



HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 24. februar 2021

Sag BS-11386/2020-HJR
(2. afdeling)

Centralorganisationen af 2010 (CO 10) som mandatar for
Dansk Musiker Forbund
(advokat Peter Breum)

mod

Det Kongelige Teater
(advokat Lene Damkjær Christensen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 4. afdeling den 19. februar 2020 (BS-19600/2018-OLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Hanne Schmidt, Oliver Talevski og Kristian Korfits Nielsen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Anbringender

Centralorganisationen af 2010 (CO 10) som mandatar for Dansk Musiker Forbund har anført navnlig, at korassistenterne ved Det Kongelige Teater i strid med lov om tidsbegrænset ansættelse § 4, stk. 1, er ansat på mindre gunstige vilkår end de fastansatte medlemmer af teatrets operakor.

I sager som den foreliggende er det lønmodtagerne, der skal bevise, at der er tale om samme eller tilsvarende arbejde. Hvis denne bevisbyrde er løftet, er det arbejdsgiveren, der har bevisbyrden for, at der er tilstrækkelig forskel i kvalifikationer og erfaring til, at der ikke skal ske sammenligning, og at forskellen i

kvalifikationer og erfaring er relevant for arbejdet. Denne opdeling af bevisbyrden svarer til bevisbyrdevurderingerne i ligelønsloven.

Lov om tidsbegrænset ansættelse indeholder ikke et krav om, at det arbejde, som den tidsbegrænset ansatte udfører, skal være identisk med det, som sammenligningspersonen udfører. Det skal blot ligge på linje med dette arbejde.

Korassistenterne udfører samme arbejde – eller i hvert fald tilsvarende arbejde – som det arbejde, de fastansatte korsangere udfører. Der er minimale forskelle mellem de to gruppers opgaver. De fastansattes varetagelse af opgaven som arbejdsmiljørepræsentant fylder meget lidt. Såvel fastansatte som korassistenter har mindre solopartier på op til to minutter i en opera, og korassistenter bruges også som talsmænd. De nævnte arbejdsopgaver har en så perifer rolle i forhold til det centrale for stillingen som sanger i Det Kongelige Teaters operakor, at det ikke kan begrunde, at der ikke er tale om samme eller tilsvarende arbejde.

Det forhold, at korassistenterne ikke har vundet en audition om optagelse i koret, gør dem ikke mindre kvalificerede. En stor del af korassistenterne på assistentlisten er desuden pensionerede eller tidligere sangere fra det faste kor, som faktisk har vundet en audition på et tidspunkt. For andre korassistenter gælder, at de er kommet på assistentlisten enten ved at blive udvalgt i forbindelse med en foresyngning, eller fordi de ikke fik en stilling i forbindelse med en audition. Der er ofte mange ansøgere til ganske få stillinger, og sangeren bliver alene bedømt på baggrund af den præstation, der leveres ved auditionen. Enkelte sangere fravælger desuden en fast stilling for at leve et freelanceliv.

Den måde, hvorpå man opnår fastansættelse i operakoret henholdsvis optagelse på assistentlisten, har ikke relevans for selve arbejdet og for sangernes kvalifikationer.

Det er ukorrekt og udokumenteret, at korassistenterne ikke besidder samme evner som de fastansatte sangere i relation til korklang mv. Hvis man lægger vægt på en særlig korklang, som skyldes, at det faste kor gennem længere tid har arbejdet sammen, vil det indebære, at sangere, der er tidsbegrænset ansatte, altid vil kunne forskelsbehandles, alene fordi de på grund af tidsbegrænsningen er mindre på arbejdspladsen og dermed er mindre sammen med de fastansatte sangere, og af den grund antages at være ringere kvalificerede.

Hele fasen med indøvning af operaforestillingen, hvor såvel fastansatte korsangere som tidsbegrænset ansatte korsangere indgår på lige fod, har til formål at sikre og indøve, at alle sangere indgår i korklangen mv. Der er ingen dokumentation for, at korassistenterne præsterer ringere end de fastansatte i forbindelse

med opførelsen af en opera. De korassistenter, der antages til en eller flere bestemte forestillinger, udfører sammenligneligt arbejde med de fastansatte generalistsangere på samme forestilling.

Det er ikke et krav, at gruppen af sangere på assistentlisten som helhed skal være sammenlignelig med gruppen af fastansatte sangere i koret. Den omstændighed, at en sanger er optaget på listen over korassistenter, etablerer ikke et ansættelsesforhold, hvilket er forudsætningen for, at lov om tidsbegrænset ansættelse kan finde anvendelse.

I denne sag foreligger der ikke nogen dokumentation for, at korassistenterne skulle være dårligere kvalificerede til at udføre arbejdet i forbindelse med afviklingen af en opera. Det er sigende, at når en korassistent er engageret i et større omfang (fem produktioner), er teatret villig til at tilbyde de samme vilkår, som gælder for de fastansatte. Det er således alene ved tidsbegrænsede ansættelser af kortere varighed, at teatret ikke vil give samme løn- og ansættelsesvilkår.

De løn- og ansættelsesvilkår, som gælder for korassistenterne, er mindre gunstige end de fastansattes. Bestemmelserne i det særprotokollat, der gælder for korassistenterne, er således i strid med lov om tidsbegrænset ansættelse og skal derfor tilsidesættes.

Det Kongelige Teater har anført navnlig, at der ikke er tale om ulovlig forskelsbehandling, idet korassistenterne ikke er sammenlignelige med de fastansatte korsangere i Det Kongelige Operakor. Der er så væsentlige forskelle i kvalifikationer og færdigheder hos grupperne af henholdsvis faste korsangere og korassistenter, at grupperne ikke kan anses for at udføre samme eller tilsvarende arbejde.

Det påhviler Dansk Musiker Forbund at bevise, at korassistenterne som gruppe er sammenlignelige med de faste korsangere som gruppe. Det har formodningen imod sig, at de to grupper er sammenlignelige, idet der er indgået protokollater for hver af grupperne. Protokollaterne er indgået af foreninger, der begge er under Dansk Musiker Forbund.

Der er en række forhold vedrørende optagelseskrav, kvalifikationer, erfaring og vilkår for arbejdets udførelse, der samlet set bevirker, at de fastansatte korsangere og korassistenterne som grupper betragtet ikke kan anses som sammenlignelige, uanset at begge grupper udfører arbejde med korsang under Det Kongelige Teaters opsætning af opera, som for en umiddelbar betragtning kan forekomme sammenligneligt.

Der er væsentlige forskelle i de krav, der stilles for at blive fastansat som korsanger i operakoret og for at blive optaget på listen over korassistenter. Kravene

for optagelse på assistentlisten er væsentligt lempeligere end kravene for opnåelse af stilling som fast korsanger på Det Kongelige Teater. De faste korsangere må således i kraft af udvælgelseskravene som gruppe betragtet anses for bedre kvalificerede end korassistenterne. Hertil kommer, at korsangerne i Det Kongelige Operakor gennem fast og regelmæssig øvning under instruktion af og i tæt samarbejde med korsyngemesteren opnår en særlig klang og indbyrdes samspil, hvilket tillige bevirker, at de må anses for at besidde bedre kvalifikationer og færdigheder end korassistenterne.

Herudover stilles der i et vist omfang andre krav til de faste korsangere end til korassistenterne. Det gælder bl.a. med hensyn til pligt til at synge soloroller af op til to minutters varighed, deltagelse i personale- og informationsmøder, seminarer mv. og varetagelse af opgaven som arbejdsmiljørepræsentant eller talsmand. Summen af disse opgaver er ikke uvæsentlig og afspejler, at der for medlemmerne af teatrets operakor er tale om hovedbeskæftigelse, og at de faste korsangere indgår i det daglige liv på teatret. Vilklårene for korassistenter afspejler, at der er tale om bibeskæftigelse, hvor korassistenterne alene skal opfylde et konkret opstået behov for korarbejde.

Hvis Højesteret måtte finde, at de fastansatte korsangere og korassistenterne som grupper er sammenlignelige, er der ikke tale om, at korassistenterne har ansættelsesvilkår, der er mindre gunstige end de fastansatte korsangeres vilkår.

Højesterets begrundelse og resultat

Det Kongelige Teaters operakor består af 40 fastansatte sangere. Disse sangere suppleres af korassistenter, der er optaget på en "assistentliste", og som ansættes ved større operaopsætninger. Korassistenterne ansættes tidsbegrænset, typisk for den enkelte operaforestilling. Deres løn- og ansættelsesvilkår fremgår af "Protokollat til fællesoverenskomst for Det Kongelige Teaters kunstneriske personale (assistenter ved Det Kongelige Operakor)". Efter protokollatet aflønnes korassistenter på grundlag af en minimumstimesats for de timer, hvor de udfører arbejde på teatret. Det følger endvidere af protokollatet, at de – i modsætning til fastansatte medlemmer af operakoret – ikke er berettiget til bl.a. pension, løn under sygdom, barns første sygedag, betalt barsel og løn under ferie.

Sagen angår, om vilkår i protokollatet vedrørende korassistenter strider mod § 4, stk. 1, i lov om tidsbegrænset ansættelse.

Efter § 4, stk. 1, må ansættelsesvilkårene for en tidsbegrænset ansat ikke være mindre gunstige end de, der gælder for en sammenlignelig fastansat, hvis forskelsbehandlingen udelukkende er begrundet i ansættelsesforholdets tidsbegrænsede varighed, og den ikke er begrundet i objektive forhold.

Ved "en sammenlignelig fastansat" forstås "en fastansat i samme virksomhed, der er i et tidsbegrænset ansættelsesforhold, og som udfører samme eller tilsvarende arbejde, idet der tages hensyn til kvalifikationer og færdigheder", jf. lov om tidsbegrænset ansættelse § 3, stk. 4. Det er i forarbejderne bl.a. anført, at tilsvarende arbejde vil sige arbejde, der ligger på linje med det arbejde, den tidsbegrænset ansatte udfører.

Om der foreligger en sammenlignelig situation, beror efter praksis på en helhedsvurdering af en række forhold, herunder arbejdets art, de kvalifikationer, som kræves ved arbejdets udførelse, de færdigheder, som de ansatte har, og de vilkår, som arbejdet udføres under.

Den påstand, som Centralorganisationen af 2010 (CO 10) har nedlagt som mandatar for Dansk Musiker Forbund, går som nævnt på, at vilkår i protokollatet vedrørende korassistenter strider mod § 4, stk. 1, i lov om tidsbegrænset ansættelse. Påstanden indebærer, at der skal foretages en vurdering af, om gruppen af fastansatte sangere i Det Kongelige Teaters operakor og gruppen af tidsbegrænset ansatte korassistenter udfører samme eller tilsvarende arbejde. Der skal således ikke foretages en sammenligning mellem enkeltpersoner.

Højesteret finder, at der ved vurderingen af, om der foreligger en sammenlignelig situation, må lægges afgørende vægt på, at der er tale om kunstnerisk arbejde, hvor de ansattes kvalifikationer og færdigheder er af særlig betydning.

Efter bevisførelsen, herunder forklaringerne fra korsyngemester Steven Moore og teaterchef Kasper Holten, finder Højesteret ligesom landsretten, at det må lægges til grund, at de tidsbegrænset ansatte korassistenter som gruppe betragtet ikke besidder tilsvarende kvalifikationer og færdigheder som gruppen af fastansatte korsangere. Kasper Holten har således forklaret, at det er meningen, at de faste medlemmer af Det Kongelige Teaters operakor skal være ansat i mange år, at "de er elitestyrken, der danner grundstammen", og at "det faste operakor består af de bedste, mest alsidige og mest langtidsholdbare sangere". På linje hermed har Steven Moore forklaret, at "det faste kor er ryggraden af korarbejdet", at "alle faste sangere i koret kan bruges til alle stilarter", og at "niveauet er forskelligt for de fastansatte sangere i koret og assistenterne". Dette understøttes af, at alle de faste medlemmer af operakoret er udvalgt ved auditions, hvor der stilles særligt høje krav.

Højesteret tiltræder herefter, at gruppen af fastansatte medlemmer af Det Kongelige Teaters operakor og gruppen af tidsbegrænset ansatte korassistenter ikke er sammenlignelige, jf. § 3, stk. 4, i lov om tidsbegrænset ansættelse. Vilkårene i protokollatet vedrørende korassistenter indebærer som følge heraf ikke forskelsbehandling i strid med lovens § 4, stk. 1.

Højesteret stadfæster derfor dommen.

THI KENDES FOR RET:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Centralorganisationen af 2010 (CO 10) som mandatar for Dansk Musiker Forbund betale 50.000 kr. til Det Kongelige Teater.

Sagsomkostningsbeløbene skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.