



HØJESTERETS KENDELSE

afsagt fredag den 12. november 2021

Sag BS-32586/2021-HJR

HK Danmark som mandatar for
A og B
(advokat Jacob Goldschmidt for begge)

mod

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

I tidligere instans er truffet afgørelse af Sø- og Handelsretten den 18. august 2021 (BS-3222/2021-SHR).

I påkendelsen har deltaget tre dommere: Lars Hjortnæs, Oliver Talevski og Jan Schans Christensen.

Påstande

Appellanterne, HK Danmark som mandatar for A og B, har nedlagt påstand om, at Højesteret bør antage sagen til realitetsbehandling.

Indstævnte, Dansk Erhverv som mandatar for Adecco A/S, har ikke udtalt sig imod, at sagen realitetsbehandles af Højesteret.

Sagsfremstilling

HK Danmark som mandatar for A og B anlagde den 22. juli 2020 ved Retten på Frederiksberg sag an mod Dansk Erhverv som mandatar for Adecco A/S med påstand om bl.a. betaling af erstatning for løn i opsigelsesperioden og løn under sygdom. Retten på Frederiksberg henviste ved kendelse af 25. januar 2021 sagen til behandling ved Sø- og Handelsretten.

Sagen angik navnlig, om A og B under deres ansættelse i vikarbureauet Adecco A/S var omfattet af vikarloven, uanset at deres ansættelsesforhold varede uden afbrydelser fra den 11. september 2017 til den 30. september 2019, og de i samme periode var udsendt til samme brugervirksomhed.

Sø- og Handelsretten afsagde dom i sagen den 18. august 2021. Af dommen fremgår bl.a.:

”Fire dommere – Lotte Wetterling, Mads Bundgaard Larsen, Mette Skov Larsen og Anne Windfeldt Trolle – udtaler:

Vi finder efter en samlet vurdering af den skete bevisførelse, at As og Bs ansættelsesforhold hos Adecco A/S var omfattet af vikarlovens § 1, stk. 1.

Vi finder det således ikke godtgjort, at udsendelsen af A og B til Siemens Wind Power A/S (senere Siemens Gamesa Renewable Energy A/S) og de i alt syv forlængelser heraf, svarende til et samlet forløb på ca. 25 måneder, var udtryk for et tidsubegrænset ansættelsesforhold opretholdt kunstigt gennem successive udsendelser med det formål at omgå vikarloven og vikardirektivet.

Vi bemærker, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at perioden, hvor A og B blev udsendt til Siemens virksomhederne, var præget af en omfattende og kompleks fusion mellem Siemens Wind Power og det spanske selskab Gamesa og deraf følgende omlægninger og senere outsourcing fra den nye samlede virksomhed, som gav sig udslag i et stort behov for fleksibilitet og løbende tilpasning i blandt andet it-afdelingen og gennem en længere periode. Implementeringen af fusionen var planlagt til et tidligere tidspunkt, men blev af forskellige årsager forsinket ad flere omgange, og planlægningen måtte løbende justeres. Dette havde hverken Siemens eller Adecco A/S mulighed for at forudse eller selvstændigt øve indflydelse på. Det gør ingen forskel for dette resultat, at de opgaver, A og B varetog, primært var driftsopgaver.

Vi bemærker endvidere, at A og B ubestridt var dækket af en overenskomst omfattet af vikarlovens § 3, stk. 5, hvorfor forbuddet i vikarlovens § 3, stk. 4, mod successive udsendelser uden saglig begrundelse, ikke finder anvendelse.

For så vidt angår spørgsmålet om funktionærlovens anvendelse bemærker vi, at det følger af forarbejderne til vikarloven med omtale af Høje-

sterets tidligere dom trykt i UfR 1997.1495, at vikarer ikke er funktionærer, da de ikke er i en tjenestestilling, hvilket gælder uanset karakteren af det arbejde, de udfører i brugervirksomheden, jf. Folketingstidende 2012-13, Tillæg A, L 209 som fremsat, afsnit 3.2.1, i de almindelige bemærkninger.

På denne baggrund og under henvisning til det, vi har anført ovenfor om vikarlovens konkrete anvendelse i sagen, finder vi, at As og Bs ansættelser ikke var omfattet af funktionærloven, idet de ikke indtog en tjenestestilling i forhold til Adecco A/S eller de omfattede Siemens virksomheder, jf. funktionærlovens § 1, stk. 2.

På den anførte baggrund stemmer vi for at frifinde Adecco A/S.

Dommer Byrial Rastad Bjørst udtaler:

Ansættelse uden tidsbegrænsning er den almindelige ansættelsesform i dansk ansættelsesret. Den almindelige ansættelsesform kan fraviges eksempelvis ved tidsbegrænsning eller vikaransættelse, men en sådan fravigelse forudsætter, at kravene ved anvendelse af denne fravigende ansættelsesform er opfyldt.

Vikarloven bestemmer i § 1, stk. 1 at den finder anvendelse, når vikarer "udsendes til brugervirksomheder i Danmark for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse."

Det er en forudsætning for anvendelse af vikarloven, at vikaren midlertidigt udfører arbejdsopgaverne. Som det fremgår af ordlyden, må det opfattes som centralt, at vikaren kun arbejder midlertidigt. Derimod har det mindre betydning, om arbejdsopgaven i sig selv er midlertidig.

Vikarloven implementerer direktiv 2008/104/EF om vikararbejde. I sag C-681/18 fastslår EU-domstolen, at kravet om midlertidighed er centralt og har et selvstændigt juridisk indhold. Den udtaler bl.a. i præmis 69: "Såfremt successive udsendelser af en og samme vikaransatte til en og samme brugervirksomhed fører til en tjenesteperiode hos denne virksomhed, der er længere, end hvad der med rimelighed kan anses for »midlertidigt«, kan dette tyde på, at der er tale om misbrug af successive udsendelser som omhandlet i artikel 5, stk. 5, første punktum, i direktiv 2008/104." Som det fremgår heraf, skal der lægges vægt på den samlede længde af udsendelsen, når det vurderes om arbejdet udføres midlertidigt. Modsat må også læses, at midlertidigt ikke skal forstås i betydningen tidsbegrænset.

Det fremgår af C-681/18 præmis 71-72, at også årsagen til anvendelse af vikaransættelse skal inddrages i vurderingen af, om arbejdet udføres midlertidigt.

Som udtrykt af EU-domstolen i C-681/18 præmis 50 skal vikarreglerne forene målet om fleksibilitet, som virksomhederne sigter mod, og formålet om sikkerhed for så vidt angår beskyttelse af arbejdstagere. Det fremgår af præmis 63 at Sø- og Handelsretten er forpligtet til at tage hensyn til bevarelse af denne balance ved bedømmelse af sagen.

Den tidsmæssige betingelse for, at en ansættelse kan anses som midlertidig er ikke defineret eller behandlet i direktivet, i vikarloven eller i forarbejderne. Kravet om midlertidighed blev først indført med vikarloven fra 2013, og det blev først for alvor slået fast ved EU-domstolens dom i C-681/18 af 14. oktober 2020. Der findes derfor heller ikke retspraksis med direkte relevans for tolkning af begrebet. Frem til 2003 kunne funktionærer ansættes midlertidigt i op til 3 måneder. Det forekommer naturligt at tage udgangspunkt i denne udstrækning, når det skal afgøres, om et vikariat er midlertidigt. Afhængig af årsagen til anvendelse af vikarer, må også længere vikariater kunne betragtes som midlertidige. Det kunne eksempelvis være anvendelse af vikarer ved en medarbejders barselsorlov.

Adecco udsendte sagsøgerne som vikarer til Siemens i perioden 11. september 2017 til 30. september 2019 altså 2 år og 19 dage. Udsendelsen blev forlænget 7 gange. Sagsøgernes arbejde bestod i forefaldende arbejde i Siemens IT-afdeling – løsning af medarbejderes it-problemer, videreformidling af meddelelser om komplicerede problemer, flytning af mailadresser mellem lokationer og udrulning af Office 365. Ifølge sagsøgte var begrundelsen for anvendelse af vikarer til disse opgaver, at Siemens var ved at outsource IT-funktionen, hvilket også skete omkring tidspunktet for sagsøgernes fratræden.

Sagsøgte har alene belyst processen frem til den gennemførte outsourcing ved vidneafhøring af en i Siemens fastansat kollega til sagsøgerne. Fra hans placering på IT-afdelingens gulv var det ikke fra starten muligt at forudse, at processen med outsourcing ville være så langvarig. Derimod udgør hans forklaring ikke et bevis for, at man ikke fra Siemens side i juli/august 2017 kunne forudse, at processen ville blive langvarig. Det faktum at forlængelserne af vikariatene er sket cirka 1 måned før udløb og i de fleste tilfælde har været på 3 måneder taler endvidere imod, at Siemens har haft et behov for fleksibilitet, som ikke

kunne være imødekommet indenfor funktionærlovens almindelige varsel på 3 måneder.

Vikariaternes samlede varighed var på over 2 år. Sagsøgte har ikke ført bevis for, at denne udstrækning ikke var forudsigelig fra starten, og selv hvis et sådant bevis havde været ført, så har sagsøgte ikke har påvist et behov for fleksibilitet, der gjorde vikaransættelse begrundet. Jeg konkluderer på den baggrund, at sagsøgerne ikke har udført deres arbejdsopgaver hos Siemens midlertidigt. Det har som konsekvens, at sagsøgeres ansættelse hos Siemens ikke er omfattet af vikarloven men derimod af funktionærlovens almindelige regler. De har derfor krav på erstatning for løn i opsigelsesperioden samt løn under sygdom. Dermed tilsidesættes også de løbende midlertidige forlængelser af ansættelsesforholdene, hvorfor lov om tidsbegrænset ansættelse ikke finder anvendelse. Der skal således ikke gives godtgørelse for overtrædelse heraf.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

...

THI KENDES FOR RET:

Adecco A/S frifindes.”

Anbringender

Appellanterne har anført bl.a., at betingelserne for anke til Højesteret er opfyldt, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4, idet sagen er af principiel karakter og har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt. Sagen vedrører i alt væsentligt fortolkning af vikarloven.

Der skal i sagen tages stilling til, om arbejde af mere end 2 års varighed kan omfattes af vikarlovens og direktivets krav om, at arbejdet er midlertidigt. Vikarloven gennemfører EP/Rdir 2008/104 om vikarbejde og skal således fortolkes EU-konformt. Er der tvivl om forståelse af direktivet, må spørgsmål herom forelægges EU-Domstolen.

Vikarloven trådte i kraft i Danmark den 1. juli 2013, og der er således tale om en relativt ny lov. Højesteret har ikke tidligere afgjort sager vedrørende lovens § 1 og har ikke taget stilling til det principielle og vidtrækkende spørgsmål om, hvornår loven finder anvendelse ved gentagne forlængelser af vikariater.

Der verserer flere sager mellem mandatarerne, HK Danmark og Dansk Erhverv, om samme problemstilling. Der verserer også sager mellem andre parter, og der er fokus på brug af vikarer bl.a. på det offentlige arbejdsmarked. Det er i den forbindelse helt centralt at få fastlagt anvendelsesområdet for vikarloven og dermed, hvornår funktionærlovens opsigelsesvarsler ikke længere beskytter de pågældende. I funktionærretten og efter lov om tidsbegrænsede ansættelser gælder snævre regler for forlængelse af tidsbegrænsede ansættelser, og sammenhængen mellem disse regler og vikarloven er væsentlig for hele arbejdsmarkedet. Afvejningen af de modsatrettede hensyn mellem arbejdsgivere og lønmodtagere hører til i Højesteret.

Flertallet i Sø- og Handelsretten forholdt sig til lovens anvendelsesområde uden at analysere midlertidigt-begrebet nærmere. Dette understreger, at Højesteret bør afgøre det centrale afvejningskriterie.

Indstævnte har anført bl.a., at sagen vil være af principiel karakter og have generel betydning for retsanvendelsen inden for vikarområdet, hvis appellanterne får medhold i deres påstand, idet der så vil være tale om en afgørelse, der vil bryde med gældende retsstilling.

Sagen vedrører væsentlig lovfortolkning, herunder implementeringen af direktivet om vikararbejde, særligt direktivets artikel 1, stk. 1, om forståelsen af midlertidighedsbegrebet og artikel 5, stk. 5, om forebyggelse af misbrug ved anvendelsen af successive udsendelser.

Højesterets begrundelse og resultat

Af retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt., som affattet ved lov nr. 84 af 28. januar 2014 om ændring af retsplejeloven mv. (Sagstilgangen til Højesteret), fremgår, at domme, der er afsagt af Sø- og Handelsretten, kan ankes til Højesteret,

”hvis sagen er af principiel karakter og har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt, eller hvis andre særlige grunde i øvrigt taler for, at sagen behandles af Højesteret som 2. instans.”

Hovedspørgsmålet i sagen er, om appellanterne ”midlertidigt” udførte arbejdsopgaver hos den virksomhed, de var udsendt til, jf. vikarlovens § 1, stk. 1. Afgørelsen af dette spørgsmål, der bl.a. skal ske i lyset af direktiv nr. 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde og EU-Domstolens dom af 14. oktober 2020 i sag C-681/18, beror på en konkret vurdering af sagens omstændigheder. Højesteret finder på det foreliggende grundlag, at spørgsmålet ikke er af principiel karakter. Herefter, og da der ikke i øvrigt ses at foreligge særlige grunde, som

taler for, at sagen skal behandles af Højesteret som 2. instans, afviser Højesteret anken, jf. retsplejelovens § 368, stk. 6, 2. pkt., jf. stk. 4, 2. pkt.

THI BESTEMMES:

Denne ankesag afvises fra Højesteret.