at virkningerne af den urimelige afskedigelse udtømmes inden for rammene af den heri afstukne ordning.

Allerede almindelige erstatningsregler ville imidlertid e.o. tilsige kompensation for opsigelser, der er retsstridige, ved at finde sted på hensynsløs måde eller iøvrigt under sådanne omstændigheder, at der heraf flyder en skadevirkning ud over hvad den normale fratrædelse indebærer¹⁴⁶.

En flig af denne problemstilling er berørt oven for 3 under diskussionen om begrundelsen for reglerne om ubetinget erstatning. Tesen var her, at skadevirkninger, som måtte være konsekvens af afskedigelsens gennemførelse på retsstridig vis, vil kunne medinddrages i grundlaget for udmåling af misligholdelseserstatningen. Særskilt erstatning synes iøvrigt at kunne hvile såvel på ikrafttrædelsesloven til straffeloven, § 15, som på almindelige erstatningsregler. Dette har herhjemme været oppe i flere tilfælde, særligt med henblik på dårlig omtale af lønmodtageren, som giver denne vanskeligheder ved at finde ny plads^{147,148}. Og tilsvarende er antaget, hvor afskedigelsen udgør en krænkelse af organisationsretten eller organisationsfriheden¹⁴⁹.

Sammenhængene mellem disse muligheder og de etablerede regler om godtgørelse for usaglig afskedigelse er kun ufuldstændigt belyst. Illum antager¹⁵⁰, at Hovedaftalens regel er udtømmende, og nævner i denne forbindelse, at der f. eks. heller ikke kan ikendes bod for en afskedigelse, der findes at være urimelig¹⁵¹. Men samtidig anføres, at reglerne ikke kan antages at ændre de lidet vidtgående afskedigelsesindskrænkninger, der bestod før hovedaftalen. I samme retning kun-

146. Se hertil også Ussing: »Enkelte Kontrakter«, p. 374.

147. Jfr. J 36/77, U 73/190 og forudsætningen i SHT 40/329. Tillige U 62/596 og U 70/314 om sigtelser og nedsættende udtalelser, sml. VLT 28/95. Iøvrigt U 47/862 og SHT 34/140.

148. Sml. fra norsk ret Rettens Gang 1965/80 og NDS 38/209 (NDS 42/537) om en særligt krænkende fremgangsmåde i forbindelse med afskedigelse som med overvejende sandsynlighed påførte lønmodtageren alvorlige økonomiske følger, NDS 52/433 (arbejdsgiveren frikendt), TfR 1940/110 om en afskedigelse effektueret på en måde så den fik mere skæbnesvangre følger for arbejdstageren end nødvendigt, og TfR 1937/62 med TfR 1937/70 ff. Iøvrigt Kristen Andersen »Fra Arbejdslivets Rett«, p. 263 ff, 294 ff og 303.

149. Jfr. således U 42/132 og den berømte »Agnete Hansen« sag, U 58/868 (sml. U 42/1147).

150. »Den kollektive Arbejdsret«, 3. udg. p. 193.

151. Herom tillige J 61/253 og Rise »Arbejdsmarkedets nye Grundlov« p. 66 f.

ne man godt læse H. G. Carlsen¹⁵². Denne udtaler således, at godtgørelsesmuligheden udtømmer virkningen af den usaglige opsigelse. Men i anden forbindelse nævnes¹⁵³, at der fremdeles må kunne tænkes tilfælde, hvor en opsigelse er retsstridig under sådanne omstændigheder, at der kan blive tale om at anvende det vidererækkende ansvar, der hjemles ved ikrafttrædelsesloven til straffeloven. Tilsvarende vil forfatteren ikke udelukke, at retsstridige opsigelser kan medføre et af funktionærlovens § 3 uafhængigt erstatningsansvar, som udmåles efter andre synspunkter og »rundeligere« end sædvanligt i funktionærforhold, selv om trangen hertil angives at være mindre efter indførelsen af reglerne om usaglig opsigelse¹⁵⁴.

Godtgørelsesreglernes forarbejder tager tilsyneladende ikke stilling til problemet. Funktionærlovens bestemmelse har oprindelse i et borgerligt lovforslag af 15/3 1963. Her lægges der op til regler, der nærmer sig dem, som senere blev vedtaget, idet man kort henviser til den ordning, der på daværende tidspunkt allerede var etableret mellem arbejdsmarkedets hovedorganisationer. Samme begrundelse anføres i forslaget til den i dag eksisterende § 2 b i loven¹⁵⁵, alene suppleret med en bemærkning ved forelæggelsen om, at man fandt det »rimeligt« at gennemføre ordningen¹⁵⁶. På overenskomstområderne lader den detaljerede begrundelse sig vanskeligt efterforske. Fast står det dog, at godtgørelsen for usaglig afskedigelse blev indført i Hovedaftalen af 1960 mellem arbejdsmarkedets hovedorganisationer som imødekommelse af et stærkt ønske fra arbejderside om øget ansættelsessikkerhed. Dette ønske var fremkommet bl.a. med henvisning til den tryghed, funktionærerne havde i kraft af de for disse gældende lange opsigelsesvarsler¹⁵⁷.

Der er altså intet i reglernes oprindelse, som antyder, at man har været inde på afskedigelsesmåden som reguleringens primære objekt. Og det er da også i god overensstemmelse hermed, at litteraturen behandler dem i lyset af det de først og fremmest udgør, nemlig en afskedigelsesindskrænkning, der refererer til afskedigelsesgrunden. Dette harmonerer med, at såvel funktionærlovens som Hovedaftalens godtgørelse principielt er uafhængig af det lidte tab, således at dette blot er et blandt mange momenter, der kan påvirke afgørelsen¹⁵⁸. Der vil altså kunne blive

152. »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 283.

153. Sammesteds p. 281.

154. I U 1969 B/220 synes Rise og Carlsen imidlertid netop at ville anvende reglerne om godtgørelse for usaglig afskedigelse i tilfælde, hvor en bortvisning har været ekstraordinært hensynsløs.

155. Fremsat 18/10 63.

156. Ved den seneste sømandslovs § 43 (lov 420 af 13/6 73) blev godtgørelsesreglen for usaglig afskedigelse også indført for skibsofficerer. Begrundelsen var her en henvisning til funktionærloven - se bemærkningerne til § 39 i kommissionsudkastet.

157. Se også bemærkningerne til 1960-hovedaftalens § 4 og Allan Rise »Hovedaftalen af 1960's tilblivelseshistorie«.

158. Se især Per Jacobsen, »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg. p. 622, og H. G. Carlsen, »Dansk Funktionærret«, 2. udg. p. 290, Illum, »Den kollektive Arbejdsret«, p. 193, se dog også C. Ove Christensen i J 61/252 f. Se iøvrigt for funktionærlovens vedkommende bemærkningerne til den foreslåede godtgørelsesregel (lovforslaget af 18/10 1963).

tale om godtgørelse, selv om intet tab er lidt. Samtidig antages det, at også ikke-økonomisk skade må indgå i vurderingsgrundlaget for fastsættelse af godtgørelsen¹⁵⁹.

Ved udmålingen af denne tages altså hensyn til momenter af samme art, som begrundet et erstatningskrav efter andre regler. Men godtgørelsen kan dog på den anden side også komme på tale under omstændigheder, der ikke ville berettige til erstatning. Det synes herefter mest naturligt at antage, at godtgørelsesreglernes eksistens ikke afskærer mulighederne for at søge denne erstatning, hvor muligheden byder sig, men at der som noget selvfølgelig ved fastsættelsen heraf må tages hensyn til, hvorvidt og på hvilket grundlag der måtte være tilkendt godtgørelse for usaglig afskedigelse¹⁶⁰.

Konklusioner.

De anførte eksempler på problemstillinger er naturligvis ikke udtømmende, selv om de dækker nogle af ansættelsesforholdets nøglefunktioner. På den anden side er der intet, som indicerer, at inddragelse af andre forhold vil forrykke det generelle billede afgørende.

Det mønster, som tegner sig, synes da herefter i kombination med det oven for i afsnit III. A. 1. anførte (om overenskomstens betydning for udenforstående) groft at kunne sammentrænges som følger:

I mangel af positiv regel eller sikkert holdepunkt i enkeltkontrakten vil denne kunne udfyldes på basis af visse udefra kommende retsnormer, standarder, eller om man vil formodningsregler. Visse principper indgår således i de almene forestillinger om, hvad der er den naturlige løsning, på en måde, som bør give den part, der ønsker en anden ordning, anledning til at sikre sig denne gennem utvetydig vedtagelse.

Det vil næppe have noget praktisk formål at anstille nærmere undersøgelser over, hvorvidt det herefter gældende udgangspunkt udgør selvstændige retsdannelser, eller om resultatet teknisk set må antages at hvile på selve kontrakten. Overgangene til den retsanvendelse, som støttes på parternes konkrete dispositioner (fortolkning), er flydende. Og det afgø-

159. Således Rise i »Arbejdsmarkedets nye Grundlov«, p. 65 f. og C. Ove Christensen i *Socialt Tidsskrift* 1962, p. 354.

160. En skrivende stund udtrykt SHD af 28/4 1978 (sag 115/1977) vil dog ikke give godtgørelse for usaglig afskedigelse, selv om fratrædelsen (bortvisning) havde fundet sted under omstændigheder, der var egnet til at kaste mistanke på funktionæren for svigagtigt forhold. Som begrundelse herfor anføres, at opsigelse kunne være sket uden at medføre godtgørelseskrav. Sml. U 73/905.

rende spørgsmål er i virkeligheden blot, hvor faste aftalemæssige holdpunkter man vil kræve for den udefra kommende løsning, førend denne løsning også vinder anerkendelse som grundlag for opgørelsen.

Det fremgår imidlertid af udviklingen ovenfor, at der i visse relationer har fæstnet sig almene normer eller standarder af en sådan sikkerhed, at enkeltaftalen intet behøver at indeholde til støtte for deres anvendelse, når den blot ikke må tages til indtægt for en modsat løsning.

Problemet bliver herefter at klarlægge, hvorfra sådanne standarder vil hente deres indhold, og hvad der i givet fald kvalificerer en regel som udfyldende retsgrundlag på den anførte måde.

Herom kan der tilsyneladende vanskeligt opstilles sikre retningslinier. Men ofte tager man udgangspunkt i noget, der mest af alt ligner et uagtsomhedssynspunkt: Afgørende er, om parterne burde have taget højde for den pågældende løsning.

Dette leder til en vurdering, som let kan få et meget flydende og subjektivt præg. Synspunktet ville derfor være en problematisk hjælp til fastlæggelse af resultater ud fra parternes konkrete dispositioner alene (fortolkning). Her er der ofte tale om et så broget spind af begivenheder, at det vanskeligt kan siges noget generelt om, hvilken handle måde der ud fra den anførte betragtning vil virke forpligtende, uden at man havner i de rene almindeligheder. Derimod kan synspunktet muligvis bringe erkendelsen videre i relation til den påpasselighedspligt, der har udspring i mere almene faktorer (udfyldning).

Hvad dette angår synes især eksistensen af en almindelig brug at være et moment, der skærper kravene til parternes agtpågivenhed. Men der kan næppe stilles strengere krav til varigheden eller udbredelsen af brug, som tillægges betydning på denne måde. Grænsen til den retsanvendelse, som hviler på fortolkning i den ovennævnte forstand, er som sagt flydende, og anvendelse af den pågældende fremgangsmåde i en vis udstrækning vil under alle omstændigheder kunne påvirke afgørelsen når den kombineres med momenter i den konkrete aftale, der måske ellers ikke havde været tilstrækkelige for antagelsen af den pågældende løsning. Men retsordenen vil utvivlsomt også ved de krav, der stilles, lægge nogen vægt på det materielle indhold af den brug, som søges bragt i anvendelse (jfr. neden for). Således kan man i det hele næppe heller se bort fra, at den blotte omstændighed, at der findes en løsning, der er passende på forholdet, og som skønnes rimelig, vil kunne få den skitserede betydning. Herved hav-

ner man i en situation, hvor grænsen mellem praksis (brug) og enkeltstående anvisning udviskes.

Det må altså noteres, at der i almindelighed næppe kan sættes de samme krav, som stilles til kutymen, som fortrænger udfyldende lovregler, og hvor brugen må have opnået en sådan fasthed, at den får egentlig aftalekvalitet (praksis almindeligt kendt og anerkendt - pågældende part berettiget til at gå ud fra, at den var kendt af modparten, og at ansættelsen skete i overensstemmelse hermed). Inden for de udfyldende retsregler lader der sig således måske eftergive et prioritetsystem, hvorved den heromtalt retsanvendelse indtager den mest subsidiære placering.

Ved vurderingen af, hvilke retsnormer parterne burde have taget højde for, lægger man som sagt utvivlsomt også vægt på pågældende regels materielle indhold. Herved objektiveres retsanvendelsen i nogen grad. Afgørende er groft sagt, at resultatet indholdsmæssigt og kvalitativt fremtræder som rimeligt og forsvarligt. Dette er vel en vidtfavnende formel. Men generelt synes det i denne forbindelse bl.a. at være afgørende, om reglen har sigte på et spørgsmål, som almindeligt opstår og traditionelt løses inden for tjenestekontraktens rammer. Dette viser noget om den vej, der fører til oparbejdelsen af de anførte udfyldende normer: En konstruktion over parternes forudsætninger. Men endvidere er det tilsyneladende afgørende for anerkendelsen af disse normer, at man ikke bevæger sig ud over de resultater, som harmonerer med aftalerettens almindelige regler ud fra den principielle opfattelse, at der er tale om to uafhængige parter.

Men udfyldende retsregler af den beskrevne art, hvad enten man nu kalder dem formodningsregler, normer eller standarder, lader sig altså også opstille på basis af positive bestemmelser. Modsat vil eksistensen af sådanne bestemmelser være det bedste grundlag for oparbejdelse af en retsopfattelse eller brug, der beforder løsningens anvendelse på et bredere område, og for udviklingen af en bredere dækkende praksis. Herved får anvisningerne i de kollektive overenskomster og især i ansættelseslovgivningen en betydning ud over den man normalt er tilbøjelig til at tillægge dem.

Lovvejen er selvsagt det mest velegnede redskab til oparbejdelse af nye, almene retlige strukturer. Anses lovordningen at være forenelig med pågældende kontrakt, vil man da heller ikke stille sig afvisende over for antagelsen af en løsning i harmoni med lovens på et videre område, selv uden afgørende aftalemæssige holdepunkter herfor i parternes dispositi-

oner. Herved vil der også kunne tilføres mellemværendet væsentlige elementer af social beskyttelse. Harmonerer loven derimod ikke med det kontraktlige helhedsbillede, afvises dens anvisninger derimod tilsyneladende, medmindre der er sikkert grundlag for at antage, at parterne har forudsat, at reglerne skulle finde anvendelse.

Det fremgår imidlertid også, at netop lovgivningens aktuelle løsninger er en problematisk basis for den retsanvendelse, der henter sit indhold på den anførte måde. Bredere sætninger lader sig således tydeligvis vanskeligt udfælde ud fra de uensartede tendenser, der gør sig gældende i de relevante regelsæt. Men negativt kan det fastslås, at arbejdsmarkedslovgivningen og de sociale intentioner bag samme næppe har befordret en udvikling, som trækker reguleringen af det lønnede arbejdsforhold ud af et almindeligt kontraktsretligt mønster eller rettere ind i en socialretlig orden, bygget på ensidighed i forpligtelsen. Afgørende er vel nok her især, at reglerne savner den konsistens, som er nødvendig for, at der kan opbygges et generelt billede af eventuelle afvigelsers art og begrundelse.

Det må altså konstateres, at den nyere udvikling næppe umiddelbart kan opfattes som en fortsættelse af tidligere tiders ret tydelige tendens til at knytte sig til de positive bestemmelser. Disse var vel ganske vist i almindelighed også mere ukomplicerede førhen og de sociale særordninger ikke dominerende. Og selv ældre ret afviser som omtalt regler, der anses for specielle for de direkte omfattede arbejdstagere. Men mulighederne for at anvende lovens orden ud fra de skitserede forudsætningskonstruktioner er på den anden side næppe efterprøvet så konsekvent, at retsanvendelsens grænser på nuværende tidspunkt lader sig fastslå med sikkerhed. Det samme kunne iøvrigt siges om den retsanvendelse, der hviler på ren aftalefortolkning. Anvendelse af én positiv regel på aftalemæssigt grundlag - herunder efter praksis mellem parterne - kan som ovenfor anført let trække flere bestemmelser fra samme regelsæt med sig ud fra de herved skabte forventninger. Heller ikke denne mulige løftevirkning synes imidlertid at være blevet procederet konsekvent.

Det anførte tjener til at underbygge kritikken af den opfattelse, der er tilbøjelig til at se kutymen, sædvaner, skik og brug m.v. som et entydigt fænomen. Som det blev påvist allerede ovenfor under omtalen af overenskomstkutymen, er der tale om mange forskellige funktioner, der i virkeligheden vanskeligt lader sig forene under et fælles overbegreb ud fra en retlig begrundelse. Den brug, som er så almen og anerkendt, at den får aftalekvalitet - og for hvilken kutymbegrebet efter det

ovenfor under 1. hævdede bør reserveres - adskiller sig meget fra den brug, som i henhold til det foran nævnte kan lægges til grund for udfyldning af aftaler. Grænsen mellem sidstnævnte brug og almindelige af retsordenen anerkendte normer såvel som det resultat, som støttes på fortolkning af aftalen, er endvidere flydende. Og på området for hvad der klart må rubriceres som fortolkningsresultater, befinder sig endelig den brug, som har karakter af konkret praksis imellem arbejdsforholdets parter.

Epilog: Status over et udviklingsforløb

Opmærksomheden har i det foregående været koncentreret om nogle af dansk arbejdsrets centrale problemer. Linien har været ujævn, sådan som det nødvendigvis vil være tilfældet, når man ud af en helhed plukker de dele, som må antages at være relevante, ikke ud fra en systematisk synsvinkel, men ud fra en overvejelse over, hvad der er de aktuelt mest påtrængende behov. Hertil bidrager iøvrigt også den omstændighed, at det undertiden har været nødvendigt at søge frem til større klarhed over retstilstanden på punkter, der emnemæssigt er af mere perifer betydning for undersøgelsens direkte formål, men hvor denne klarhed er en nødvendig forudsætning for, at dette formål kan opnås. Det er heller ikke altid, fremstillingen falder i tråd med de traditionelle juridiske værker. Til dette er imidlertid kun at bemærke, at den beskriver de retlige fænomener, som de faktisk er observeret på det behandlede område.

Der fremstår heraf et udsnit af, hvad man kan kalde arbejdsretlige elementærfunktioner, altså fundamentale arbejdsretlige sammenhænge.

Dette udsnit turde i kombination med de allerede foreliggende arbejdsretlige fremstillinger være tilstrækkeligt til at give en rimelig klarhed over strukturen i det system, der i dag omgærder kontrakten om det lønnede arbejde. Herved fremstår billedet af et område, som præges af en stærk national identitet, således at forstå at påvirkningerne udefra har været begrænsede i omfang og betydning. Man kan formode, at dette forhold gradvis vil ændre sig i kraft af vor tilknytning til EF. Men disse ændringer påkalder sig for øjeblikket ingen primær interesse. Der tegner sig imidlertid også billedet af et system i opbrud. Fra en ordning, der forener det traditionsbundne med en rolig evolutionær udvikling, er man ved at bevæge sig ind i et ukendt land præget af mange og pludselige forskydninger. Groft sagt kan det vel siges, at retsudviklingen har passeret igennem fire faser med hver sit særpræg.

Den første dækker groft set det billede, som er skitseret under tilbageblikket i afsnit IV, d.v.s. tiden indtil de kollektive overenskomster gør sig

gældende for alvor arm i arm med den stigende industrialisering. Den anden periode præges af overenskomstsistemernes opbygning og indarbejdelse på det traditionelle arbejderområde, uden at der herved gøres indgreb i det system for tjenesteforholdets regulering, som anvendtes i andre ansættelser. Lovtiltagene i slutningen af 30'erne - funktionærloven og ferieloven - markerer indledningen til den 3. fase, der karakteriseres af en øget interesse fra samfundsmagtens side i arbejdsmarkedets forhold. Karakteristisk er dog også, at man herunder respekterer de partsskabte ordninger (de kollektive overenskomster). Initiativerne ligger således uden for de områder, hvor tyngden i overenskomstdækningen befinder sig, eller konfirmerer blot vedtagelser, der allerede er gjort imellem arbejdsmarkedets parter. Som produkt af disse tankegange kan fremhæves sygeforsikringsloven fra midten af 50'erne og ATP-ordningen fra begyndelsen af 60'erne.

I den fjerde periode begynder problemerne at melde sig. De kollektive overenskomster breder sig som omtalt i afsnit I ind på områder, der hidtil har været reguleret gennem individualkontrakter og lovgivning. Men lovgivers interesseområde udvides også. Medlemskabet af EF er en medvirkende årsag hertil, et øget socialt ambitionsniveau en anden. Umuligheden i at opdele overenskomststoffet på en måde, der begrundet den nødvendige kompetencefordeling mellem lovgiver og organisationer, er den afgørende forudsætning. Som milepæl kunne fremhæves sygedagpengeordningen af 1973. Det som især præger udviklingen er, at arbejdsmarkedets reguleringer markant bliver redskab både for samfundets økonomiske politik og for socialpolitikken.

Initiativet i retsdannelsen er således nu ret klart ved at glide over på lovgivers hænder. I dette perspektiv ville det måske være på sin plads ganske kortfattet at gøre status over de tendenser, som markerer sig på lovområderne.

Udgangspunktet for overvejelserne er den politiske realitet, som ligger i det generelle ønske om en udbyggelse af trykghedsgarantierne for lønmodtagerparten i disse kontraktsforhold. I nærværende sammenhæng er der ingen anledning til at diskutere det fornuftige i denne målsætning og de konsekvenser for arbejdsforholdets øvrige vilkår, som udbygningen af omtalte goder kan få, så længe mellemværendet fortsat hviler på en markeds mekanisme. Derimod er der måske nogen grund til at overveje lovgivningens principielle funktion som redskab for denne udvikling.

Som det fremgår af de foregående afsnit, er eksistensen af lovregler på det arbejdsretlige område ikke et spørgsmål om alt eller intet for arbejdstageren. Også uden for lovgivningen så man et system, der tilgodeser visse elementære hensyn til betryggelse af den svage part.

Hvorvidt denne betryggelse er tilstrækkelig eller ej, er naturligvis fortrinsvis en politisk vurdering. Det er indlysende, at gældende normer gennem lovtiltag lader sig ændre drastisk på det område, der dækkes af pågældende regelsæt. Om der som produkt af en sådan indsats fremstår et juridisk system i balance med sig selv og opfyldende de teknisk/kvalitative krav, som må stilles indenfor arbejdsretten, er en ganske anden sag.

Lovgiver synes i sit arbejde at måtte gå ud fra flere forudsætninger. Af helt afgørende betydning er det således, at reglerne på dette centrale livsområde ikke opleves som urimelige, og endvidere at de kan forstås og anvendes af mange, herunder også i vid udstrækning af ikke-jurister. Samtidig må behovet for at sikre lønmodtageren med en passende, hvad man kan kalde social beskyttelse i kontrakten, ikke tilgodeses på en måde, som utilsigtet kompromitterer den markeds mekanisme, hvorpå det arbejdsretlige system bygger. Selvbestemmelsesretten og beskyttelseshensynet skal altså forenes.

Dette indebærer vel noget af en balanceakt.

De primære mål synes imidlertid at kunne opridses meget enkelt: Overskuelighed, klarhed og harmoni må nyde en fremtrædende prioritet. Nye strukturer bør f. eks. ikke etableres, hvor gammelkendte modeller for en løsning er indarbejdede; formuleret millimeterdemokrati, der slører den sikre erkendelse af retstilstanden, er kun i undtagelsestilfælde på sin plads. Samtidig må reglerne være så tilpas smidige, det vil i praksis oftest sige rummelige, at de kan danne basis for løsninger, der opfattes som rimelige i de mangfoldige tilfælde, der opstår, og som umuligt kan forudses i selve lovgivningsfasen. At der tillige skal tilstræbes tilstrækkelig teknisk kvalitet er en selvfølge. Heri ligger også, at reglerne i det enkelte tilfælde må indarbejdes på en forsvarlig måde i de retlige strukturer, der i forvejen behersker området.

Det har næppe noget formål at foretage en omfattende gennemgang af ansættelseslovgivningen vurderet i lyset af disse mål. Allerede på basis af den eksemplifikation, som kan hentes ud af det i de foregående afsnit fremlagte materiale - og som iøvrigt rigeligt kan suppleres andetsteds i litteraturen - kan der imidlertid drages visse konklusioner.

Det vil således vist nok ikke være urimeligt at hævde, at der imellem den opstillede målsætning og det billede, som aftegner sig ud fra de nu eksisterende regler, på stadig flere områder er ved at opstå et svælg, som det er vanskeligt at slå bro over. Hensynet til overskuelighed, klarhed og harmoni er tilsyneladende sjældent blevet vurderet særligt højt over for udsigten til øjeblikkelige politiske gevinster. Og det, som ovenfor blev kaldt det tekniske niveau, lader vist nok også alt for ofte meget tilbage at ønske.

Det er næppe populært at sige det, og det ville vel være endnu mindre populært at fokusere på konkrete tilfælde. Men det er nok væsentligt at være opmærksom på, at den situation, der kan fremprojiceres af det øjeblikkelige billede, ikke er gunstig for fastholdelsen af noget, der med rimelighed kan karakteriseres som en retsordning på arbejdsmarkedet, altså en ordning, der i ligeligt mål tilgodeser hensynet til de to parter ud fra retlige overvejelser indenfor rammerne af et harmonisk og overskueligt retssystem. Herved bør det iøvrigt noteres, at uheldige ordninger i lovform frembyder en væsentligt større belastning end de, der grundes på kollektiv overenskomst. For det første belastes retsfølelsen næppe i samme grad af mindre heldige løsninger, der er valgt af parterne selv, som den gør, når sådanne løsninger kommer ude fra, fra samfundsmagten. For det andet viser erfaringen, at det er så godt som umuligt at tilpasse én gang etablerede lovregler ud fra rent tekniske begrundelser. Den uheldige løsning har derved en tendens til ikke blot at blive stående, men også at reproducere sig selv.

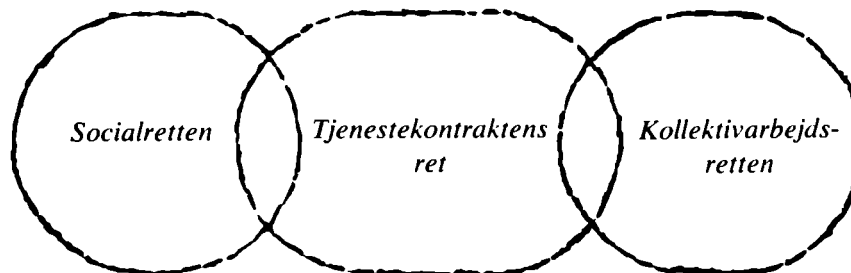
Der er ikke anledning til at forske dybere i årsagerne til, at udviklingen har taget en sådan retning. Væsentligt er nok bl.a., at lovreguleringen i det anførte billede ikke hidtil har været dominerende på en måde, som opfordrer til øjeblikkelige tiltag med henblik på at få mere konstruktive løsninger frem. Men området har også som allerede skitseret været forsømt af retsvidenskaben, således at man i en vis udstrækning er kommet til at savne de redskaber, der udgør det nødvendige grundlag for en optimal politisk stillingtagen. På den anden side er fænomenet ikke isoleret dansk. Således kan der også fra udlandet påvises eksempler på, at de arbejdsretlige reguleringer tenderer til at kvæles under byrden af ideelle politiske intentioner.

Historiens hjul kan selvsagt ikke drejes tilbage. Men der er heller ikke nogen nødvendighed for at søge tilflugt i en retstilstand, som alene levner mulighed for langsom udvikling ud fra parternes selvbestemmelsesret og de retsstandarder, der bygges op herudfra på friere grundlag. Iøvrigt ville

dette næppe være nogen heldig løsning. Det moderne samfunds krav er anderledes end de krav, der gjorde sig gældende forhen. Især må noteres et påtrængende behov for hurtige tilpasninger ud fra ændrede ydre forhold og for opstillingen af normer, der ikke uden videre kan udledes på den foran skitserede måde.

Disse behov lader sig imidlertid meget vel tilgodese under former, der bevarer de fordele, som er forbundet med en ordening, hvor retssystemets nærmere indhold i vid udstrækning bliver produktet af afgørelsesorganernes friere overvejelser og retsvidenskabens bearbejdelse af dette materiale. Dette forudsætter blot en elementær erkendelse af det hensigtsmæssige i, at man undlader overdreven detailregulering, således at enkeltproblemernes afklaring tværtimod overlades til retsorganerne ud fra en bredere politisk målsætning opsamlet i rammebestemmelser.

Den anvendelse, der gøres af sådanne rammer, vil imidlertid - som også påvist i fremstillingen ovenfor - i høj grad afhænge af, hvilke grundsynspunkter der behersker det pågældende område, eller for at bruge et andet udtryk, hvilket principgrundlag mellemværendet hviler på. Det almindelige rent kontraktsretlige udgangspunkt kompromitteres her fra to sider og ud fra to forskellige hensyn, hvilket måske bedst illustreres med en skitse:



Disse hensyn er *dels* af kollektivarbejdsretlig *dels* af socialretlig art. Førstnævnte er aktuelt, når forholdet er underlagt en kollektiv overenskomst, medens de socialretlige hensyn mere generelt kommer ind i billedet båret af lovgivers interesse i at udbygge samfundets sikringsordninger. Herved opstår to hvad man kan kalde konfrontationszoner.

Overlapningen imellem kollektivarbejdsrettens regler og enkeltkontraktens ret gav, som fremstillingen i afsnit III viser, ikke anledning til

uoverstigelige vanskeligheder, selv om der måske er grund til visse ajourføringer. Men karakteristisk var også her, at løsningerne i meget vid udstrækning er et produkt ikke af positive retsregler men af afgørelsesorganernes langsomme og velovervejede tilpasning af retsanvendelsen.

På det område, hvor tjenestekontraktens ret krydses af sociale reguleringer, er denne harmoni vanskeligere at få øje på. Der består her en konfrontation imellem målsætninger og retlige strukturer, der efter deres oprindelse er inkommensurable. Et af den nyere retsudviklings største handicap er utvivlsomt, at den nærmere karakter af dette sammenstød næppe er erkendt. Og samtidig at det næppe heller er erkendt, at sociale beskyttelsesforanstaltninger på arbejdsmarkedet meget vel kan gennemføres i en form, der tilgodeser de principper, man hidtil har valgt at lægge til grund for arbejdsretlige mellemværender, uden at ordningens generelle sigte derved lider afbræk. Således ville meget utvivlsomt være vundet, såfremt de nye reguleringer i højere grad indpasses i de almindelige arbejdsretlige strukturer. Dette gælder såvel med henblik på opstillingen af passende forbehold i de opstillede forpligtelser som ved tilpasning af sanktionssystemerne i overensstemmelse med de principper, der i forvejen behersker området.

Resumé

p. 15 Dansk arbejdsretlig teori har i nyere tid i væsentlig grad været koncentreret om overenskomstsystemets funktion. Enkeltkontraktens problemer har således kun været berørt i spredte sammenhænge. Herved er arbejdsretten også i nogen grad kommet til at fremstå som en splittet disciplin med delvis svigtende forbindelser mellem den individuelle og den kollektive del. Ligeledes er vægtfordelingen blevet skæv i kraft af utilstrækkelig generel opdyrkning af det individualretlige område. Dette skaber problemer, når overenskomstsystemet, som det er tilfældet for øjeblikket breder sig til arbejdsforhold, der traditionelt er blevet ordnet individuelt eller ved lov, samtidig med, at den sociale lovgivning udvides på områder der hidtil fortrinsvis er blevet reguleret gennem kollektivaftaler.

p. 18 I det anførte ligger en udfordring til retsvidenskaben. Det perspektiv der åbner sig er imidlertid særdeles vidt, og det er følgelig nødvendigt at koncentrere sig om de væsentligste problemer. Retsdannelsens redskaber og især samspillet mellem de enkelte elementer heri påkalder sig her en primær interesse. Men afklaringen heraf forudsætter en bedre erkendelse af retskildernes karakter, arbejdsrettens principgrundlag og området for de herunder hørende kontraktsforhold. Sidstnævnte er i det væsentlige temaet for fremstillingen i afsnit I. Men iøvrigt udfælder der sig 3 nøgleproblemer. Det første refererer til de begrænsninger i mulighederne for at bringe en løsning i stand, som følger af, at de arbejdsretlige regeldannelser i vid udstrækning er ufravigelige (fremstillingens afsnit II). Det andet drejer sig om samspillet mellem enkeltkontraktens ret og de kollektivarbejdsretlige principper, (afsnit III), medens det tredje sigter på retsdannelsen udenfor de positive retsreglers område (afsnit IV).

Gennemgangen af retskilderne (*afsnit I B*) har fortrinsvis karakter af en redegørelse i hovedtræk for den egenart, som markerer sig i arbejdsretlig sammenhæng. På et enkelt punkt er en dyberegående vurdering imidlertid nødvendig.

p. 26 Hidtidig teori har således opstillet et fænomen, overenskomstkutymer-

ne, som en slags særligt retsinstitut (retsgrundlag). For anerkendelsen af sådanne kutymers eksistens er anført en række krav med tilknytning til den traditionelle opfattelse af sædvanerettens betingelser. Tilsvarende har man søgt at udfælde reglerne for opsigelse af en herefter tilvejebragt kutyme. Ud fra retspraksis påvises imidlertid, at denne betragtningsmåde næppe er relevant, men at overenskomstkutymen som retligt fænomen snarere må ansues som en indgangsnøgle til nogle af de faktorer, der tillægges vægt overalt i kontraktsretten. Hvor overenskomsten kan forstås på flere måder, hvor den efter sin formulering overlader en del af retsdannelsen til praksis, eller hvor de udtrykkelige vedtagelser er ukomplette, er der således sandsynlighed for, at en praksis udvikler sig og nødvendighed for en løsning. Det ville her være uheldigt at have et tomrum stående, ligesom man ofte vil kunne antage, at parterne har henholdt sig til den praktiserede fremgangsmåde. I denne version er anerkendelsen af kutymen et produkt af almindelige kontraktsretlige principper om reklamation ved misligholdelse samt om passivitetens forpligtende virkning. I andre tilfælde tillægges den faktiske praksis betydning på tværs af udtrykkelige overenskomstbestemmelser, men dette forudsætter ofte en aftalekvalitet mellem parterne. Og jo skarpere modstriden er mellem kutymen og den grundlæggende bestemmelse, desto strengere bliver kravene til de momenter, der tages til indtægt for denne kvalitet. En grundfæstet praksis kan dog også i disse tilfælde få betydning f. eks. i kraft af det indenfor arbejdsretten udbredte ønske om ikke at gribe for pludseligt ind i tilvante forhold.

p. 30

p. 33

Det er væsentligt at holde sig ansættelsesforholdets principgrundlag klart. Heri ligger således en væsentlig del af nøglen til kombineringen og prioriteringen af retsgrundlagets elementer. Et forsøg på at placere tjenesteforholdet ud fra denne synsvinkel er gennemført i *afsnit I C*.

p. 77

I ældre tid ansås en del af arbejdsforholdene som værende af nærmest familieretlig natur. I dag er der eksempler på, at de ansues ud fra en offentlig, socialforsikringsretlig synsvinkel. Endvidere kendes tjenestemandssystemet, hvor arbejdsgiverens ret til autoritativ vilkårsfastsættelse træder i forgrunden. Det påvises at der, selv om lovgivningen er i voldsom udvikling, ingen tvivl er om, at det principielle grundlag for private ansættelser herhjemme for øjeblikket i bred almindelighed må søges i almindelige, kontraktsretlige grundsætninger. De ufravigelige lov- og overenskomstbestemmelser må således i tvivlstilfælde som regel ansues ud fra kontraktsrettens regler. Ligeledes bliver fundamentet for bedømmelsen af

- p. 80 tjenesteforholdets virkninger i vid udstrækning almindelige misligholdelsesprincipper og de forventninger hos parterne, som kan anses for skabt på rent aftaleretligt grundlag. I visse stillinger må en tilpasning i forhold til dette udgangspunkt dog utvivlsomt finde sted. Relevant er i denne forbindelse især uddannelsesstillinger, hvor det erhvervsmæssige formål med
- p. 84 beskæftigelsen ikke er det eneste. I offentlige ansættelser opstår et særligt problem. Her kendes såvel rene tjenestemandsansættelser med hjemmel i lovgivningen som private ansættelser på almindeligt kontraktsretligt grundlag. I en mellemgruppe befinder sig det der er kaldt tjenestemandslignende stillinger. Det er usikkert, hvorledes denne mellemgruppe skal anskues. Vilkår svarende til de egentlige tjenestemænds kan næppe gennemføres uden lovhjemmel. Den tjenestemandslignende stilling er ej heller institutionaliseret i retsreglerne, selv om eksistensen heraf forudsættes, f. eks. i ferieloven og funktionærloven. Retspraksis er uensartet, og tendensen til at søge over i den egentlige tjenestemandret svingende, alt afhængigt af, hvor langt man ligger væk fra de traditionelle tjenestemandstillinger, og afhængigt af, hvorledes de konkrete tilfælde er blevet lagt op. Det eftervises at der tydeligvis må udvises en vis forsigtighed med at slutte, at man befinder sig uden for området for de almindelige privatarbejdsretlige reguleringer, blot fordi ansættelsen karakteriseres som en tjenestemandstilling.
- p. 91 Arbejdsretten dækker som juridisk disciplin arbejdskontrakter, der har karakter af ansættelsesforhold. Afgrænsningen overfor andre kontrakter om arbejde er gjort til genstand for undersøgelse i *afsnit I D*.
- p. 92 Behovet for en udskillelse hænger især sammen med forekomsten af specialreguleringer, der alene dækker de almindelige lønmodtagerstillinger. Disse reguleringer overlader imidlertid i det væsentlige selve afgrænsningsproblemet til den senere retsdannelse. Der lader sig ikke udfælde nogen sikker teoretisk/abstrakt definition på de kontrakter, der er tale om.
- p. 97 Man er følgelig henvist til at deducere sig frem til de nødvendige karakteristika. En gennemgang af retsstillingen i relation til de enkelte ansættelseslove viser her, at der er visse nuancer i opfattelsen. Især anvendes 3 forskellige metoder til udskillelsen af det relevante arbejdstagerbegreb: I henhold til den første vil man afgøre enkelttilfældene ud fra en helhedsvurdering i lyset af arbejdsgiverens rådighedsret, vederlagets karakter af løn m.v., altså ud fra de traditionelle/kontraktsretlige forestillinger om, hvad lønmodtagerbegrebet dækker. En anden metode består i at anlægge en

højere grad af formålsbestemt fortolkning. Herunder vurderes groft sagt, hvorvidt den pågældende kontrakt udgør en analogi til et almindeligt ansættelsesforhold. Endelig foreligger der en tredje mulighed af mere negativ karakter. I henhold til denne udskilles de arbejdsforhold fra reglernes område, på hvilke disse vanskeligt kan praktiseres. Det arbejdsretlige arbejdstagerbegreb har således i dansk ret ikke noget entydigt indhold.

Inden for arbejdsrettens område er dispositionsfriheden underkastet væsentlige begrænsninger, såvel ud fra lovgivningen som ud fra de kollektive overenskomster. Herved tilpasses retsforholdets materielle indhold ud fra særlige og til dels kontraktsfremmede hensyn. Ufravigelighedsreglerne udgør følgelig et væsentligt element i grundlaget for parternes mellemværende. Denne problematik behandles i *afsnit II*.

På lovområderne opsamles de anførte begrænsninger næppe i en fælles formel. Men det er tilsyneladende muligt ud fra de bagved liggende hensyn at udfælde visse generelle synspunkter til fastlæggelse af det tilladeliges rammer (*afsnit II underafsnit I^o*)

Helt centralt står i denne forbindelse hensynet til lønmodtageren ud fra, hvad der bredt kan kaldes dennes underlegenhedstilstand. Jævnbyrdighed behøver dog ikke være en tilstrækkelig betingelse for dispositionens lovlighed. Rådigheden gennem kollektiv overenskomst er således tilsyneladende i almindelighed ikke væsentligt mere omfattende end den, der tilkommer

arbejdstageren selv. Derimod kan der forekomme konkrete situationer, hvor ligebyrdighed må antages at være til stede i et omfang, der legitimerer handlinger, der ellers var kollideret med synspunkterne bag ufravigelighedsreglerne. Parallelt hermed kan det tænkes, at et afkald isoleret set ud fra situationens art må bedømmes som værende til gunst for den ansatte.

Dette indebærer dog ikke, at tilsidesættelse af lovens forskrifter på enkelte punkter kan kompenseres gennem ydelse af særlige fordele i anden hense-

ende. Endelig spiller lønmodtagerens passivitet en rolle uanset ufravigelighedsreglerne. Foreligger der et udtrykkeligt aftalemæssigt afkald, og er der forløbet en vis tid uden reklamation, opstår således en formodning for, at vedtagelsen er lovlig. Men selv uden klar aftale kan passiviteten afgive et moment af stiltiende indforståelse, der vil præjudicere kravet i lyset af samme betragtning. Endelig tillægges passiviteten betydning i tilfælde, hvor hurtig reklamation kunne have givet virksomheden anledning til at udbedre de forhold, hvorpå kravet støttes. Generelt vil det dog her være af betydning, om lønmodtageren konkret har været under et pres, der har

hindret de nødvendige skridt til hævvelse af retskravet, ligesom parternes subjektive forhold og overtrædelsens klarhed spiller en rolle.

p. 121 Ufravigelighedsbedømmelsen bygger således på en individuel, kontraktlig vurdering. »Samfundsinteressen« eller det offentliges subsidiære betalingsforpligtelse er uden betydning så længe, der blot ikke er tale om spekulation i de almindelige sociale sikringsordninger.

p. 145 Ufravigelighedsprincippet strækker iøvrigt næppe sine virkninger uden for lovreglernes materielle område. Muligvis er dog visse retspositioner, f.

p. 148 eks. lønmodtagerens fri opsigelsesret, uopgivelige. Ufravigelighedsprincippet udstrækkes normalt heller ikke til de tilfælde, hvor lovreglerne anvendes analogt.

p. 157 Også de kollektive overenskomster bygger på et ufravigelighedsprincip (*afsnit II underafsnit II^o*) Såvel dette princip indhold som konsekvenserne af individualkontraktens eventuelle overenskomststridighed fastlægges ud fra rent aftaleretlige overvejelser i lyset af de private interesser bag overenskomsten. I denne forbindelse gør især to hensyn sig gældende, nemlig 1) hensynet til opretholdelsen af arbejdstagersidens solidaritet, manifesteret i organisationens eksistens og 2) hensynet til organisationens retshåndhævelsesmuligheder. Herudfra afskæres i vid udstrækning ikke blot individualaftaler, der er ringere end overenskomsten, men også aftaler, der er anderledes end denne, og undertiden tillige dispositioner, der p. 159 har karakter af rene begunstigelser for arbejdstageren. Også tillægsp. 160 klausuler til individualkontrakten i spørgsmål, som ikke berøres af overenskomsten kan undertiden kolliderer med denne. Dette gælder klart aftaler, der tjener til at omgå de fastsatte regler, eller som er egnede til at dække over tilsidesættelser af samme. Og ligeledes afskæres antagelig forhåndsp. 162 dispositioner over det overenskomstmæssige vederlag. Men iøvrigt forekommer der en række andre tilfælde, hvor en konkret overvejelse kan føre til dispositionens forkastelse. Individualaftalens eventuelle modstrid med den kollektive overenskomst giver næppe den enkelte lønmodtager rettigheder ud over hvad hans egen kontrakt tilsiger. Derimod må han kunne nægte at fortsætte på overenskomststridige vilkår.

p. 172 Samspillet mellem den kollektive overenskomst og individualkontrakten behandles i *afsnit III*. Man har traditionelt skelnet mellem overenskomstens normative og obligatoriske bestemmelser. Førstnævnte sigter efter gammel opfattelse på de regler, der normerer vilkårene for arbejdsforhold, som måtte blive indgået under overenskomstens område. Sondringen er

imidlertid næppe relevant ved afklaringen af omtalte samspilsfunktioner. Også det obligatoriske indhold, f. eks. pligten til ikke at indlede kollektive kampskridt i overenskomstperioden, skaber retlige bånd mellem individualparterne. Omvendt har de normative bestemmelser undertiden et så løst indhold, at de i realiteten kun kan gennemføres under overenskomstparternes medvirken. Undersøgelsen må derfor have et andet udgangspunkt. Det vil her være nærliggende først og fremmest at afklare den principielle retlige basis for overenskomstens betydning i enkeltkontrakten (*afsnit III A.*) Men dernæst må opmærksomheden koncentreres om konfrontationen mellem de individualretlige og de kollektivarbejdsretlige principper, når mellemværendet er undergivet en kollektiv overenskomst (*afsnit III B*).

I relation til de af overenskomsten direkte forpligtede arbejdsgivere, vil dennes bestemmelser om løn- og arbejdsforhold normalt få virkning i kraft af en formodningsregel. Dette gælder såvel for organiserede som for uorganiserede lønmodtagere. Den uorganiserede må således jævnlige også acceptere overenskomstvilkår, som påberåbes imod ham. Enkeltaftalen kan dog opnå en sådan grad af selvstændig identitet, at arbejdsgiveren ikke kan gøre overenskomsten gældende.

p. 177

Også overfor udenforstående virksomheder vil overenskomstens anvisninger undertiden kunne finde anvendelse. Dette kan have rod i en almindelig aftaleretlig funktion, bygget op omkring et forudsætningssynspunkt, herunder i, at overenskomstens anvisninger har vundet sådan almindelig anerkendelse, at der havde været anledning til at tage afstand herfra, såfremt man ønskede noget sådant (overenskomsten som udfyldende retsgrundlag ud fra friere betragtninger). Men afgørende er tillige her det i disse kontraktsforhold særlige behov for at skabe en forsvarlig ordning mellem parterne.

p. 181

Gennemførelsen af de på overenskomsten støttede individualkrav fra arbejdstager rejser særlige problemer. Man må her skelne imellem, om den pågældende er organiseret eller uorganiseret. For organiserede opstår spørgsmålet om, hvor langt organisationens dispositioner afskærer selvstændige tiltag. Hvis ikke andet fremgår af vedtægterne vil organisationen antagelig binde medlemmet ikke blot i Arbejdsretten, men også på mæglingssmøder m.v. Undtagelse gælder dog, såfremt lønmodtagerens retskrav har en høj grad af selvstændig identitet, f. eks. derved at det udspringer af en udtrykkelig vedtagelse mellem parterne eller af ufravigelige lovregler. Når organisationen faktisk forfølger sagen, må selvstændige

p. 186

p. 187

- initiativer iøvrigt være afskåret, da gennemførelsen af kravet i så fald kan kolliderede med såvel organisationens dispositionsret som det system for sanktionering af overenskomstovertrædelser, der ligger i arbejdsretsloven. Men man kan ikke fra den omstændighed, at organisationen undlader at forfølge sagen slutte, at der ikke heri er truffet nogen præjudicerende beslutning. Den uorganiserede vil i modsætning til den organiserede have fri adgang til at gå til domstolene med sin individualkontrakt, selvom denne måtte være overenskomstbaseret. Noget andet er, at mulighederne her rent praktisk begrænses af vanskelighederne ved at bevise, hvad overenskomsten går ud på. Denne vanskelighed har iøvrigt også henblik på organiserede arbejdstageres forhold. Udfra et retssikkerhedshensyn er det således nødvendigt at fordrø, at afgørelserne søges opnået i det mere kyndige organ, såfremt én af parterne forlanger dette, og der er tvivl om tvistens fagretlige indhold. Er dette tilfældet, må organisationsvejen altså være forsøgt således at sagen ved de almindelige domstole kun fremmes, hvis den er gået i stå i fagretlig regie under omstændigheder, der ikke præjudicerer det materielle retskrav.
- p. 198
- p. 205 I de tilfælde hvor lønmodtageren er organiseret og står over for en overenskomstforpligtet virksomhed, opstår visse bånd og berettigelser mellem individualparterne i konsekvens af, at disse samtidig er parter i kollektivaftalen. Disse forpligtelser og rettigheder er mange gange uforenelige med pligter og rettigheder i henhold til enkeltkontrakten. Det er følgelig nødvendigt i det enkelte tilfælde dels at foretage en prioritering af de modstående principper for kontraktens forvaltning, dels at anordne de nærmere konsekvenser, der er forbundet med, at det ene regelsæt viger. Dette problem er især praktisk med henblik på 2 forhold: 1) Ved iværksættelse af lovlig arbejdsstandsning og 2) derved, at den individuelle dispositionsbeføjelse (opsigelsesret, hævebeføjelse, vægringsret, adgang til at kræve erstatning) kompromitteres af den såkaldte fredspligt.
- p. 206 Individualkontraktens tidsvilkår synes utvivlsomt at måtte iagttages før arbejdsstandsning imellem parter, der i forvejen er uforpligtede af kollektiv overenskomst, såvel som i forhold til lønmodtagerne uden tilknytning til den pågældende fagorganisation. Bortset herfra må noget andet gælde. Helt afgørende er dog konfliktvarslingsreglernes indhold og organisationens kompetence. Det anførte antages efter omstændighederne også at gælde med hensyn til ansættelseslovgivningens regler.
- p. 213 Iøvrigt opstår et spørgsmål om den lovlige arbejdsstandsningens individu-

alretlige virkning, herunder om adgangen til at tilegne sig konfliktvarslet, således at fratrædelserne effektueres, selvom aktionen afblæses, om opgørelsen og afviklingen af parternes mellemværende og endelig om retsstillingen efter konfliktens afslutning med henblik på arbejdets genoptagelse. Disse spørgsmål er traditionelt søgt besvaret ud fra en overvejelse over, hvorvidt kontrakten kan anses for afbrudt eller blot suspenderet. Der er imidlertid her ikke tale om noget enten eller. Især lader det sig næppe gøre blot at betragte ansættelsesforholdene som suspenderet under konflikten, idet virkningen af denne med henblik på den eventuelle videreførelse helt og holdent må bero på, hvilke aftaler der træffes mellem konfliktparterne.

p. 219

Overenskomsten lægger nogle ikke uvæsentlige bånd på handlefriheden i enkeltkontrakten, herunder på retten til at udøve misligholdelsesbeføjelser. Lønmodtagerens og arbejdsgiverens muligheder må imidlertid her behandles hver for sig, fordi fredspligten har et forskelligt indhold i forhold til hver af de to parter.

Lønmodtagers dispositionsfrihed kompromitteres af arbejdsgiverens overenskomstforudsætning gående på, at arbejdstagersiden ikke ved samlet optræden vil hindre driftens uforstyrrede gang. Endvidere kompromitteres erstatningsbeføjelsen derved, at kompensationen for kontraktskrænkelser, der tillige udgør overenskomstbrud i vid udstrækning må kanaliseres gennem det fagretlige system, herunder med de begrænsninger, der følger af bodsreglerne. Det er således nødvendigt at holde de individualretlige beføjelser ude fra hinanden, ligesom man for såvidt angår misligholdelsestilfældene må skelne efter den underliggende situations art.

p. 222

Når der skal fastlægges en ramme for arbejdstagerens individuelle mulighed for at fratræde med iagttagelse af kontraktens tidsindhold under omstændigheder hvor denne mulighed udnyttes af flere, er det naturligt at tage udgangspunkt i en risikoovervejelse kombineret med en vurdering af, om der foreligger legitime, individuelle fratrædelsårsager eller ej. Her ved ender man i det væsentlige i et bevisproblem.

p. 223

Ved ulovlig lock-out kan arbejdsforholdet betragtes som definitivt afbrudt, eller situationen kan anskues som fordringshavermora. Dette valg vil danne grundlag for bodsudmålingen, henholdsvis erstatningskravet ved de fagretlige instanser. Retspraksis giver ingen sikker vejledning i, hvordan grænselinierne skal trækkes. Men medmindre situationen er tydeligt definitiv, er det mest rimeligt at anskue forholdet som fordringshavermora, således at der sikres en kompensation dækkende indtægtstabet i den perio-

p. 227

de, hvori lønmodtageren holder sig disponibel med henblik på arbejdsforholdets videreførelse.

- p. 230 I tilfælde af betalingsstandsning og krænkelser af hensynet til lønmodtagerens liv, ære eller velfærd må man tage i betragtning, at beføjelsen til at hæve kontrakten eller holde ydelsen tilbage kan være afgørende for løn-
- p. 231 modtageren til varetagelse af fundamentale livsinteresser. Ved livsfare vil begge individualbeføjelser således antagelig kunne accepteres. Men medmindre der er noget at lægge virksomheden til last, må et løbende lønkrav støttet på et fordringshavermorasynspunkt nok forudsætte, at der objektivt
- p. 232 har foreligget en fare, der berettiger standsningen. Ved fjernere helbredsrisici forudsætter beføjelserne formentlig, at situationen er akut. Noget andet kan dog gælde ved tilsidesættelse af faste normer, f. eks. om arbejdstemperatur el. lign., som må betragtes som egentlige arbejdsbetingelser. I så fald kan der tillige opstå fordringshavermoravirkning med løbende
- p. 235 betaling som konsekvens. Ved æreskrænkelser må arbejdstageren oftest være henvist til at udnytte en eventuel adgang til at hæve kontrakten.
- p. 236 Vederlagsforudsætningen vil normalt være så væsentlig for lønmodtageren, at ukorrekt eller udebleven betaling fra arbejdsgiverens side retfærdiggør misligholdelsesbeføjelsernes anvendelse, uden hensyn til den bestående fredspligt. Dette er især praktisk med henblik på tilfælde, hvor virksomhedens økonomi svigter. Til afklaring af, hvorvidt dette er tilfældet, har lønmodtageren dog næppe adgang til at kræve sikkerhed under trussel om arbejdsvægring, førend risikoen er overhængende. Efter kontraktsrettens regler vil det for hævebeføjelsens udøvelse ikke være afgørende, at betalingsudeblivelsen skyldes en retlig strid. Men denne sætning kan næppe overføres på overenskomstdækkede områder, hvor der er mulighed for hurtig afklaring gennem det fagretlige system.
- p. 243 Virksomhedens individualretligt begrundede dispositioner kan i flere henseender kollidere med de forpligtelser, der påhviler den som delagtig i overenskomsten. Praktisk vil problemet dog fortrinsvis være i tilknytning til arbejdsgiverens frigørelse fra kontrakten i henhold til dennes tidsvilkår og til udøvelsen af misligholdelsesbeføjelser. Herved kan man i forskellig grad komme i konflikt med 1) forudsætningen om, at der ikke må indledes kampskridt i overenskomstperioden, 2) ønsket om at retlige stridigheder skal finde en retlig løsning og 3) det særlige kollektivarbejdsretlige bodssystem.
- p. 245 Frigørelsen i henhold til kontraktens normale tidsindhold må normalt

anses at hvile på virksomhedens ret frie skøn over det konkret hensigtsmæssige i at skride til afskedigelser, herunder det økonomisk opportune heri. Denne driftsmæssige begrundelse må dog kunne sandsynliggøres positivt.

Hævebeføjelsens udøvelse vil især kunne støde på forudsætningen om, at krænkelser af overenskomsten opsamles af det fagretlige påtalesystem. Ved dette systems etablering havde man imidlertid tilsyneladende ikke øje for det individualretlige perspektiv. Såvel spørgsmålet om hævebeføjelsens anvendelse som muligheden for at kræve individualerstatning ligger således åbent. Problemet dukker specielt op, hvor en fredspligtkrænkelse på lønmodtagerside tillige udgør hævebegrundende tilsidesættelse af enkeltkontrakten. Man kan her næppe gå ud fra, at de nødvendige driftsmæssige grunde for beføjelsens udøvelse er til stede, allerede i og med, at arbejdskontrakten ikke opfyldes. Ofte må arbejdstagerne formentlig have lejlighed til at gå i arbejde igen, inden individualbeføjelsen udøves. Heri ligger også, at man ikke uden videre kan gå ud fra, at en ulovlig arbejdsstandsning på lønmodtagerside automatisk afbryder arbejdsforholdet. Selv om der imidlertid må være et område for hævebeføjelsen, kan der næppe ud fra den nugældende retstilstand siges noget sikkert om, hvorvidt denne beføjelse kan følges op af et almindeligt erstatningskrav som i andre tilfælde af misligholdelse. På dette punkt synes retsteoretiske overvejelser således ikke at kunne bringe situationen videre uden holdepunkt i en fornyet politisk stillingtagen.

p. 250

Retsdannelsen uden for det område, der dækkes af positive reguleringer, er gjort til genstand for undersøgelse i *afsnit IV*.

p. 268

I mangel af sikkert holdepunkt for fastlæggelse af ansættelsesforholdets konsekvenser, vil man naturligvis først undersøge, hvorvidt der foreligger konkrete dispositioner mellem parterne, hvorudaf kan udledes en retlig forpligtelse i kraft af den heri liggende aftalekvalitet. En generel forudsætningslære med henblik på konstateringen af denne forpligtelse lader sig dog ikke opstille på arbejdsrettens nuværende stadium, hvor der mangler oversigt over det, der kan kaldes arbejdsforholdets balance, altså den bundethed, der konstrueres ud fra hensynene til hver af de to parter i ansættelsesforholdets enkelte relationer.

De alment udfyldende retsregler påkalder sig derimod øjeblikkelig interesse. For at få overblik over, hvilke funktioner der gør sig gældende, og hvilke muligheder der foreligger ud fra dansk tradition, er det her naturligt at søge tilbage til en periode, hvor positivreguleringerne var mindre om-

p.270

fattende. Herved viser det sig, at muligheden for at lægge de positivt opstillede normer, især lovreglerne, til grund uden for deres egentlige område, må tiltrække sig særlig opmærksomhed. For at få afklaret i hvilken udstrækning denne mekanisme gør sig gældende, analyseres 4 spørgsmål, som hvert især er blevet gjort til genstand for regulering i større eller mindre afstand fra, hvad almindelige kontraktsregler tilsiger, nemlig:

- p. 284 1) Spørgsmålet om kontraktens tidsindhold (opsigelsesvarsler m.v.), 2)
p. 292 Spørgsmålet om betalingsforpligtelsen uanset fravær, 3) Spørgsmålet om
p. 295 beregningen af misligholdelseserstatning uden hensyn til det lidte tab og 4)
p. 308 spørgsmålet om retten til særlig godtgørelse for afskedigelsens usaglighed.
p. 313 Det konstateres herudfra og på basis af det i afsnit III nævnte om overenskomstens betydning uden for dens direkte område, at muligheden for at lægge positivreguleringerne til grund i videre udstrækning, og for at inddrage den faktiske brug som udfyldende retsgrundlag, synes at hvile på noget, der ligner et uagtsomhedssynspunkt. Ved fastlæggelsen af kravene til parternes agtpågivenhed vil imidlertid ikke blot fastheden omkring anvendelsen i andre arbejdsforhold af den norm, der er tale om, men også dennes kvalitet spille en rolle. Herunder er det bl.a. afgørende, at der er tale om en regel, som falder ind i et almindeligt kontraktligt mønster, d.v.s. kan støttes på et forudsætningssynspunkt i lyset af forestillingen om to principielt uafhængige parter. Endelig vil der e.o. være en samvirken med holdepunkter, som kan hentes i parternes konkrete dispositioner. Disse vil således lettere virke forpligtende, såfremt de kan kombineres med en udfyldende regel af den skitserede art.
- p. 318 I afhandlingens *epilog* gøres status over udviklingsforløbet på arbejdsrettens område med særligt henblik på lovgivningens betydning.

SUMMARY

In recent years Danish labour law theory has largely been concentrated on the function of the system of collective agreements. The problems of the individual contract have thus been discussed sporadically only. Consequently Danish labour law has come to be looked upon as a divided discipline where the connection between the individual part and the collective part has been partly missing. On account of an insufficient general cultivation of the problems of the individual contract, the emphasis on the two disciplines has become uneven. This gives rise to problems when the system of collective agreements, as is the case at present, spreads to contracts of employment which have traditionally been settled individually or by legislation and when at the same time social legislation is extended to fields which up till now have been dominated by collective agreements.

This is a challenge to jurisprudence. The perspective is, however, rather broad, and consequently it is necessary to concentrate on the most essential problems. The tools for the creation of law and especially the interaction between the various elements in labour law is of primary interest. But this requires a better understanding of the nature of the sources of law, the principal basis of labour law and the field of the contracts submitted to labour law regulations. The latter problems form the main topic of Part I. Apart from this there are three main issues. The first one relates to the limitations of the possibilities of reaching an agreement which derive from the fact that labour law regulations are to a great extent indispensable (Part II). The second one relates to the correlation between the rights of the individual contract (the individual labour law) and the principles of collective labour law (Part III), while the third one refers to the creation of law outside the field of positive regulations in legislation and collective agreements (Part IV).

The outline of the sources of law (Part I B) is mainly an account of labour law peculiarities. On one point, however, it is necessary to make a more intensive study.

Up till now a special phenomenon, the so called collective agreement customs (or usages), has been looked upon as a legal institution. For the recognition of the existence of such customs a number of conditions have been set up which are connected with the traditional recognition of the conditions of customary law. In the same manner it has been attempted to crystallize rules for the termination of such customs. But a survey of the decisions from the courts show, however, that this view is hardly relevant. As a legal phenomenon collective agreement customs should rather be considered the key to some of the factors on which emphasis is put everywhere in contractual law. If the collective agreement can be understood in several ways, or if according to its wording it leaves part of the creation of law to practice or if express agreements are incomplete, customs are most likely to develop because a solution is necessary. It would be inappropriate to have a gap and it can i.a. often be assumed that the parties have taken their stand on the interpretation actually practised. In this form recognition of customs can be seen as a product of ordinary contractual principles on notification in case of breach of contract and on the binding effect of passivity. In other cases actual practice is recognised contrary to express agreement terms. But this is normally based on a quality of agreement between the parties. And the more inconsistency there is between the actual practice (custom) and the express terms the stricter the requirements to this quality. However, consolidated practices may also in these cases become important e. g. due to the tendency in labour law not to interfere too abruptly in usual procedures.

It is essential to realise the principal basis of the contract of employment. This is the main key to the combination and priority of the elements of the legal basis. An attempt to see the contract of employment from this point of view has been made in Part I. C.

Earlier some contracts of employment were considered to have the nature of family law. Nowadays the approach is different. Some of them are regarded from a social security angle. Moreover there is the civil servant system in public service where the employer has an authoritative right to set up the terms of the contract. It is demonstrated, however, that even though legislation is developing fast, the principal basis in Denmark for private employments can be found in ordinary contractual principles. In cases of doubt the indispensable provisions in legislation and collective agreements may generally be considered in the light of contractual rules.

Furthermore the content of the employment will to a great extent depend on general principles of breach of contract and on the expectations of the parties which may be assumed to have been created in accordance with the principles of contractual law. In certain occupations it will, however, be necessary to make some adjustments. In this connection it is relevant to mention positions where job qualification is the main purpose of the employment. In public service there is a special problem. Here there are two possibilities: one is employment of civil servants under provisions of the Civil Servants Act or similar legislation, the other one private contracts of employment. In between is a group of civil servant like positions. It is uncertain from which point of view this group is to be considered. It will hardly be possible to implement conditions similar to those of the ordinary civil servant without authority in law. The civil servant like positions are not institutionalised, although their existence is presupposed in e.g. the Holidays Act and the Salaried Employees Act. Decisions from the courts are incongruous and the tendency to base results on the rules concerning civil servants varies: the results depend on the distance from the traditional civil servant positions and on how the actual case is presented. It is pointed out that obviously caution must be shown not to conclude that the ordinary private labour law regulations are precluded merely because the employee is characterised as a civil servant.

As a legal discipline labour law covers contracts of employment. The delimitation from other contracts of work is analysed in Part I D.

The need to make a segregation mainly derives from the existence of special regulations which cover ordinary employees only. These regulations, however, leave the problems of segregation to the creation of law by the courts at a later time. It is not possible to crystallise any reliable theoretic/abstract definition of the contracts in question. Consequently it is necessary to deduce relevant characteristics from legislation. This method reveals that there are differences in the conception of law. Particularly three different methods are used to segregate the relevant conception of the contracts involved. According to the first one a general view has to be made on the employer's right of disposal, the nature of consideration in the form of wages, etc. This is the traditional/contractual conception of the characteristics of the ordinary employee. Another method is to use a more purposive interpretation. Broadly speaking this method analyses whether the contract in question is an analogy to an ordinary

contract of employment. Finally there is a third possibility which is more negative. According to this method the contracts on which labour law regulations can be adopted with great difficulty only are separated from labour law. Consequently there is not in Danish labour law any unambiguous conception of the employment contract.

In the area of labour law freedom of the parties to make any contract they want is subject to important limitations. This is due to indispensable legislation and to the collective agreements. In this way the substantive content of the contract is adapted due to factors which are non-contractual. Consequently principles of indispensability constitute an essential element of the legal relationship between the parties. These problems are discussed in Part II.

It is hardly possible to sum up in one single formula the legislative limitations. But it seems possible, however, to extract some general views from the reasons behind the rules to lay down the framework of what is permissible for the parties. (Part II, subsection I°).

In this connection the central point is the consideration for the wage-earner due to what may broadly be described as his inferiority. But equality need not automatically legalize the disposition. The freedom to settle matters through collective agreements is not much wider than that of the employee himself. But there may be concrete situations where equality must be assumed to be present to an extent that legalize actions which would normally clash with the reasons behind the rules of indispensability. In the same way renunciations may in isolated cases be made to the benefit of the employee. But this must not lead to the assumption that disregard of the prescriptions in legislation on some points may be compensated for through special favours elsewhere in the contract. Finally: despite the rules of indispensability, the passivity of the employee might be of some importance. If an express renunciation is made and no objection is raised within a reasonable period of time it will be assumed that the agreement is legal. But even without an express agreement passivity may imply an agreement that will prejudice the claim. Finally passivity may be important where quick notification might have made it possible for the employer to make good the faults on which the claim is based. In such situations, however it will generally be of importance if the wage-earner has been under pressure which has prevented him from making the claim and also

the subjective situation of the parties and the clarity of the violation will have to be taken into account.

Thus the precepts of indispensability are based on an individual contractual estimate. The »interests of society« or the subsidiary obligation on the public to pay due to the general social security system is of no importance as long as there is no exploitation of the public social security system.

The effects of the principle of indispensability hardly extend beyond the substantive field of the rules of law. Possibly, however, certain legal rights such as the employee's free right to give notice are indispensable. And normally the principle of indispensability does not extend to such cases where the rules of law are applied in an analogous manner.

Also collective agreements build on a principle of indispensability. (Part II, subsection II^o). The content of this principle as well as the consequences of any violation of the individual contract are based on contractual rules seen in the light of the private interests behind the collective agreement. In this connection especially two considerations should be taken into account: 1) the preservation of the solidarity between the employee and his organisation and 2) the union's possibility of enforcing the rules. Due to this not only individual contracts inferior to the agreement are precluded, but also agreements which are different from it and sometimes also dispositions which have a nature of preferential treatment of the employee. And furthermore supplementary clauses set up in the individual contract relating to matters which are not affected by the collective agreement may often clash with it. Contracts which serve to evade the rules laid down or which are made to cover up evasion are, of course, excluded. In the same manner wages cannot be committed in advance. But there are a number of other cases where a concrete consideration may lead to the rejection of the disposition. If the individual agreement is not in conformity with the collective agreement this will hardly confer any rights on the employee in addition to his personal contract. But it is his right to refuse work, if the contractual terms violate the collective agreement.

The interplay between the collective agreement and the individual contract is discussed in Part III. Traditionally a distinction has been made between the normative and the obligatory part of the agreement. According to conventional conception the former aim at the regulations which prescribe the conditions for individual contracts that are concluded under

the collective agreement. The distinction is, however, hardly relevant to clarify the said interplay functions. The compulsory rules too, for instance the obligation to abstain from conflict during the period in which the collective agreement is in force, create legal bindings between the individual parties. Conversely, the normative regulations are so loose that in reality they can only be carried through with the cooperation of the parties to the collective agreement. Therefore the study must have another point of departure.

It would be natural primarily to clarify the fundamental legal basis for the influence of the collective agreement on the individual contract (Part III A). But then attention should be drawn to the confrontation between the principles of individual and collective labour law when the contract is subject to a collective agreement. (Part III B).

In relation to employers directly bound by the collective agreement, the provisions of the agreement on wage and working conditions will come into effect by virtue of a rule of presumption. This applies to organised as well as to unorganised wage-earners. The unorganised employee is thus often bound to accept agreement terms which are invoked to his disadvantage. However, the individual contract may reach a level of independence that will prevent the employer from invoking the collective agreement. Even to outside enterprises the directions of the collective agreement may sometimes be applied. This may originate in an ordinary contractual function based on the fact that the terms of the collective agreement have obtained such common recognition that it is natural to dissociate from it in an express clause of the contract if another solution is desired. But the special need to have a justifiable arrangement between the parties of an employment contract may be decisive too.

It creates special problems to carry into effect the individual claims based on the collective agreement. A crucial point is whether the employee is organised or not. If he is a union member it is a question to which degree the dispositions of the union may prevent independent initiative from his side. The union is probably entitled to bind the member not only in the Industrial Court, but also at conciliation proceedings, etc. But exceptions must, however, be made if the claim made by the employee has a high degree of individuality in for instance that it originates from an express agreement between employer and employee or from indispensable rules of law. If the union in fact pursues the case, independent initiatives from the

employee must be precluded since the fulfilment of the claim may in such cases collide both with the union's right to enter into commitments and with the system of sanctions under the Industrial Court Act in connection with violations of collective agreements. But where the union fails to pursue a case it should not be concluded that a prejudicing decision has been made. Unlike the organised employee the unorganised employee will have free access to go to the courts with his individual contract even though it is based on a collective agreement. But in practice his possibilities are limited because of the difficulties involved in proving the content of the collective agreement. This problem also applies to organised wage-earners. Out of consideration for the public security it is necessary to claim that decisions are made by a competent authority if required by one of the parties and if there is any doubt about the content of the dispute. If so a case can only be proceeded with in the ordinary courts if the organised employee has tried to make the union promote his claim and no prejudicing decision has been made.

If the wage-earner is organised and the enterprise is obliged by collective agreements special ties and rights are created between the parties to the labour contract owing to the fact that these parties are at the same time parties to the collective agreement. Often these obligations and rights are incompatible with obligations and rights under the individual contract. Consequently it is necessary in each individual case to balance between the conflicting principles for the application of the contract, and to point out the consequences when one of them must give way. This problem is practical especially in two situations: 1) when a legal work stoppage is carried into effect and 2) when the individual right to give notice, cancel the contract, refuse work or demand compensation is compromised by the duty to keep the peace during the validity of the collective agreement.

Terms of termination must undoubtedly be observed before a work stoppage among parties not committed by the collective agreement and also in relation to non-union members. But apart from this the crucial point is the content of rules of notice of conflicts and the competence of the organisation. These rules are assumed also to apply with regard to the social benefits allowed from the legislation. Moreover a question arises relating to the effects of lawful stoppage of work on the individual labour contract (the right to uphold the notice of conflict and bring resignations into effect even if the actions are called off, the liquidation of the contract

and settlement of affairs of the parties and finally the legal position after the end of the conflict with a view to resumption of work.) Traditionally it has been debated whether the conflict terminates or only suspends the contract. It is not, however, possible to make such a distinction. It will hardly be possible merely to consider the contract suspended under a conflict as its effect or its continuance is totally dependent on agreements made by the conflicting parties.

The ties of the collective agreement on the freedom of action in the individual contract are tight and this includes the right to exercise breach of contract. However, the possibilities of the employee and the employer should be dealt with separately because their duty to keep the peace is not the same.

The wage-earner's freedom of action according to normal contractual rules is hindered by certain assumptions of the employer based on the collective agreement. Thus the employer will expect that the employees will not through joint action obstruct the running of the undertaking. Furthermore demands for compensation are compromised by the fact that violation of the contract might as well include a violation of the collective agreement. And breach of the collective agreement has to be brought through the system of industrial procedure with the limitations which are consequential upon the rules of penalty. So it is necessary to discuss the different possibilities granted by the individual contract separately and to distinguish according to underlying circumstances.

As for the individual possibilities of the employee to give normal notice according to the contract it would be natural to start by considering the risks run by the parties arising from the collective agreement, but here it should be considered too whether there are legitimate individual reasons for resignation. In all essentials this will lead to problems of evidence.

In case of illegal lock-out the contract of employment can be considered definitely terminated or the situation may be regarded as claimant's default. This choice will be the basis for discussion of the extent of penalty at the Labour Court and of the claim for compensation at industrial arbitration. There is in judicial decisions no definite instruction of how to draw the borderlines. But unless the situation is clearly definitive, it will be most reasonable to look upon it as a case of claimant's default. This means that compensation is secured to cover the loss of wages during the period in which the employee remains available to the employer.

If payment is suspended or the regard to the wage-earner's life, honour or welfare is invaded, it should be noticed that the right to cancel the contract or refuse work may be of vital interest to him. In the case of danger of life probably all individual rights are accepted. But unless the undertaking is to be blamed a claim for wages based on claimant's default will probably presuppose that objectively seen there has been danger which justifies the stoppage. In the case of health risks the situation will presumably have to be acute to justify individual rights. However, there may be a different situation if fixed standards e.g. such as temperature in work-rooms, are violated. This is due to the fact that such standards may be considered working conditions sine qua non. In such cases a claimant's default effect may arise with current payments as the result. In case of defamation the employee will often be referred to use the possibility of cancelling the contract only. The presumption that wages must be paid by the employer will generally be so important to the employee that incorrect or missing payment will justify individual steps despite the duty to keep the peace. This is practical especially with regard to cases where the financial position of the enterprise is in a bad state. To find out whether this is correct, however, the employee will hardly be entitled to demand security with the threat of work stoppage until the risk is immediate. According to the rules of contractual law the fact that payment of wages is not made due to a legal dispute will not be of effect to the possibilities to cancel the contract. But this rule can hardly be applied to areas covered by collective agreements where disputes can be solved quickly through industrial procedure and arbitration.

The dispositions of the enterprise with regard to individual contracts may in several respects clash with the obligations it has as a party to the collective agreement. In practice, however, such problems will mainly arise in connection with the employer's disengagement from the contract in relation to rules of termination and to the execution of rights in connection with breach of contract. But this may lead to a conflict with several principles e.g. 1) the presumption that no steps of conflict must be initiated during the period of validity of the collective agreement, 2) the wish that legal disputes shall be decided legally, and 3) the special penalty system provided for in the Industrial Court Act.

Disengagement from the contract in accordance with the normal terms of termination of the contract generally seems to be at the discretion of the

employer: the expediency of resorting to dismissals including the financial convenience of such steps. But it is for the employer to justify that such steps are necessary for the operation of the enterprise and do not derive from a wish to press the wage-earners.

The right to cancel the contract may come up against the presumption that violations of the collective agreement must be dealt with within the system of industrial proceedings. When this system was established the perspective of the individual contract was evidently not considered. Consequently both the question of the right to cancel the contract and the right to claim individual compensation are open to discussion. This problem is especially relevant where wage-earners' violation of the duty to keep the peace in addition constitutes a breach of the individual contract which might legitimate that the individual contract is cancelled. Here it can hardly be assumed that the fact that the contract is not fulfilled automatically means that the necessary reasons mentioned above i.e. operation considerations, are present. In many cases the employer is obliged to give the employees the opportunity to resume work before executing the right of the individual contract. This also means that an illegal stoppage of work cannot automatically be regarded as a breach of contract. Even though there is an area for the right to cancel the contract, it is not, however, possible from existing law to tell definitely whether this right may be followed by an ordinary claim for compensation as in other cases of breach of contract. On this point theoretical reflections do not seem to further the situation and a new political decision must be made.

The creation of law outside the area which is covered by positive regulations is the object of research in Part IV.

In the absence of any reliable basis for the fixing of the consequences of the contract of employment, it will be natural first to examine whether there are any dispositions of a contractual quality from which any legal obligation can be inferred. It is, however, not possible to advance a general doctrine at the present stage of labour law with a view to ascertaining this obligation. The reason is that there is no survey of what is called the balance of the employment contract i.e. the restraint which rises from the mutual regard of the parties in the various relations of the contract.

But the common rules for the completing of the contract claim immediate attention. In order to get a general idea of the functions and possibilities rendered by Danish tradition, it is here natural to look back to

a period where the positive regulations were less comprehensive. An investigation like that will show that the possibilities to apply the positive rules especially in legislation outside their proper area must draw special attention. In order to find out to which extent this mechanism makes itself felt four problems are analysed, each of them solved through positive regulations, more or less dissociated from ordinary contractual rules:

- 1) the termination of the contract, notice, etc.
- 2) wages in case of absence from work,
- 3) compensation in case of breach of contract with no regard to the loss suffered, and
- 4) the right to compensation (penalty) for unfair dismissal.

From this and on the basis of Part III on the influence of the collective agreement outside its direct area it is demonstrated that the possibilities to use the positive regulation as complementary rules of law and to invoke usage depend on what could be called negligence of the parties. However, the laying down of the demands for watchfulness of the parties depends not only on the general application of the standard in other employment contracts, but also on the quality of this standard. But in this connection it is important that it is a standard which fits into an ordinary contractual pattern, i.e. that it can be based on presumption in the light of the idea of two parties which are in principle independent. Finally there might be a collaboration with clues which can be obtained from concrete dispositions of the parties. Such dispositions may much easier become binding if they can be combined with a complementary rule as outlined above.

The epilogue is an evaluation of the development of labour law with special reference to the role of legislation.

Litteraturhenvisninger

A. Bøger.

(Kun de i teksten omtalte værker er medtaget).

- Adlercreutz, Axel: »Arbetstagarbegreppet«, Stockholm 1964.
Andersen, Kristen: »Arbeidsretten og Organisasjonene«, 2. oplag, Oslo 1956.
Andersen, Kristen: »Fra Arbeidslivets Rett«, Oslo 1967.
Arnholm, C. J.: »Passivitetsvirkninger«, Oslo 1932.
Bache, A. O.: »Sømandsloven af 1952«, København 1966.
Basse, Else: »Socialret 2., Arbejdsformidling og Arbejdsløshedsforsikring«, København 1973.
Berg, Paal: »Arbeidsrett«, Oslo 1930.
Bergström, Svante: »Kollektivavtalslagen«, Uppsala 1948.
Bergström, Svante: »Om semesterlön och Provision« (Uppsala Universitetets Årsskrift 1954)
Bjørn, Ole, Lida Hulgaard og Aage Michelsen: »Lærebog i Indkomstskat« 2. udg. København 1977.
Borgqvist, P. E.: »Lov om Arbejdsformidling og Arbejdsløshedsforsikring«, 2. udg., København 1978.
Bøtefyrh, K. og E. Sjøgren-Nielsen: »Lærlingeloven«, København 1956.
Camerlynck, G. H. og Gérard Lyon-Caen: »Droit du Travail«, Paris 1976.
Carlsen, H. G.: »Dansk Funktionærret«, 1. udg. 1963, 2. udg. 1974, København.
Carlsen, H. G.: »Træk af Funktionærrettens Udvikling«, København 1960.
Christensen, C. Ove: »Arbejdsretsloven«, København 1974.
Dreyer, Erik: »Lov om almindelig Arbejderbeskyttelse«, København 1957.
Eckhoff, Torstein: »Rettskildelære«, Oslo 1971.
Elmqvist, Hj. V.: »Den kollektive Arbejdsoverenskomst som retligt Problem«, København 1918.
Eyben, W. E. v. m. fl.: »Juridisk Grundbog«, 3. udgave, København 1975.
Faber, V. L.: »Ulykkesforsikringsloven af 1916«, København 1918.
Fahlbeck, Reinhold: »Kollektivavtalets verkningar för utomstående« (i »Arbetsrätten i utveckling«, Stockholm 1977).
Falk, Mogens, Lisbeth Lollike og Henrik Elo Petersen: »Arbejds miljøloven«, København 1978.
Frost, J. L. og A. G. Holm: »Medhjælperloven«, 3. udgave, København 1950.
Gaarder, Karsten m. fl.: »Den dømmende makt«, Oslo 1966.
Gomard, B.: »Analogi i Strafferetten« (I »Festskrift til Ross«, København 1969)
Gomard, B.: »Obligationsretten i en Nøddeskal«, 3 hæfter, København 1972-73.

- Gram, F. T. J.: »Formueret«, København 1864.
- Grönfors, Kurt: »Några synpunkter på tvingande Rättsregler i Civilrätten« (i Festskrift til Håkan Nial, Studier i civilret og international ret, Stockholm 1966)
- Hagen, G.: »Ulykkesforsikringsloven«, 1. udg. 1969, Tillæg 1974, København.
- Hansen, K. A.: »Ministerielle Afgørelser angående Ferieloven«, København 1944.
- Hansen, Victor: »Retsplejen ved Højesteret«, København 1959.
- Hasselbalch, Ole: »Ansættelsesret«, København 1975.
- Henriksen, Knut E.: »Tariffavtale og Fredspligt«, Oslo 1956.
- Hjeje, Bernt: »Foreningsvoldgift«, København 1941.
- Hueck, Alfred og Hans Carl Nipperdey: »Grundriss des Arbeitsrechts«, Berlin og Frankfurt a. M. 1965.
- Hueck, Alfred og Hans Carl Nipperdey: »Lehrbuch des Arbeitsrechts«, Berlin og Frankfurt a.M. 1963.
- Illum, Knud: »Den kollektive Arbejdsret«, 1. udg. 1939, 3. udg. 1964, København.
- Illum, Knud: »Forelæsninger over almindelig Formueret«, 5. udg. Århus 1967.
- Jacobsen, Per: »Kollektiv Arbejdsret«, 2. udg., København 1975.
- Keldsen, Michael: »En gennemgang af tjenesteforholdsbegrebet i funktionær- og ferieretlig Belysning«, Afløsningsopgave ved Københavns Universitet, 1976.
- Kobbernagel, Jan, m. fl.: »Direktøren«, 2. udg., København 1974.
- Kofod, Lise: »Ferienloven«, København 1976.
- Krabbe, Oluf H.: »Carl Ussing i Skrift og Tale«, København 1935.
- Kruse, A. Vinding: »Erstatningsretten«, 3. udgave, København 1976.
- Kruse, Frederik Vinding: »Den kollektive Arbejdsaftale« (Forhandlingerne ved det 11. nordiske juristmøde), Stockholm 1920.
- Kufahl, Paul og Ole Hasselbalch: »Lærlingeloven«, 2. udg., København 1973.
- Larsen, J. E.: »Samlede Skrifter«, København 1858.
- Lassen, Julius: »Haandbog i Obligationsretten, speciel Del«, København 1897.
- Lassen, Julius: »Lærebog i Obligationsrettens specielle Del«, 2. udg. v. Henry Ussing, København 1919.
- Lauridsen, Preben Stuer: »Retslæren«, København 1977.
- Lotmar, Philippe: »Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches«, Leipzig 1902-08.
- Lyngsø, Preben: »Afbestillingsret«, København 1971.
- Munch, Mogens: »Tillæg til Konkursloven«, København 1972.
- Munch, Mogens: »Konkursloven af 1977 med kommentarer«, København 1978.
- Nikisch, Arthur: »Arbeitsrecht«, Tübingen 1961.
- Petersen, Kaj: »Funktionærloven«, 10. udg., København 1975.
- Rise, Allan: »Arbejdsmarkedets nye Grundlov«, København 1962.
- Rise, Allan og Jens Degerbøl: »Grundregler i dansk Arbejdsret«, 7. udg. København 1977.
- Rise, Allan: »Hovedaftalen af 1960's Tilblivelseshistorie«, København 1978 (Findes kun duplikeret).

- Rise, Allan: »Overenskomstfortolkning ved Faglig Voldgift«, 3. udg., København 1975.
- Schaub, Günter: »Arbeitsrechts - Handbuch«, 2. udg. München 1975.
- Schmidt, Folke: »Arbetsrätt I«, 2. udg. Stockholm 1975.
- Schmidt, Folke: »Arbetsrätt II«, 2. udg. Stockholm 1974.
- Schmidt, Folke og L. Geijer: »Arbetsgivare och Fackföreningsledare i Domarsäte«, Lund 1958.
- Schmidt, Folke: »Facklig Arbetsrätt«, Stockholm 1976.
- Schmidt, Folke: »Kollektiv Arbetsrätt«, Stockholm 1967.
- Schmidt, Folke, Lennart Brantgärde, Nils Elvander, Anders Victorin: »Konfliktløsning på Arbetsmarknaden« Lund 1974.
- Schmidt, Folke: »Kring Tjänsteavtalets rättskällor«, mindeskrift udgivet af Juridiska Fakulteten i Stockholm 1957.
- Schmidt, Folke: »Löntagarrätt«, Stockholm 1978.
- Schmidt, Folke: »Tjänsteavtalet«, 1. udg. 1959, 2. udg. 1968, Stockholm.
- Sigeman, Tore: »Semesterrätt«, Stockholm 1978.
- Sigeman, Tore: »Rättsbildning och prejudikatläre i arbetsdomstolen« i »Arbetsrätten i utveckling«, Stockholm 1977.
- Stevns, J. P. Jensen: »Tyenderetten efter dansk Lovgivning«, København 1906.
- Ussing, Henry: »Aftaler«, 3. udgave, København 1950.
- Ussing, Henry: »Enkelte Kontrakter«, 1. udg. 1940, 2. udg. 1946, København.
- Ussing, Henry: »Obligationsretten, Almindelig Del«, 4. udg. v. A. Vinding Kruse, København 1961.
- Ørgaard, Niels: »Konkursret«, 2. udg., København 1977.

B. Anvendte lovforslag og (danske) betænkninger m.v. i eller uden for folketinget.

Arbejderforhold i almindelighed, arbejderbeskyttelse, arbejdsret.

- Betænkning fra den ved kgl. resolution af 20/9 1875 nedsatte kommission til undersøgelse af arbejderforholdene i Danmark (København 1878).
- Beretning fra Fællesudvalget af 17. august 1908 angående Arbejdsstridigheder. (København 1910).
- Betænkning fra Udvalget angående Arbejderbeskyttelse (København 1938)
- Betænkning 685/1973 fra det af Arbejdsministeriet i oktober 1970 nedsatte udvalg om arbejdsretten.
- Betænkning 759/1976 om visse strafferetlige og civilretlige spørgsmål i forbindelse med arbejdskonflikter.
(Udtalelser afgivet af straffelovrådet og retsplejerådet).

Ferieloven.

- Forslag 1937/38 til Lov om Ferie med Løn, Rigsdagstidende 1937/38, tillæg A, sp. 3713 ff.
- Forslag 1952/53 til lov om ferie med løn, Rigsdagstidende 1952/53, tillæg A. sp. 2929 ff.
- Forslag nr. 115 1977/78 til lov om ændring af lov om ferie (forhøjelse af feriegodtgørelse m.v.)

Funktionærloven.

- Forslag 1937/38 til Lov om individuelle Arbejdsaftaler, Rigsdagstidende 1937/38, tillæg A. sp. 2485 ff.
- Folketingsbetænkning af 6/4 1938 til forslag 1937/38 til Lov om individuelle Arbejdsaftaler, Rigsdagstidende 1937/38, tillæg B sp. 2073 ff.
- Betænkning afgivet af det af Arbejds- og Socialministeriet den 16/4 1946 nedsatte Udvalg angående revision af Funktionærloven (København 1947).
- Forslag 1962/63 til Lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, Folketingstidende 1962/63, tillæg A sp. 1613 ff.
- Forslag 1963/64 til lov om ændringer i lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, Folketingstidende 1963/64, tillæg A, sp. 209 ff.
- Forslag 1970/71 til lov om ændring af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, Folketingstidende 1970/71, tillæg A, sp. 1331 ff.

Kontraktretlig lovgivning

- Betænkning fra den ved Kgl. Kommissorier af 28/6 1901 og 4/7 1910 nedsatte kommission vedr. Forandringer i Lovgivningen med Hensyn til visse Dele af Obligationsretten (med forslag til Kommissionslov) Refereret i Rigsdagstidende 1916/17, tillæg A, sp. 2915 ff.
- Betænkning 701/1974 om Ændring af Kommissionsloven.
- Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler, professor, dr. jur. Stig Jørgensen, 8/3 1974.

Lærlinge- og elevforhold

- Folketingsbetænkning af 23/1 1889 til forslag 1888-89 til Lov om Lærlingeforholdet, Rigsdagstidende 1888/89, tillæg B sp. 149 ff.
- Forslag 1936/37 til Lov om Lærlingeforholdet, Rigsdagstidende 1936/37, tillæg A, sp. 3305 ff.
- Betænkning nr. 145/1956 fra den af Arbejds- og Socialministeriet den 21/10 1952 nedsatte Lærlingekommission.
- Forslag 1955/56 til Lov om lærlingeforholdet, Folketingstidende 1955/56, tillæg A, sp. 1097.
- Betænkning nr. 764/1976 om revision af lov om erhvervsfaglige forsøgsuddannelser.

Medhjælperloven.

- Motiver til Udkast til Tyendelov for Kongeriget Danmark (Folketingets bibliotek).
- Betænkning afgivet af Tyendekommissionen til Regering og Rigsdag (København 1910)
- Forslag 1918/19 til Lov om Retsforholdet mellem Husbond og Medhjælper, Rigsdagstidende 1918/19, tillæg A, sp. 3125 ff.
- Forslag 1960/61 til medhjælperlov, Folketingstidende 1960/61, tillæg A, sp. 1301 ff.

Sociale love iøvrigt (sygedagpenge, arbejdsløshedsforsikring).

- Forslag 1971/72 til Lov om dagpenge ved sygdom, tilskadekomst eller fødsel, Folketingstidende 1971/72, tillæg A, sp. 7297 ff.
- Folketingsbetænkning til forslag 1971-72 til lov om dagpenge ved sygdom og fødsel m. fl., Folketingstidende 1971/72, tillæg B sp. 2509 ff.
- Forslag nr. 21 1976/77 til Lov om ændring af lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring (Indførelse af regler om varsling m.v. i forbindelse med foretagelse af afskedigelser af større omfang).

Sømandsloven

- Udkast til sømandslov fra Sølovsrevisionskommissionen af 18/2 1919 Rigsdagstidende 1922/23, tillæg A, sp. 3301 ff.
- Forslag 1922/23 til Sømandslov, Rigsdagstidende 1922/23, tillæg A, sp. 3253 ff.
- Folketingsbetænkning af 16/4 1973 over forslag til Sømandslov, Rigsdagstidende 1922/23, tillæg B, sp. 2633 ff.
- Betænkning fra den af Handelsministeriet den 31. marts 1949 nedsatte kommission angående Revision af Sømandsloven (København 1951).
- Betænkning nr. 643/1972 fra Kommissionen af 1966 angående Sømandsloven.
- Forslag 1972/73 til Sømandslov, Folketingstidende 1972/73, tillæg A, sp. 5217 ff.

Emneregister

- administrative afgørelser, 60,
 - som retskilde 66 ff
- afgørelsespraksis, se retspraksis.
- afskedigelsesindskrænkninger, udfyldende regler om, 308
- analogi, 269 f.
- ansættelsesretten, afgrænsning, 19 ff.
- arbejdskonflikt, iværksættelse af i relation til den individuelle arbejdskontrakt, 206 ff.
- arbejdskontraktsretten, afgrænsning, 19 ff.
- arbejdsret,
 - som juridisk disciplin, 15 ff.
 - systematikken 19 ff.
- Arbejdsretten, kompetence generelt, 60 f.
- arbejdsstandsning, iagttagelse af de individuelle opsigelsesvilkår ved, 206 ff.
- arbejdstagerbegrebet,
 - afgrænsningen som grundlag for anvendelsen af de arbejdsretlige regelsæt, 91 ff.
 - den generelle problemstilling, 91.
 - arbejdsaftalernes placering i det almindelige juridiske system, 91 f.
 - lovgivningens og overenskomsternes afgrænsning af de herunder hørende arbejdstagere, 92 f.
 - muligheden for at opstille en abstrakt definition på arbejdsrettens arbejdstagere, 94 ff.
 - fastlæggelse af afgrænsningskriterier gennem deduktion fra de bestående regelsæt, 96 ff.
 - glidningen i opfattelsen af den berørte personkreds, 98 ff.
 - lønmodtagerbegrebets bøjelighed som redskab for byrdefordelingspolitikken 100.
 - funktionærlovens lønmodtagerbegreb, 100 ff.
 - medhjælperlovens lønmodtagerbegreb, 105
 - konkurslovens lønmodtagerbegreb, 105 f.
 - lønmodtagerbegrebet i lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring, 107.
 - ferielovens lønmodtagerbegreb, 107 ff
 - arbejdsskadesforsikringslovens lønmodtagerbegreb, 107 ff
 - arbejdsmiljølovgivningens lønmodtagerbegreb, 110 f
 - sygedagpengelovens arbejdstagerbegreb, 111 f.

- konklusioner vedr. arbejdsrettens anvendelse af arbejdstagerbegrebet, synspunkter bag udsondringen, 112 ff.
 - vurdering af gældende ret, 115 ff.
 - terminologiske overvejelser, 116
- arbejdstidsreduktion, i konfrontation med fredspligten, 249.
- »Augustudvalget«, overvejelser om de fagretlige afgørelsesveje, 61 ff.
- barselsløn, se fravær.
- betalingsstandsning, som grundlag for arbejdsvægning, 236 ff.
- betalingsudeblivelse, se betalingsstandsning.
- bod, for ulovlig lockout, 227 ff.
- bodssystemet, 206
- anvendelse i sammenhæng med reglerne om misligholdeserstatning, 253 ff.
 - bodens sammenhæng med lønmodtagerens individualkrav, 193 ff.
- bortvisning, i konfrontation med fredspligten, 250 ff.
- brud, på kollektiv overenskomst,
- generelt 24,
 - afgørelsesvej 60 ff.
- domstolene, placering i de arbejdsretlige afgørelsesveje generelt, 60.
- EFG-elever, se elever.
- elever, placering i arbejdsretten, 81 ff.
- erstatning, for misligholdelse af kontraktens tidsvilkår, udfyldende regler om, 295 ff.
- erstatning, for ulovlig lockout, 227 ff.
- faglig voldgift
- generelt om afgørelsesvejen, 61 ff.
 - rettens sammensætning og virkemåde, 63 ff.
- fagretlige afgørelsesorganer, partsindflydelsens betydning, 68 ff.
- fagretlige sager, ved domstolene, 200
- »fagretlig« indsigt, som begrundelse for institueringen af særlige retsorganer, 60.
- ferie, ved lovlige konflikter, 216 ff.
- feriegodtgørelse, udbetaling af ved lovlige konflikter, 216 f.
- force majeure, strejkers karakter af, 212 f.
- forlig, bindende virkning i relation til arbejdsmarkedslovgivningen, 130 f.
- forsinkelse af lønnen, se betalingsstandsning.
- fortolkning,
- arbejdsaftalers, 268 ff.
 - overenskomsters, afgørelsesveje ved fortolkningsstrid, 61 ff.
- fortrædelsesklausuler, 217.
- fravigelse, af arbejdsmarkedslove og kollektive overenskomster, se under ufravigelighedsprincippet.
- fravær, løn under, udfyldende regler om, 292 ff.
- fredspligt, overenskomstens
- generelt, 24, 206

- indhold, 219 ff
- i sammenstød med dispositionsretten efter enkeltkontrakten, 219 ff.
- virkning i individualkontrakten, generelt, 173 ff.

garantifonden, fondens betydning for den materielle vægringsret ved betalingsstandsning, 237.

genantagelsesret, ved ophør af lovlig arbejdskonflikt, 217 f.

genindtrædelsespligt, ved lovlige arbejdskonflikters ophør, 217 f.

godtgørelse for usaglig afskedigelse, udfyldende regler om, 308 ff.

graviditetsløn, se fravær.

helbredsfare, som grundlag for arbejdsvægring, 232 ff.

hævebeføjelse, arbejdsgiverens i konfrontation med fredspligten, 250 ff.

individualarbejdsretten, afgrænsning, 19 ff.

individualkrav, gennemførelse af individualkrav, støttet på den kollektive overenskomst, 186 ff.

interessekonflikt, 24.

kollektivarbejdsretten, afgrænsning over for andre dele af arbejdsretten, 19 ff.

kollektiv overenskomst, se overenskomst.

kompetence, domstolenes i fagretlige sager, 200 ff.

konflikt, lovlig konflikts afbrydende virkning på individualkontrakten, 214 ff, 250 ff.

kronisk sygdom, som grundlag for gyldigt afkald på ansættelsesgoder, 134 ff.

kutymer, se sædvaner eller overenskomstkutymer samt p. 313 ff.

ledelsesretten, som retskilde, 76 ff.

LG, se garantifonden.

livsfare, som grundlag for arbejdsvægring, 231 f.

lock-out, 244

- den ulovlige lock-outs individualretlige følger, 227 ff.

lovgivningen, som retskilde inden for arbejdsretten generelt, 22 f

lovligt forfald, betaling ved, 292 ff.

lukning, midlertidig i konfrontation med fredspligten, 249.

lærlinge, placering i arbejdsretten, 81 ff.

lønmotagerbegrebet, se arbejdstagerbegrebet.

Lønmotagernes Garantifond, se garantifonden.

mindsteerstatning, 295 ff.

naturalia negotii, ansættelseslovgivningen som, 281 ff.

normative bestemmelser, i kollektiv overenskomst, betydning i individualkontrakten, 173 f.

»Normen« (Norm for regler for behandling af faglig strid) oprindelse, idegrundlag, indhold, 62 f.

obligatoriske bestemmelser, i kollektiv overenskomst, virkning i individualkontrakten, 173.

obstruktion, individualretlige konsekvenser, 262 f.

opsigelse fra lønmotager i konflikt med fredspligten, 223 f.

opsigelsesadgang, arbejdsgiverens almindelige i konfrontation med fredspligten, 245 ff.

overenskomst

- betydning på arbejdsmarkedet, 172 f
- definition, 23 f
- formulering, 25
- fortolkning, 25.
- samspil med individualkontrakten generelt, 174 f, 172 ff, 24, jfr. i øvrigt nedenfor.
- som grundlag for fravigelse af arbejdsmarkedslovgivningen, 123 ff.
- som retsgrundlag generelt, 23 ff

overenskomsten, som kontraksgrundlag, 176 ff

- overenskomstforpligtede arbejdsgivere, 177 ff, overenskomsten som udfyldende kontraksgrundlag, 177 f, stillingen for uorganiserede lønmodtagere, 178 ff, overenskomsten påberåbes i arbejdstagers disfavør, 178 ff.
- overenskomsten som kontraksgrundlag i relation til udenforstående virksomheder, 181 ff.
- gennemførelsen af overenskomstbaserede kontraksrettigheder, 186 ff, organiserede arbejdstageres krav, 187, uorganiserede arbejdstageres krav, 198.

overenskomstkutymen, 26 ff.

- generelt, 26 f
- som fortolkningsbidrag, 30 ff
- supplerende af overenskomsten gennem kutymen, 30 ff
- kutymen der fraviger overenskomsten, 33 ff
- kutymen for ikke udnyttelse af ret, 38 ff.
- kulance som grundlag for retserhvervelse gennem kutymen, 40 f
- opsigelse af kutymen, 41 ff.
- overenskomstkutymen uden underliggende kollektiv overenskomst, 50 ff.
- forhåndsdispositioner over kutymen, 53 ff.

praksis, for forvaltningen af den kollektive overenskomst, se overenskomstkutymen.

praksis, se retspraksis.

principgrundlaget, for ansættelsesforholdet, 77 ff.

præjudikatsvirkning, i arbejdsretten, 67, 70 ff.

retsdannelse, ved de fagretlige organer, 67 ff.

retsgrundlag, 22 ff.

retskilder, 22 ff.

retskraftvirkning, af afgørelser vedrørende forvaltningen af de kollektive overenskomster, 74 f.

retspraksis, som retskilde, 60 ff.

rådighedsret,

- organisationernes overbudsbeløb, 196 f
- organisationernes over medlemmernes rettigheder, 188 ff

sikkerhedsstillelse, lønmodtagerens ret til sikkerhedsstillelse for lønnen, 238 f.

skik og brug, se sædvaner.

sociallovgivningen, betydning for ansættelseslovgivningens fravigelighed, 121 ff.
socialretten, forhold til arbejdsretten, 19 ff.
strejke, den ulovlige strejkes begreb, 224.
suspension, af arbejdskontrakten ved lovlige konflikter, 214 ff.
sygeløn, se fravær.
sympatiaktion, 205.
sædvaner,
– kollektive overenskomster som udtryk for sædvaner på området, 181 ff.
– som retskilde generelt, 57 ff.
– som udfyldende retsgrundlag, 313 ff.
– terminologi, 290.
temponedsættelse, 262.
tidsvilkår, ansættelsesforholdets, udfyldende regler om, 284 ff.
tilegnelse, af konfliktvarsler som personlige opsigelsesvarsler, 214.
tjenesteforholdsbegrebet, se arbejdstagerbegrebet.
tjenestemand»lignende« ansættelser, placering i arbejdsretten, 84 ff.
tjenestemænd, placering i arbejdsretten, 78, 84 ff.
uddannelsesstillinger, principielle placering i arbejdsretten, 80 ff.
udfyldning af arbejdsaftaler, 268 ff.
udløb, overenskomstens, 205
ufravigelighedsprincippet i arbejdsmarkedslovgivningen, 118 ff.
– generelt 118 ff
– hjemmelsproblemet, 118 f
– hensynene bag lovreglerne som vurderingsgrundlag:
samfundsinteressen, 121 f
lønmodtagerens underlegenhed, 123 ff
(fravigelser gennem kollektiv overenskomst, 123 ff) (afkaldets tidspunkt,
afkald omkring arbejdsforholdets ophør, forligsmæssige ordninger, 128 ff)
– fravigelser til gunst for arbejdstageren, 131 ff. (konkret anerkendelsesværdige afkald i relation til lønmodtagere med vanskelig arbejdsmarkeds-mæssig stilling, 132 ff) (afkald mod kompensation, 136 ff).
– fortabelse af lovgoderne ved passivitet, 138 ff, almindelige synspunkter bag en passivitetsvirkning, 138, de særlige problemer i arbejdsretten, 138 f, interesseafvejningen, 139 ff, stillingen i retspraksis, 142 ff, opløsningen af passivitetsvirkningen i de enkelte elementer, som bærer en præklusion, 144.
– uopgivelige retspositioner uden for ansættelseslovgivningen, 145 ff.
– ufravigelighedsprincippet anvendelse ved analogisering fra den ufravigelige lovregel, 148 f.
– virkningen af den lovstridige aftale, 151 ff.
– retspolitisk sammenfatning, 153 ff, status over ufravigelighedsprincippet anvendelse, 153, ufravigelighedsvirkningens nuancer, 153 f, nuancerne i den materielle ordning af fravigelighedsproblemet, 154, begrundelserne for de valgte ordninger, 154, en kritisk vurdering heraf, 155, muligheden for opnåelsen af det sociale sigte på anden måde end gennem præceptive regler, 156.

ufravigelighedsprincippet i arbejdsretten, generelt, de bærende synspunkter bag dette princip, 117 f.

ufravigelighedsprincippet i de kollektive overenskomster, 157 ff.

- grænsen for de tilladelige aftaler, 157 ff, hensynene bag ufravigeligheden, 157 f, aftalemæssige ordninger der er anderledes end overenskomstens, 159, rent ubetydelige fravigelser med årsag i hensigtsmæssighedsgrunde, 161, supplerende af overenskomsten på punkter der ikke berøres i denne, tillægsbestemmelser, 162.
- virkningen af den overenskomststridige aftale, 165 ff, det retlige grundlag for løsningen, 165, den arbejdsretlige teoris stilling, 166 ff, vurdering og konklusioner, 169 ff.

velfærdsfare, som grundlag for arbejdsvægning, 232 ff.

voldgift, se faglig voldgift.

voldgiftsklausuler, i overenskomster, 191 f.

voldgiftspraksis, 64 ff.

værnepligtsløn, se fravær.

æreskrænkelser, som grundlag for arbejdsvægning, 235