

Cand.jur. speciale

**De facto eksklusivaftaler
- privatansatte lønmodtageres beskyttelse mod forskelsbehandling som
følge af foreningsforhold under ansættelsen**

**De facto closed shop agreements
- the protection of employees, working in the private sector, from
discrimination related to trade union membership during their
employment**

Specialet er udarbejdet af:

Gitte Morsund
Fødselsdato 14.12.1976

Vejleder:

Christian Højer Schjøler
Juridisk Institut

Specialet er på 179.930 anslag
inkl. mellemrum og indholdsfortegnelse

Tro og love-erklæring

”Det erklæres herved på tro og love, at undertegnede egenhændigt og selvstændigt har udformet denne rapport. Alle citater i teksten er markeret som sådanne, og rapporten eller væsentlige dele af den har ikke tidligere været fremlagt i anden bedømmelses-sammenhæng.”



Gitte Morsund

Abstract

To what extent are employees, working in the private sector, protected from discrimination, related to their decision regarding trade union membership, during their employment?

In order to answer this question this thesis firstly examines the relevant sources of law: Danish law, EU law, UN and ILO Conventions as well as other international treaties.

The examination reveals that Danish law offers no protection against discrimination due to union membership during the employment, but only outlaws discrimination due to union membership in relation to recruitment and dismissal.

Offhand, EU law offers the best protection as art. 12 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter) is to be interpreted in the light of art. 11 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, allowing every worker the freedom to join or not to join trade unions without any personal or occupational damage being thereby suffered by them. However, the European Court of Justice has not yet ruled on the direct application of art. 12 of the Charter. Furthermore such a ruling would currently not lead to the Charter being applicable before Danish courts, as the Supreme Court in U2017.824H found the Charter to be inapplicable due to insufficient incorporation thus underlining that Danish law and EU law are two separate systems of justice.

Among the international sources of law the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention) is found to offer the best protection, particularly due to individuals being able to apply to the European Court of Human Rights (the Court) in combination with the Courts evolutive interpretation of art. 11, which has gradually extended the protection of the negative aspect of the freedom of association, despite the wording of, and the preparatory notes to, the provision. As the Convention has been incorporated into Danish law it can be applied directly before Danish courts etc.

Secondly, the thesis analyses national case law and various collective agreements in order to determine the extent of the protection in practice: In U2015.3210H the Supreme Court ruled that discrimination due to trade union membership during the employment is allowed, provided that the discrimination does not amount to a de facto closed shop agreement by threatening the applicants livelihood thereby compelling them to join a specified union. The collective agreements comply with this ruling by in general offering the same conditions of employment to all employees covered by the collective agreement, only allowing for a few examples of conditions reserved for members of a specified union, such as different payment during sick leave depending on whether or not the employee is a member of the union party to the collective agreement. However, several issues, inter alia, the burden of proof resting solely with the employee combined with the poor prospects of the courts deciding in favour of the employee being protected from discrimination due to their trade union membership during their employment, must be considered to influence the number of legal actions being taken on the matter, meaning the experienced discrimination could be greater than indicated by the analysis.

Thirdly, the thesis analyses case law from the Court and continue on to discuss to what extent Danish law is in compliance with our international obligations, particularly the Convention.

The latter being particularly relevant as the Danish case law assigns great weight to preparatory notes to a provision while at the same time only including international sources of law to a limited extent. As opposed to the Court attaching great importance to international sources of law, among these the findings of other treaty bodies, while at the same time only allowing for preparatory notes as a supplementary means of interpretation. The different approaches to interpretation allows for different outcomes.

The analysis shows that the Court held that there had been a violation of art. 11 when an applicant was forced to join a specified union due to a closed shop agreement or a legal requirement. Conversely, the Court concluded there had been no violation of art. 11 when the applicant was not subjected to significantly less favourable working conditions or otherwise not forced to join a specified union. Furthermore, the Court was more likely to find in favour of a violation of art. 11, when an applicants personal views and opinions had also been compromised, as the protection of art. 9 and 10 of the Convention is of great importance to the guarantee of freedom of association.

Thus the Court would appear to concur with the Supreme Court ruling in U2015.3210H, allowing discrimination during the employment when it does not amount to a de facto closed shop agreement. However, the Supreme Court failed to take into account the observation made by the Court in *Sibson*, pr. 29 - that the working conditions were not “significantly less favourable”.

The thesis concludes that employees working in the private sector, who have chosen not to be a member of the union, party to the collective agreement regulating their employment, currently cannot be considered to be protected from discrimination related to their trade union membership during their employment - unless the discrimination amounts to “significantly less favourable working conditions”. This protection must be considered to be strengthened, should the employees object to the membership on grounds protected by art. 9 and 10 in the Convention, i.e. freedom of thought, conscience, religion and expression.

However, certain reservations must be made as the Court has not ruled on the matter in recent years. Due to the Convention being “a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions ...” as stated by the Court in *Sigurjónsson*, pr. 35, it is possible that case law and findings from other treaty bodies, such as the findings of the European Committee of Social Rights (the Committee) regarding Denmark's compliance with art. 5 of the European Social Charter, referred to by the Court in *Sørensen/Rasmussen*, pr. 72 will add up to an even stronger protection against discrimination related to trade union membership during the employment: Should the Committee be made aware of the findings by the Supreme Court in U2015.3210H allowing discrimination related to wages due to union membership, this could lead to the Committee finding Denmark in violation of art. 5 of the European Social Charter. Which again could lead to the Court finding Denmark to be in breach of art. 11 of the Convention, meaning that Danish law is not in compliance with our international obligations.

Indholdsfortegnelse

1 Indledning	1
1.1 Problemformulering	2
1.2 Afgrænsning og terminologi	2
1.3 Metode	3
2 Regelgrundlaget	4
2.1 National ret	4
2.1.1 Grundloven	4
2.1.2 Foreningsfrihedsloven	5
2.2 EU-ret	7
2.2.1 Traktaten om Den Europæiske Union	7
2.2.2 Fællesskabets sociale charter	8
2.2.3 EU's Charter om grundlæggende rettigheder	8
2.3 International ret	12
2.3.1 FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder	12
2.3.2 FN-konventioner	12
2.3.3 ILO-konventioner	14
2.3.3 Den europæiske Socialpagt	15
2.3.4 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention	16
2.4 Sammenfatning	19
3 Analyse af beskyttelsen i praksis	20
3.1 Afgørelser	20
3.1.1 FV 2012.0033 (Refusion i forbindelse med barsel og uddannelse)	20
3.1.2 Retten i Glostrups dom af 28.11.2014 (Bidrags-sagen)	25
3.1.3 U2015.3210H (Sygeløns-sagen)	27
3.1.4 FV 2017.0120 (Advarsel for at udelukke uorganiserede)	33
3.2 Kollektive overenskomster	34
3.2.1 Områdeoverenskomster	34
3.2.2 Medlemsoverenskomster	36
3.3 Sammenfatning	39
4 Er den danske retsstilling i overensstemmelse med vores folkeretlige forpligtelser?	40
4.1 Analyse af EMD's afgørelser	40
4.1.1 British Rail	40
4.1.2 Sibson	44
4.1.3 Sigurjónsson	45
4.1.4 Gustafsson	48
4.1.5 Kajanan/Tuomaala	50
4.1.6 Sørensen/Rasmussen	51

4.1.7 Evaldsson	58
4.2 Hvordan ville EMD bedømme de danske afgørelser?	61
4.3 Sammenfatning	67
5 Konklusion	68
6 Kilder	71
6.1 Love og forarbejder	71
6.2 Afgørelser	73
6.3 Bøger	74
6.4 Artikler	75
6.5 Øvrige publikationer	76
6.6 Overenskomster	76
6.7 Internettet	77
7 Bilag	79

1 Indledning

I Danmark er kollektive overenskomster, i modsætning til de fleste andre europæiske lande, ikke gjort almenlydige¹, hvormed menes at en overenskomst “via lov eller administrativ beslutning - helt eller delvist - kommer til at omfatte alle virksomheder inden for det område, som overenskomsten dækker.”² Med ganske få undtagelser, som fx erhvervsuddannelseslovens §§ 55 og 56, er der således *ikke* via lovgivning sikret den enkelte lønmodtager overenskomstmæssige løn- og ansættelsesvilkår.

Årsagen hertil skal findes i den danske model, som er karakteriseret ved “at lovgiver overlader en betragtelig del af reguleringen af arbejdsmarkedet til arbejdsmarkedets parter ...”³

Arbejdsgiverforeninger og lønmodtagerorganisationer fastsætter selv indholdet af de kollektive overenskomster, som parterne indgår, herunder overenskomstens faglige og personlige anvendelsesområde.

“Det almindelige udgangspunkt er, at *alle lønmodtagere* hos arbejdsgiveren, der udfører arbejde henhørende til den pågældende overenskomsts faglige område,” er omfattet af overenskomsten, som dermed “er det, der er kaldt en *områdeoverenskomst*.”⁴

I sag nr. 5696 fastslog Arbejdsretten, at en overenskomsts bestemmelser, som en fast regel,

“... skal anvendes uden hensyn til om de beskæftigede arbejdere er medlemmer af den organisation, med hvilken overenskomsten er afsluttet, medmindre der i overenskomstens ordlyd eller i andre omstændigheder findes holdepunkter for en modsat opfattelse ...”⁵

Det er således muligt at fravige hovedreglen, om at overenskomsten gælder for alle ansatte, og dermed muligt at gøre forskel på lønmodtagere baseret på deres foreningsforhold.

Eksempelvis kan en overenskomst angive, at den i sin helhed alene gælder for medlemmer af det overenskomstbærende forbund, en såkaldt *medlemsoverenskomst*.⁶

U2015.3210H illustrerer muligheden for at differentiere enkelte ansættelsesvilkår på grundlag af foreningsforhold: En lønmodtager, ansat hos en arbejdsgiver der har tegnet en kollektiv overenskomst, bliver syg. Der er tale om en områdeoverenskomst, som indeholder regler om sygeløn. Arbejdsgiveren udbetaler dog kun sygedagpenge, fordi lønmodtageren ikke er medlem af det overenskomstbærende forbund, og overenskomsten bestemmer, at dette er en betingelse for at få suppleret op fra sygedagpenge til sygeløn.

¹ Jens Kristiansen, Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret, s. 243

² Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, s. 187

³ Mikael Marstal og Ulrik Mogensen, Lønmodtageres opsigelsesbeskyttelse, s. 14

⁴ Ole Hasselbalch, Kollektivarbejdsretten, s. 2241

⁵ Sag nr. 5696 af 19. december 1963

⁶ Ole Hasselbalch, Kollektivarbejdsretten, s. 2242

Højesteret fandt, at foreningsfrihedsloven alene beskytter “i forbindelse med ansættelse og afskedigelse, og at loven ikke indeholder et forbud mod forskelsbehandling under ansættelsen.” (mine understregninger)

Højesteret anførte videre i sin begrundelse, at

“Spørgsmål om forenelighed med artikel 11 [i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention] vil dog kunne rejses, hvis den forskelsbehandling, der er en følge af det manglende medlemskab af en fagforening, har den virkning, at den reelt tvinger arbejdstageren til at melde sig ind i fagforeningen ...”⁷,

dvs. hvis forskelsbehandlingen har karakter af en de facto eksklusivaftale.

På den baggrund undersøger specialet følgende:

1.1 Problemformulering

I hvilken udstrækning er privatansatte lønmodtagere beskyttet mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold under deres ansættelse?

1.2 Afgrænsning og terminologi

Specialet er afgrænset til privatansatte lønmodtagere, da offentligt ansatte lønmodtagere også under deres ansættelse er beskyttet mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold, idet den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, en uskreven retsgrundsætning, “forbyder offentlige arbejdsgivere at forskelsbehandle organiserede og uorganiserede lønmodtagere uden saglig grund.”⁸

Forskelsbehandling som følge af foreningsforhold kan finde sted, uanset om der foreligger en overenskomst eller ej. Differentierede vilkår for ansatte, der ikke er omfattet af en overenskomst, kan dog skyldes andre forhold end deres valg af fagforening. Rammerne for dette speciale muliggør ikke en nærmere analyse heraf, hvorfor specialet fokuserer på de tilfælde, hvor der foreligger en overenskomst.

For så vidt angår terminologien benyttes retskildernes populærtitler. Disse præciseres i kildefortegnelsen.

I specialet anvendes begreberne fagforening, fagforbund og faglig organisation synonymt, og alle i betydningen lønmodtagerorganisation.

Tilsvarende anvendes begreberne lønmodtager, medarbejder, ansat og arbejdstager synonymt.

Begrebet uorganiseret anvendes om en lønmodtager, der ikke er medlem af det overenskomstbærende fagforbund. Den uorganiserede kan enten være medlem af en anden fagforening eller helt have fravalgt medlemskab af en fagforening. I modsætning hertil er en organiseret lønmodtager medlem af det overenskomstbærende fagforbund.

Endelig anvendes begreberne forskelsbehandling og diskrimination begge i betydningen forskellig behandling som følge af foreningsforhold. Baggrunden herfor er, at specialet

⁷ U2015.3210H, s. 3219

⁸ Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, s. 248

netop undersøger lønmodtageres beskyttelse mod sådan forskelsbehandling, uden hensyntagen til om forskelsbehandlingen ud fra den gængse opdeling i forskelsbehandling⁹ og diskrimination¹⁰ må anses som lovlig eller ulovlig.

1.3 Metode

Specialet er baseret på den retsdogmatiske metode, der har til formål at beskrive gældende ret.¹¹

Beskrivelsen systematiseres gennem anvendelsen af den juridiske metode, hvor de relevante retskilder lokaliseres, analyseres og afvejes i forhold til hinanden.¹²

Hvilke retskilder, der anses for relevante, samt hvilken betydning de konkret tillægges, afhænger af, hvilken instans, der skal træffe afgørelse. Dette omtales også som polycentrisk retskildeanvendelse og medfører, at to forskellige instanser ikke nødvendigvis når frem til samme resultat.¹³

Blandt de nationale retskilder er særligt grundloven, love, lovforarbejder samt afgørelser fra domstole og faglig voldgift relevante.

De mindre formaliserede retskilder, som kollektive overenskomster udgør, er ligeledes af interesse, idet disse “nærmest [fungerer] som en retsforskrift i forhold til dem, der [...] er underlagt overenskomsten ...”.¹⁴

Når den inddrages i juridisk argumentation, virker juridisk litteratur desuden som en retskilde, selvom kategoriseringen som retskildetype er omdiskuteret.¹⁵

Hertil kommer så de internationale retskilder, primært i form af traktat- og konventionsbestemmelser samt grundrettigheder. Der er to tilgange til anvendelsen af disse i det danske retssystem. Anlægges en *dualistisk* synsvinkel, er national og international ret to adskilte systemer, hvorfor internationale forskrifter ikke har betydning, medmindre de inkorporeres i dansk ret gennem lovgivning. Anlægges en *monistisk* synsvinkel er internationale retsforskrifter umiddelbart anvendelige. Blume konkluderer, at selvom der i dag ikke skelnes skarpt mellem de to synsvinkler, dominerer den monistiske synsvinkel.¹⁶

⁹ Institut for Menneskerettigheder, Begrebskatalog, s. 13

¹⁰ Ibid., s. 7

¹¹ Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 40

¹² Ibid., s. 171

¹³ Ibid., s. 55 ff.

¹⁴ Ibid., s. 256

¹⁵ Ibid., s. 188

¹⁶ Ibid., s. 271 ff.

Kristiansen anfører derimod, at Højesteret i U2017.824H (Ajos-sagen) understregede, “at dansk ret og EU-ret stadig er to adskilte retssystemer (dualisme).”¹⁷ Werlauff mener i lighed hermed, at “Danmark [er] præget af en dualistisk tilgangsvinkel, hvorefter [...] de folkeretlige forpligtelser skal gennemføres eller “lukkes ind” i den interne retsorden gennem udtrykkelige forskrifter ...”.¹⁸

Om de internationale retskilder er umiddelbart anvendelige, har stor betydning for analysen af beskyttelsen mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold.

Antag fx at U2015.3210H ville falde anderledes ud, såfremt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) bedømte sagen. Dels fordi EMD inddrager andre retskilder, dels fordi EMD vægter retskilderne anderledes indbyrdes end Højesteret, jf. ovenfor om polycentrisk retskildeanvendelse.

Anlægges herefter den monistiske synsvinkel på anvendelsen af de internationale retskilder, burde Højesteret og EMD nå frem til samme resultat. Hvorimod den dualistiske synsvinkel giver mulighed for, at Højesteret kan nå frem til et andet resultat end EMD - dog med den konsekvens, at den danske retsstilling ikke er i overensstemmelse med Danmarks folkeretlige forpligtelser. I dette speciale anvendes den dualistiske synsvinkel.

Indledningsvist vil specialet derfor belyse den gældende retstilstand gennem fortolkning af de nævnte retskilder, med særlig vægt på love og forarbejder fra national ret samt relevante forskrifter fra EU-retten og international ret. Desuden inddrages juridisk litteratur i relevant omfang.

Dernæst vil en analyse af nationale afgørelser og kollektive overenskomster dokumentere, i hvilket omfang privatansatte lønmodtagere, i praksis, er beskyttet mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold under deres ansættelse.

Afslutningvist diskuteres det, med udgangspunkt i en analyse af folkeretlige afgørelser, om den gældende retsstilling er i overensstemmelse med Danmarks folkeretlige forpligtelser.

2 Regelgrundlaget

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), blev i 1992 gjort til en del af dansk ret jf. inkorporeringsloven. EMRK behandles dog under international ret, da konventionen oprindeligt er en folkeretlig kilde.

2.1 National ret

2.1.1 Grundloven

Grundlovens § 78, stk. 1, fastslår at: “Borgerne har ret til uden forudgående tilladelse at danne foreninger i ethvert lovligt øjemed.”

¹⁷ Jens Kristiansen, U2017B.75, s. 78

¹⁸ Erik Werlauff, Europæiske menneskerettigheder, s. 59

Efter sin ordlyd beskytter grundloven alene den positive foreningsfrihed, dvs. retten til at danne og være medlem af en fagforening, *ikke* den negative foreningsfrihed, dvs. retten til ikke at være medlem af en fagforening.¹⁹

Højesteretsdommer Erik Friis forklarer i sin kommentar til HT-dommen²⁰, hvor otte chauffører blev afskediget fordi de ikke ville være medlem af den fagforening, der havde indgået overenskomsten, at Højesteret ikke kunne underkende afskedigelserne som stridende mod “et diskriminationsforbud af forfatningsmæssig gyldighed”, da et forslag om at grundloven skulle udelukke forskelsbehandling mellem medlemmer og ikke-medlemmer af fagforeninger ikke fik tilslutning under forhandlingerne om 1953-grundloven. Højesteret tillægger således forarbejder stor betydning.

§ 78 slutter med “i ethvert lovligt øjemed”, uden at grundloven sætter grænser for lovgivningsmagtens beføjelser for at gøre en fagforening ulovlig. Dette medfører, at alene den formelle foreningsfrihed, retten til uden forudgående tilladelse at danne - lovlige - fagforeninger, beskyttes på grundlovsniveau. Den materielle beskyttelse, retten til at eksistere, dvs. ikke blive opløst, er - for så vidt angår fagforeninger - overladt til lovgiver.²¹

2.1.2 Foreningsfrihedsloven

Arbejdsmarkedets hovedorganisationer anerkendte gensidigt hinandens berettigelse i Septemberforliget af 1899 og siden i Hovedaftalen.²² Men dette beskyttede alene den positive foreningsfrihed.

Den negative foreningsfrihed blev først beskyttet i 1982, da foreningsfrihedsloven blev indført som følge af EMD's dom i British Rail.²³ Dommen fandt det i strid med EMRK, art. 11, at tre allerede ansatte blev afskediget, fordi de ikke ville skifte fagforening. Dette blev af Folketinget fortolket således, at eksklusivaftaler alene kunne håndhæves, hvis den ansatte var oplyst herom ved ansættelsen, eller ved sin ansættelse allerede var medlem af den pågældende fagforening.²⁴

Denne fortolkning blev tilsidesat af EMD i Sørensen/Rasmussen²⁵, og medførte at foreningsfrihedsloven i 2006 blev ændret, således at den positive og den negative foreningsfrihed blev ligestillet, jf. ordlyden af lovens §§ 1 og 2, som fastslår, at en arbejdsgiver ikke må “undlade at ansætte en ansøger” eller “afskedige en lønmodtager”, fordi denne er eller ikke er “medlem af en forening eller af en bestemt forening.”

¹⁹ Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, s. 246

²⁰ Erik Friis, U1987B.50, s. 54

²¹ Ibid., s. 53

²² Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, s. 102

²³ Se afsnit 4.1.1

²⁴ Jens Kristiansen, AT 2006, s. 237

²⁵ Se afsnit 4.1.6

Af bemærkningerne til forslaget om ændring af foreningsfrihedsloven fremgår det, at formålet med lovforslaget er at bringe foreningsfrihedsloven i overensstemmelse med EMRK, art. 11, "således som den er fortolket ved" EMD's afgørelse i Sørensen/Rasmussen.²⁶

Beskæftigelsesministeren udtalte, at Sørensen/Rasmussen "indeholdt det helt grundlæggende spørgsmål om rækkevidden af Danmarks internationale forpligtelser på et område, som ikke var omfattet af [EMRK], dengang Danmark tiltrådte den. Dommen har imidlertid rykket pælene for rækkevidden af konventionen. Der er sket en videreudvikling af retstilstanden ...".²⁷

Lovgivningen skulle derfor bringes i overensstemmelse med dommen. Dels ved at ophæve begrænsningerne i den negative foreningsfrihed i form af eksklusivaftaler, dels ved at udvide beskyttelsen til også at gælde i ansættelsessituationen, således at "en arbejdsgiver i forbindelse med ansættelse ikke må lægge vægt på en ansøgers foreningsmæssige tilhørsforhold".²⁸

I høringsfasen anførte Kristelig Fagbevægelse i brev af 13. februar 2006²⁹, at "lovforslaget ikke sikrer den fulde foreningsfrihed", da det alene regulerer forhold ved ansættelse og afskedigelse. De fandt behov for at forbyde diskrimination under ansættelsen, da der i modsat fald "på grund af foreningsforhold kunne blive forskel på fx forfremmelse, forflytninger, uddannelse, løn- og øvrige ansættelsesvilkår." Desuden mente de, at en justering af bevisbyrden var "helt nødvendig for at imødegå den indirekte og skjulte forskelsbehandling, som lovforslaget ikke kommer til livs." Kristelig Fagbevægelse opfordrede derfor til at fagforeningsforhold blev omfattet af forskelsbehandlingsloven.

Frie Funktionærer mente ligeledes, at lovforslaget skulle omfatte forhold under ansættelsen. Alternativt foreslog de, at foreningsforhold blev indsat som nyt kriterium i forskelsbehandlingsloven.³⁰

Beskæftigelsesministeriet anførte hertil, at "gennemførelse af et generelt diskriminationsforbud i forbindelse med foreningsforhold vil være at gå længere end dommen fra [EMD] tilsiger. Et absolut forbud mod at lægge vægt på foreningsforhold under ansættelsen vil kunne gøre det vanskeligt for organisationerne og arbejdsgiverne at agere i forhold til de indgåede overenskomster."³¹

²⁶ L 153, almindelige bemærkninger, afsnit 1

²⁷ L 153, 1. behandling, kl. 11:40

²⁸ L 153, almindelige bemærkninger, afsnit 4.1

²⁹ L 153, Bilag 2, s. 26-27

³⁰ L 153, Bilag 3, s. 4

³¹ L 153, Bilag 3, s. 4

I et svar til Arbejdsmarkedsudvalget³² fastslog beskæftigelsesministeren desuden, at han ikke fandt "behov for at lempe bevisbyrden i sager efter foreningsfrihedsloven".

Hvor forskelsbehandlingslovens § 7a foreskriver delt bevisbyrde - hvilket indebærer at lønmodtageren skal påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling, hvorefter bevisbyrden vender, således at arbejdsgiveren skal bevise, at forskelsbehandlingsloven ikke er overtrådt - er bevisbyrden i sager efter foreningsfrihedsloven ligefrem, "dvs. lønmodtageren skal dokumentere, at opsigelsen skyldes (fag)foreningsmæssige forhold. Det er erfaringsmæssigt ofte en meget vanskelig bevisbyrde ...".³³

Foreningsfrihedsloven beskytter derfor kun mod diskrimination ved ansættelse og opsigelse - ikke under ansættelsen. Og bevisbyrden for lovbrud påhviler fuldt ud lønmodtageren.

2.2 EU-ret

EU-Domstolen (EUD) fastslog i Costa/ENEL³⁴ princippet om EU-rettens forrang, som medfører, at EU-retten går forud for nationale bestemmelser.³⁵

EU-rettens forrang blev formaliseret i et bilag til Traktaten om Den Europæiske Union (Lissabontraktaten), jf. erklæring nr. 17 om forrang, hvoraf det fremgår at:

"Konferencen erindrer om, at traktaterne og den ret, der vedtages af Unionen på grundlag af traktaterne, i overensstemmelse med Domstolen for Den Europæiske Unions faste retspraksis har forrang frem for medlemsstaternes ret på de betingelser, der er fastlagt i nævnte retspraksis."

For Danmarks vedkommende forudsætter dette dog, at der er afgivet suverænitet til EU på det pågældende område, jf. grundlovens § 20.³⁶

Herudover har EUD fastslået et princip om EU-konform fortolkning, som medfører, at nationale myndigheder, herunder domstolene, er forpligtede til at fortolke nationale regler i lyset af EU-retten.³⁷

2.2.1 Traktaten om Den Europæiske Union

I præambelen til Traktaten om Den Europæiske Union (Lissabontraktaten) bekræfter de underskrivende stater, at de tillægger såvel Den europæiske Socialpagt som Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder (fællesskabets sociale charter) betydning.³⁸

³² L 153, Svar på spørgsmål 1

³³ Mikael Marstal og Ulrik Mogensen, Lønmodtageres opsigelsesbeskyttelse, s. 62

³⁴ Sag 6/64 af 15.07.1964

³⁵ Bugge Thorbjørn Daniel m.fl., Grundlæggende EU-ret, s. 259 ff.

³⁶ Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 277

³⁷ Bugge Thorbjørn Daniel m.fl., Grundlæggende EU-ret, s. 280 ff.

³⁸ Se afsnit 2.3.4 og 2.2.2

Lissabontraktatens art. 6, stk. 1, tillægger EU's charter om grundlæggende rettigheder "samme juridiske værdi som traktaterne".³⁹

Endelig fremgår det af Lissabontraktatens art. 6, stk. 2, at Unionen tiltræder EMRK.⁴⁰ I en udtalelse fra 18. december 2014 konkluderede EU-Domstolen imidlertid, at aftalen om EU's tiltrædelse af EMRK ikke var forenelig med Lissabontraktaten⁴¹, bl.a. fordi EUD ville blive underlagt EMD.⁴² EU har endnu ikke tiltrådt konventionen.⁴³

Bortset fra disse henvisninger forholder Lissabontraktaten sig tavs angående såvel den positive som den negative foreningsfrihed.

2.2.2 Fællesskabets sociale charter

Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder (fællesskabets sociale charter) blev vedtaget af Det Europæiske Råd i 1989 - dog med undtagelse af Storbritannien.

Fællesskabets sociale charter fastslår i art. 11, at arbejdstagere har ret til frit at slutte sig sammen "for at oprette fagforeninger efter deres eget valg til varetagelse af deres økonomiske og sociale interesser." Samt at "enhver arbejdstager har frihed til at melde sig ind i sådanne organisationer eller til at undlade at gøre dette, uden at det må komme den pågældende personligt eller erhvervsmæssigt til skade." (min understregning)

Bestemmelsen beskytter dermed både den positive og den negative foreningsfrihed.

Formuleringen "uden at det må komme den pågældende personligt eller erhvervsmæssigt til skade" indikerer endvidere, at art. 11 ligeledes beskytter mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold under ansættelsen.⁴⁴

Fællesskabets sociale charter er imidlertid vedtaget som en erklæring, hvorfor der alene er tale om en henstilling, ikke et bindende regelsæt.⁴⁵

2.2.3 EU's Charter om grundlæggende rettigheder

Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (EU's Charter) fastslår i sit afsnit om friheder, art. 12 om forsamlings- og foreningsfrihed, at

"Enhver har ret til [...] foreningsfrihed på alle niveauer, navnlig i forbindelse med politiske og faglige sammenslutninger [...], hvilket indebærer, at enhver har ret til sammen med andre at oprette fagforeninger og at slutte sig hertil for at beskytte sine interesser."

Efter sin ordlyd beskytter bestemmelsen alene den positive foreningsfrihed.

³⁹ Se afsnit 2.2.3

⁴⁰ Se afsnit 2.3.4

⁴¹ Udtalelse 2/13 af 18.12.2014, pr. 258

⁴² Ibid., pr. 181 ff.

⁴³ Jonas Christoffersen m.fl., EU's Charter, s. 76-77

⁴⁴ Institut for Menneskerettigheder, Udredning nr. 7, s. 93

⁴⁵ Ole Hasselbalch, Foreningsfrihedsloven i kontekst, s. 23 og 30

I Werhof-dommen har EUD imidlertid, under henvisning til EMRK, art. 11 og EMD's praksis, slået fast, at også den negative foreningsfrihed er beskyttet:

“Det bemærkes, at foreningsfriheden, som ligeledes omfatter retten til ikke at være medlem af en faglig organisation [...] er knæsat i [EMRK, art. 11 ...] og indgår blandt de grundlæggende rettigheder, som efter Domstolens faste praksis er beskyttet i Fællesskabets retsorden.”⁴⁶ (min understregning)

Af forklaringerne til art. 12 fremgår det endvidere, at retten til foreningsfrihed dels svarer til art. 11 i EMRK, dels bygger på art. 11 i fællesskabets sociale charter.⁴⁷

Fællesskabets sociale charter, art. 11 beskytter også den negative foreningsfrihed, herunder muligvis under ansættelsen.⁴⁸

Da både Lissabontraktaten og EU's Charter henviser til fællesskabets sociale charter, kan det ikke udelukkes, at en vis beskyttelse af den negative foreningsfrihed - også under ansættelsen - må indfortolkes i EU's Charter, art. 12.

Det fremgår desuden af EU's Charter, art. 52, stk. 3, at i det omfang chartrets rettigheder svarer til rettighederne i EMRK, har de “samme betydning og omfang ...”. Bestemmelsens 2. pkt. fastslår, at EU-retten “kan yde en mere omfattende beskyttelse” end EMRK. Selvom EUD endnu ikke ses at have “højnet beskyttelsesstandarder”⁴⁹, er der taget højde for en situation, hvor kombinationen af EU's Charter, art. 12 og fællesskabets sociale charter, art. 11 måtte medføre en beskyttelse af den negative foreningsfrihed under ansættelsen, der går videre end beskyttelsen efter EMRK.

Endelig fastslår EU's Charter, art. 21 om ikke-forskelsbehandling, at “Enhver forskelsbehandling på grund af [...] politiske eller andre anskuelser, [...] eller ethvert andet forhold er forbudt.” Opregningen af kriterier, der ikke må begrunde forskelsbehandling, er ikke udtømmende, jf. at bestemmelsen afsluttes med “eller ethvert andet forhold”.⁵⁰

Med virkning fra 1. december 2009 blev EU's Charter tillagt “samme juridiske værdi som traktaterne”, jf. Lissabontraktatens art. 6, stk. 1.

Traktatbestemmelser er ifølge praksis fra EUD⁵¹ umiddelbart anvendelige, også horisontalt, dvs. mellem private.⁵²

Bestemmelserne i EU's Charter kan ligeledes have direkte, horisontal virkning, såfremt de er ubetingede og tilstrækkeligt præcise - idet dette dog må antages at have

⁴⁶ Sag C-499/04, Werhof, pr. 33

⁴⁷ Forklaringer til Chartret, s. 6

⁴⁸ Se afsnit 2.2.2

⁴⁹ Jonas Christoffersen m.fl., EU's Charter, s. 586

⁵⁰ Ibid., s. 268

⁵¹ Sag 26/62, Van Gend en Loos og Sag 43/75, Defrenne, pr. 37-40

⁵² Bugge Thorbjørn Daniel m.fl., Grundlæggende EU-ret, s. 266 ff.

undtagelsens karakter.⁵³ EUD har indtil nu alene fastslået direkte, horisontal virkning for EU's Charter, art. 21⁵⁴, hvorfor det er uafklaret om også art. 12 har direkte, horisontal virkning.

EUD udtalte i AMS-dommen, vedrørende Küçükdeveci-dommen, at princippet "om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der er stadfæstet i chartrets artikel 21, stk. 1, i sig selv er tilstrækkeligt til at tillægge private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes."⁵⁵ (min understregning)

I Küçükdeveci-dommen bemærkede EUD, at princippet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv "har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes forfatningsmæssige traditioner ...".⁵⁶

Retten til foreningsfrihed har, som ligebehandlingsprincippet, sin oprindelse i internationale konventioner og medlemsstaternes forfatninger. Endvidere fastslog EUD i Werhof-dommen, citeret ovenfor, at den negative foreningsfrihed er en grundlæggende rettighed, som er beskyttet i EU's retsorden. Foreningsfriheden er herudover stadfæstet i EU's Charter, art. 12. Dette taler *for* at art. 12, ligesom art. 21, *kan* have direkte, horisontal virkning.

EU's Charter, art. 51, stk. 2 fastslår imidlertid, at chartret ikke udvider anvendelsesområdet for EU-retten og ikke skaber nye kompetencer for unionen. EU's Charter "kan dermed ikke i sig selv danne grundlag for en EU-retlig kompetence eller forpligtelse."⁵⁷ Som udtrykt af Nielsen: "Et område skal være reguleret i en anden EU-retlig kilde end Chartret for, at Charteret kan anvendes på nationalt plan."⁵⁸ I Küçükdeveci-dommen var den EU-retlige kilde beskæftigelsesdirektivet⁵⁹, der har alder som et af de beskyttede kriterier. I modsætning hertil er foreningsfrihed *ikke* beskyttet i en EU-retlig kilde, udover EU's Charter. Werhof-dommen henviser til EMRK, ikke et EU-direktiv eller anden EU-ret, når bortses fra praksis fra EUD. Dette taler *imod* direkte, horisontal virkning af art. 12.

I U2017.824H (Ajos-sagen), som omhandlede forholdet mellem EU-retten og den dagældende § 2a, stk. 3 i funktionærloven, fastslog Højesteret med dommerstemmerne 8-1, at "principper, der er udviklet eller fastlagt på grundlag af TEU artikel 6, stk. 3, ..." *samt* "bestemmelserne i charteret, [...] efter tiltrædelsesloven ikke er gjort umiddelbart anvendelige her i landet."⁶⁰

⁵³ Jonas Christoffersen m.fl., EU's Charter, s. 52 ff.

⁵⁴ Ibid., s. 591

⁵⁵ Sag C-176/12, AMS, pr. 47

⁵⁶ Sag C-555/07, Küçükdeveci, pr. 20

⁵⁷ Jonas Christoffersen m.fl., EU's Charter, s. 565

⁵⁸ Ruth Nielsen, Lov om forbud mod forskelsbehandling, s. 267

⁵⁹ Direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000

⁶⁰ U2017.824H, s. 851

Flertallet henviste flere gange til forarbejderne til ændringen af tiltrædelsesloven som følge af Lissabontraktaten, herunder at udenrigsministeren i et svar til Folketingets Europaudvalg oplyste, at “charteret ikke indebærer retlige forpligtelser for borgerne.”⁶¹

Højesteret ville derfor “handle uden for rammerne af sin beføjelse som dømmende magt”, jf. grundlovens § 3, såfremt Højesteret anvendte forrangsprincippet.⁶²

Forud herfor havde Højesterets flertal bemærket, at EU-Domstolen afgør “om en regel efter EU-retten har direkte virkning med forrang for en modstående national bestemmelse, herunder også i tvister mellem private.” (mine understregninger). I forlængelse heraf fastslog flertallet dog, at Højesteret afgør, om “Om en EU-retlig regel kan tillægges den virkning i dansk ret, som EU-retten kræver ...”.⁶³

Under henvisning til langvarig retspraksis, ordlyden af, samt forarbejderne til funktionærlovens § 2a, stk. 3, konkluderede flertallet, at “der foreligger en klar retstilstand, og at det ikke vil være muligt ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret, at anlægge en fortolkning [...] der kan bringe bestemmelsen i overensstemmelse med [EU-retten] ...”.⁶⁴

På tilsvarende vis foreligger der, for så vidt angår beskyttelsen mod diskrimination som følge af foreningsforhold under ansættelsen, en klar retstilstand, jf. afsnit 2.1.2 om foreningsfrihedsloven, hvoraf det fremgår, at loven ikke finder anvendelse under ansættelsen.

I sin kommentar til Ajos-sagen bemærker Kristiansen, at “grænsen for EU-konform fortolkning går ved en klar retstilstand.”⁶⁵ (min understregning)

Som følge af Højesterets uenighed med EUD, for så vidt angår den direkte, horisontale virkning af EU’s Charter i Danmark, er den danske retsstilling på dette punkt i strid med Danmarks EU-retlige forpligtelser.⁶⁶

Kristiansen har i en senere artikel⁶⁷ redegjort for, at det vil være nødvendigt at anvende den kvalificerede procedure i grundlovens § 20 ved en justering af tiltrædelsesloven.

Tiltrædelsesloven er fortsat uændret, hvorfor en privatansat lønmodtager ikke, under henvisning til EU-rettens uskrevne principper eller EU’s Charter, kan påberåbe sig beskyttelse mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold under ansættelsen, i det omfang EU’s Charter, art. 12 ifølge EUD måtte have direkte, horisontal virkning.

⁶¹ U2017.824H, s. 851

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid., s. 850

⁶⁴ Ibid., s. 849

⁶⁵ Jens Kristiansen, U2017B.75, s. 75

⁶⁶ Ibid., s. 83

⁶⁷ Jens Kristiansen, U2017B.413

2.3 International ret

Som udgangspunkt forpligter en international konvention alene staten, og kun i forhold til de øvrige deltagende stater.⁶⁸

Har Danmark tiltrådt en konvention, vil domstolene imidlertid søge at undgå konflikter mellem danske retsregler og Danmarks internationale forpligtelser gennem anvendelse af fortolkningsreglen, formodningsreglen og instruktionsreglen.⁶⁹

Disse regler indebærer, at domstolene ved flere fortolkningsmuligheder “skal anvende den mulighed, der bedst stemmer med international ret”, at domstolene skal formode “at lovgiver ikke vil gennemføre regler, der er i strid med international ret”, ligesom “administrative forskrifter ikke må udformes i strid med international ret.”⁷⁰

2.3.1 FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder

Erklæringen, der blev vedtaget af FN's Generalforsamling den 10. december 1948, fastslår i art. 20 (1) at “Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association” og (2) at “No one may be compelled to belong to an association.” Såvel den positive som den negative foreningsfrihed er således beskyttet.

Imidlertid fastslår erklæringen i art. 23 (4) at “Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.”

Den særskilte omtale af fagforeninger i art. 23 medfører, at fagforeninger ikke er omfattet af art. 20.⁷¹ Dette har betydning, da art. 23 alene beskytter den positive foreningsfrihed.

Desuagtet at erklæringen ikke er juridisk bindende, har den retlig betydning⁷²: dels inddrages den ved fortolkningen af EMRK, jf. afsnit 4, dels er den udmøntet i flere konventioner, jf. straks nedenfor.

2.3.2 FN-konventioner

Danmark har ratificeret både FN-konventionen om borgerlige og politiske rettigheder og FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.⁷³

Konventionerne beskytter i henholdsvis art. 22 og art. 8 retten til at “oprette og indmelde sig i fagforeninger”, dvs. den positive foreningsfrihed. Dog tillades begrænsninger “som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund ...”.

⁶⁸ Ole Hasselbalch, Foreningsfrihedsloven i kontekst, s. 25

⁶⁹ Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode, s. 272

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Institut for Menneskerettigheder, Udredning nr. 7, s. 55

⁷² Erik Werlauff, Europæiske menneskerettigheder, s. 22

⁷³ BKI nr. 30 af 29/03/1976 og BKI nr. 5 af 14/01/1976

Konventionen om borgerlige og politiske rettigheder undlod bevidst at omtale retten til negativ foreningsfrihed i art. 22, grundet hensyn til fagforeningernes interesse i at opnå en høj grad af organisering.⁷⁴

Konventionen indeholder imidlertid også bestemmelser, der forbyder diskrimination:

Art. 2, stk. 1, fastslår, at de deltagende stater

“... forpligter sig til at respektere og tilsikre alle personer, der befinder sig inden for dens område og er undergivet dens jurisdiktion, de i denne konvention anerkendte rettigheder uden forskelsbehandling af nogen art, herunder som følge af race, hudfarve, køn, sprog, religion, politisk eller anden anskuelse, national eller social herkomst, formueforhold, fødsel eller anden stilling.”

Bestemmelsens specifikke henvisning til “de i denne konvention anerkendte rettigheder” medfører, at der er tale om et accessorisk diskriminationsforbud, som alene kan krænkes i forening med en anden af konventionens bestemmelser.⁷⁵

Herudover fastslår art. 26, at:

“Alle mennesker er lige for loven og er berettigede til lovens ligelige beskyttelse uden nogen forskelsbehandling. I denne henseende skal loven forbyde enhver forskelsbehandling og sikre alle ligelig og effektiv beskyttelse imod forskelsbehandling af nogen grund, herunder race, hudfarve, køn, sprog, religion, politisk eller anden anskuelse, national eller social herkomst, formueforhold, fødsel eller anden stilling.”

Bestemmelsen er et selvstændigt og uafhængigt diskriminationsforbud⁷⁶, som medfører at ikke bare konventionen men også national lovgivning skal håndhæves ens over for alle, forudsat at de objektive fakta er ens.⁷⁷

Listen over diskriminationsgrunde afsluttes med “eller anden stilling”, hvilket indebærer, at listen ikke er udtømmende. Praksis fra Menneskerettighedskomiteen, som overvåger gennemførelsen af konventionen, illustrerer at paraplybestemmelsen omfatter bl.a. nationalitet, seksuel orientering og ægteskab⁷⁸ - men også at konventionen er “a *living instrument* which needs to be interpreted and applied in accordance with the changing attitudes of society.”⁷⁹

Det kan derfor ikke udelukkes, at Menneskerettighedskomiteen med tiden vil anse forskelsbehandling under ansættelsen, som følge af fagforeningsforhold, for at være omfattet af konventionens art. 26, hvorimod beskyttelsen efter art. 22, må antages at være svagere, jf. det bevidste fravalg af at beskytte den negative foreningsfrihed i denne bestemmelse.

Konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder sikrer i art. 8 (a) enhver ret til at “oprette og indmelde sig i fagforeninger efter eget valg” (min

⁷⁴ Manfred Nowak, CCPR Commentary, s. 499, para. 9 og s. 501, para. 14

⁷⁵ Ibid., s. 34, para. 13 og s. 35, para. 15

⁷⁶ Ibid., s. 628, para. 51

⁷⁷ Ibid., s. 606, para. 14

⁷⁸ Ibid., s. 626, para. 47

⁷⁹ Ibid., s. 628, para. 50

understregning). Efter sin ordlyd beskytter bestemmelsen den negative foreningsfrihed, men rækkevidden heraf er ikke afklaret i praksis, idet denne konvention ikke er tilknyttet et overvågningsorgan, medmindre tillægsprotokollen fra 2008 tiltrædes.⁸⁰

2.3.3 ILO-konventioner

Under FN hører Den Internationale Arbejdsorganisation (ILO), hvor repræsentanter for regeringer, arbejdsgivere og lønmodtagere mødes årligt for bl.a. at fastsætte standarder for arbejdsmarkedsforhold i form af konventioner, som skal ratificeres, før de juridisk forpligter medlemsstaterne.⁸¹

Danmark har bl.a. ratificeret ILO-konvention nr. 87 om foreningsfrihed og beskyttelse af retten til at organisere sig (ILO 87) samt ILO-konvention nr. 98 om retten til at organisere sig og føre kollektive forhandlinger (ILO 98).⁸²

Efter at have ratificeret en konvention, skal medlemsstaterne indsende regelmæssige rapporter om de tiltag, staten har gjort for at overholde konventionerne. Rapporterne evalueres af den nedsatte Ekspertkomite, som derefter udgiver en årlig rapport indeholdende bl.a. en "General Survey".⁸³

Med henblik på at føre tilsyn særligt med overholdelsen af ILO 87 og ILO 98 blev Foreningsfrihedskomiteen nedsat. Arbejdsgiver- eller lønmodtagerorganisationer kan indgive en klage, hvorefter komiteens medlemmer beslutter om klagen skal behandles. Såfremt komiteen efter en dialog med staten finder, at foreningsfriheden er blevet krænket, vil den udstede en rapport med sin anbefaling på løsninger. Staten anmodes efterfølgende om at aflægge rapport vedrørende implementeringen af komiteens anbefalinger.⁸⁴

ILO 87 fastslår i art. 2, at arbejdere er berettiget til at oprette og slutte sig til organisationer efter eget valg (min understregning).

Ekspertkomiteen har flere gange anført at "the rights of workers who do not wish to join existing trade unions [...] should also be protected."⁸⁵

Bestemmelsens ordlyd og komiteens udtalelser til trods, beskytter ILO 87 dog *ikke* den negative foreningsfrihed, jf. forarbejderne samt Ekspertkomiteens senere bekræftelse af, at art. 2 lader det være op til den enkelte stat at beslutte, om man vil garantere arbejdere retten til ikke at være medlem af en fagforening.⁸⁶

⁸⁰ Udredning nr. 7, s. 58

⁸¹ www.ilo.org

⁸² BKI nr. 16 af 23/04/1952 og BKI nr. 2 af 04/01/1957

⁸³ www.ilo.org

⁸⁴ www.ilo.org

⁸⁵ General Survey 1983, par. 137 og 1994, par. 96

⁸⁶ General Survey 1983, par. 142 og 1994, par. 100

ILO 98 fastslår i art. 1, at arbejderne skal beskyttes “mod foranstaltninger, der går ud på at modarbejde fagforeninger”, særligt mod ansættelse der betinges af indmeldelse eller udmeldelse af fagforening (a), og afskedigelse eller anden skade på grund af fagforeningsmedlemskab (b).

Jf. formuleringen “eller anden skade” dækker beskyttelsen også under ansættelsen, jf. hertil Ekspertkomiteens udtalelse om, at de anser “the period of employment” for at være omfattet af beskyttelsen.⁸⁷ Ekspertkomiteen slår dog samtidig fast, at bestemmelsen hverken godkender eller forbyder eksklusivbestemmelser⁸⁸, hvorfor det i praksis kun er den positive foreningsfrihed, der beskyttes.

2.3.3 Den europæiske Socialpagt

Den europæiske Socialpagt, som er vedtaget af Europarådet og ratificeret af Danmark⁸⁹, beskytter i art. 5 retten til at organisere sig. Nærmere bestemt skal staterne sikre, at arbejderes ret til frit at oprette og tilslutte sig organisationer ikke begrænses.

Europarådet har nedsat en komite, som i en offentlig proces undersøger de enkelte landes overholdelse af Den europæiske Socialpagt. Komiteens udtalelser er ikke retligt bindende, men den offentlige proces kan “i praksis være ganske effektiv”.⁹⁰

Efter sin ordlyd beskytter art. 5 den positive foreningsfrihed.

Komiteen har dog slået fast, at art. 5 også beskytter den negative foreningsfrihed: “no worker may be forced to join or remain a member of a trade union.”⁹¹

Danmark har *ikke* ratificeret Den Reviderede Europæiske Socialpagt fra 1996, hvorfor diskriminationsforbuddet i Part V - art. E i den reviderede udgave ikke finder anvendelse i Danmark.

Dette har dog ikke afholdt Komiteen fra, under henvisning til art. 5, at spørge til beskyttelsen “mod diskrimination på grund af medlemskab eller manglende medlemskab af en fagforening inden for andre områder end ansættelse og afskedigelse”.⁹²

Den danske regering undlod at besvare spørgsmålene, men Komiteen konkluderede “at det vil være i strid med dansk ret, hvis [...] en uorganiseret ikke får samme løn som medlemmer af fagforeninger ...”.⁹³ Det retlige grundlag for konklusionen fremgår ikke,

⁸⁷ General Survey 1994, par. 210

⁸⁸ Ibid., par. 205

⁸⁹ BKI nr. 74 af 09/07/1965

⁹⁰ Udredning nr. 7, s. 83

⁹¹ Digest 2008, s. 50

⁹² Udredning nr. 7, s. 86

⁹³ Ibid., s. 87

men formodes at være det arbejdsretlige udgangspunkt om områdeoverenskomster, og Komiteen fandt herefter, at den danske retstilstand er i overensstemmelse med art. 5.⁹⁴

Skulle Danmark ratificere art. E, og skulle Komiteen få oplysninger om, at uorganiserede oplever diskrimination, vil Institut for Menneskerettigheder ikke afvise, at Komiteen vil finde situationen i Danmark i strid med Den europæiske Socialpagt.⁹⁵

2.3.4 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK)⁹⁶ fastslår i art. 11, stk. 1, at:

“Enhver har ret til [...] foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser.”

Dog tillader stk. 2 sådanne indskrænkninger

“... som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til [nærmere opregnede modhensyn].”

Retten til foreningsfrihed er derfor relativ.⁹⁷

Sammenfaldet med ordlyden i FN's Verdenserklæring er ikke tilfældig: EMRK henviser i sin præambel direkte til Verdenserklæringen, hvorfor Verdenserklæringen af samme grund inddrages som et fortolkningsbidrag til EMRK, jf. afsnit 4.

I modsætning til de øvrige internationale retskilder, er EMRK tilknyttet et effektivt håndhævelsesorgan: Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). EMD træffer retligt bindende afgørelser på baggrund af klager over brud på EMRK, også fra individer, forudsat at de nationale retsmidler er udtømt.⁹⁸

Som følge af den danske implementering ved lov, kan EMRK anvendes umiddelbart ved de danske domstole.

Rytter bemærker, at selvom EMRK i medfør af inkorporeringsloven alene forpligter staten, vil Danmark kunne indklages for EMD, såfremt en person “ikke på grundlag af dansk ret, som denne må fortolkes i lyset af EMRK, [kan] få gennemtruffet sine rettigheder efter EMRK ...”.⁹⁹

Som fortolkningsbidrag til dansk ret, kan EMRK derfor også påberåbes i tvister mellem private.

Efter sin ordlyd beskytter art. 11 imidlertid alene den positive foreningsfrihed, ikke den negative. Forklaringen på denne afvigelse fra FN's Verdenserklæring findes i

⁹⁴ Udredning nr. 7, s. 87

⁹⁵ Ibid., s. 88

⁹⁶ BEK 749 af 19.10.1998, bilag 1

⁹⁷ Erik Werlauff, Europæiske menneskerettigheder, s. 64

⁹⁸ Jens Paulsen, Afskedigelse, s. 471 ff.

⁹⁹ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 47 ff.

forarbejderne til EMRK, art. 11, hvori fravalget begrundes med eksistensen af eksklusivaftaler i visse konventionsstater.¹⁰⁰

Hvor danske domstole tillægger forarbejder en vis vægt¹⁰¹, fortolker EMD imidlertid EMRK dynamisk, hvilket indebærer, at EMD "kan finde på at forlade den opfattelse af dens indhold, som er kommet til udtryk i konventionens forarbejder og tidligere afgørelser."¹⁰²

Det er derfor relevant at afklare retsvirkningen af afgørelser fra EMD:

Hasselbalch finder, at en ændret fortolkning af konventionens bestemmelser som følge af nye afgørelser fra EMD principielt er uden retsvirkning i Danmark, da lovgiver alene kan anses for at have vedtaget, hvad der var gældende på tidspunktet for inkorporeringslovens vedtagelse.¹⁰³

Synspunktet har støtte i forarbejderne til inkorporeringsloven, hvor udvalget lå vægt på vigtigheden af, at det fortsat er lovgivningsmagten, der tilpasser "lovgivningen til konventionsforpligtelserne som fortolket af konventionsorganerne"¹⁰⁴ - hvorfor der ikke var tilsigtet nogen ændring i balancen mellem lovgiver og domstole.

Rytter konkluderer derimod, at EMRK og praksis fra EMD har forrang for modstridende dansk lovgivning, medmindre lovgiver udtrykkeligt har ønsket at fravige EMRK, i hvilket tilfælde danske domstole er forpligtet til at anvende den modstridende lov.¹⁰⁵

Endelig mener Werlauff, at "Konventionstekst og konventionspraksis udgør et hele, der begge er blevet bestanddele af dansk ret i den til enhver tid gennem EMD's praksis udviklede skikkelse."¹⁰⁶

Werlauff støtter sit synspunkt på Sørensen/Rasmussen: Dommen havde bindende virkning for Danmark fra afsigelsen, ikke først fra det tidspunkt, hvor lovgiver ændrede foreningsfrihedsloven.¹⁰⁷

I sin afgørelse vedrørende Sørensen anførte Højesteret¹⁰⁸, at foreningsfrihedsloven "blev gennemført navnlig med henblik på at sikre den negative foreningsfrihed i det

¹⁰⁰ Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the »travaux préparatoires«, vol. IV, s. 262

¹⁰¹ Erik Friis, U1987B.50, s. 54-55

¹⁰² Ole Hasselbalch, Foreningsfrihedsloven i kontekst, s. 31

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Betænkning nr. 1220/1991, s. 147-148

¹⁰⁵ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 35-37

¹⁰⁶ Erik Werlauff, Europæiske menneskerettigheder, s. 61

¹⁰⁷ Ibid., s. 62

¹⁰⁸ U1999.1496H, s. 1500

omfang, en forpligtelse hertil kunne anses at følge af artikel 11 ...,” således som denne var fortolket af EMD, hvorfor afskedigelsen ikke stred mod art. 11. Dette harmonerer med Rytters synspunkt.

Men EMD fastslog efterfølgende, at den negative foreningsfrihed var beskyttet af EMRK, art. 11 i et videre omfang.¹⁰⁹ Foreningsfrihedsloven blev herefter ændret i overensstemmelse med EMD's seneste fortolkning, hvilket - sammenholdt med beskæftigelsesministerens udtalelse om at dommen havde "rykket pælene" i forhold til da Danmark tiltrådte EMRK¹¹⁰ - bekræfter Werlauffs synspunkt. Praksis fra EMD supplerer derfor konventionsteksten.

Af EMD's praksis vedr. art. 11 fremgår "at der skal være tale om en tvang, der berører kernen i retten til foreningsfrihed for, at indgrebet vil være i strid med konventionen."¹¹¹

Finder EMD, at et indgreb berører kernen i stk. 1, afvejer EMD derefter de modstridende interesser i stk. 2. Ved denne afvejning "har den enkelte medlemsstat efter Domstolens praksis en vis skønsmargin ...".¹¹²

Statens skønsmargin varierer og er størst ved afvejningsrettighederne som fx art. 11, særligt når der er tale om et "følsomt" område uden en fælleseuropæisk standard, hvorimod en reduceret skønsmargin er aktuel ved statens indgreb i kernen af fundamentale demokratiske rettigheder. En vid skønsmargin medfører, at EMD's efterprøvelse af statens opfyldelse af EMRK er mindre intensiv.¹¹³

EMD inddrog i to afgørelser fra 1975 og 1976 det accessoriske diskriminationsforbud i EMRK, art. 14, som fastslår at: "Nydelsen af de i denne konvention anerkendte rettigheder og friheder skal sikres uden forskel på grund af [...] ethvert andet forhold." (min understregning)

I sagen *Belgian Police* fandt EMD ikke, at statens afvisning, af at anerkende en fagforening som en af de mest repræsentative og dermed fagforeningens ret til at blive hørt, udgjorde en krænkelse af art. 11, idet denne bestemmelse "does not guarantee any particular treatment of trade unions, or their members ...".¹¹⁴

I sagen *Swedish Engine Drivers* afviste EMD med enslydende begrundelse, at statens afvisning, af at indgå en kollektiv overenskomst med en fagforening uden for hovedforbundet, udgjorde en krænkelse af art. 11.¹¹⁵

¹⁰⁹ Sørensen/Rasmussen, pr. 56

¹¹⁰ L 153, 1. behandling, kl. 11:40

¹¹¹ Udredning nr. 7, s. 71

¹¹² Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret*, s. 97

¹¹³ Jens Elo Rytter, *EMRK og dansk ret*, s. 110 ff.

¹¹⁴ *Belgian Police*, pr. 38

¹¹⁵ *Swedish Engine Drivers*, pr. 39

Til trods herfor udtalte EMD, at “the Court must ascertain whether the differences in treatment at issue comply with Articles 11 and 14 (art. 14+11) taken together.”¹¹⁶ Dette grundet sammenhængen mellem omstændighederne i sagen og de rettigheder, som art. 11 beskytter.¹¹⁷

I begge sager konkluderede EMD imidlertid, at der ikke forelå diskrimination, men saglig og objektivt begrundet forskelsbehandling, som ikke krænkede proportionalitetsprincippet.¹¹⁸

De to afgørelser ligger mere end 40 år tilbage. Idet EMD har slået fast, at EMRK “is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions”¹¹⁹, er det muligt, til trods for manglende støtte i ordlyden af og forarbejderne til EMRK, at EMD vil konkludere, at EMRK’s beskyttelse af den negative fagforeningsfrihed ikke blot gælder i forbindelse med ansættelse og afskedigelse, men også under den løbende ansættelse - evt. på baggrund af art. 14 sammenholdt med art. 11.

2.4 Sammenfatning

Efter dansk ret er såvel den positive som den negative foreningsfrihed beskyttet i foreningsfrihedsloven, men beskyttelsen gælder alene ved ansættelse og afskedigelse, jf. lovens forarbejder.

I modsætning til dansk ret yder EU-retten eventuelt en vis beskyttelse mod diskrimination som følge af foreningsforhold under ansættelsen, jf. EU’s Charter, hvori der henvises til fællesskabets sociale charter. Som følge af den manglende hjemmel i tiltrædelsesloven, er EU’s Charter dog ikke umiddelbart anvendelig her i landet, jf. Ajos-sagen.

De internationale retskilder yder ved første øjekast god beskyttelse også af den negative foreningsfrihed, men FN’s Verdenserklæring finder først og fremmest anvendelse som fortolkningsbidrag, særligt til EMRK. FN-konventionerne beskytter den positive foreningsfrihed, hvorimod beskyttelsen af den negative foreningsfrihed er usikker, og de beskytter (endnu) ikke mod diskrimination under ansættelsen. ILO-konventionerne beskytter i praksis kun den positive foreningsfrihed, da ILO overlader det til den enkelte stat om den negative foreningsfrihed skal beskyttes. Endelig beskytter Den europæiske Socialpagt både den positive og den negative foreningsfrihed, men Danmarks undladelse af at ratificere den reviderede udgave, der indeholder et diskriminationsforbud, medfører, at heller ikke denne retskilde beskytter mod diskrimination som følge af foreningsforhold under ansættelsen.

EMRK beskytter den positive foreningsfrihed, jf. art. 11, samt i medfør af EMD’s praksis også den negative foreningsfrihed. Det accessoriske diskriminationsforbud i art. 14 kan - sammenholdt med EMD’s dynamiske fortolkningsstil og gentagne

¹¹⁶ Swedish Engine Drivers, pr. 45

¹¹⁷ Belgian Police, pr. 44 og Swedish Engine Drivers, pr. 45

¹¹⁸ Belgian Police, pr. 48-49 (flertallet) og Swedish Engine Drivers, pr. 46-48

¹¹⁹ Sigurjónsson, pr. 25. Sagen gennemgås i afsnit 4.1.3

henvisninger til, at EMRK er “et levende instrument” - føre til en beskyttelse mod diskrimination på grund af fagforeningsforhold, også under ansættelsen. Sammenholdt med individers klageadgang til EMD, yder EMRK således den bedste beskyttelse.

3 Analyse af beskyttelsen i praksis

Dette afsnit undersøger indledningsvist nationale afgørelsesorganers stillingtagen til, om der gælder en beskyttelse mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold under ansættelsen, herunder særligt hvilke af de netop gennemgåede retskilder, der inddrages i afgørelsen heraf.

Grundet specialets fokus på de tilfælde, hvor der foreligger en overenskomst, analyseres dernæst de kollektive overenskomster, herunder særligt i hvilket omfang disse indebærer forskelsbehandling af uorganiserede.

3.1 Afgørelser

Selvom voldgiftskendelser normalt kun har betydning for det overenskomstområde, som kendelsen vedrører¹²⁰, gør specialets fokus det naturligt at inddrage praksis fra faglig voldgift.

Herunder analyseres derfor i tidsmæssig kronologisk rækkefølge to afgørelser fra faglig voldgift, en utrykt byretsdom samt en højesteretsdom.

Disse afgørelser er udvalgt, idet de alle omhandler en mulig beskyttelse mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold under ansættelsen.

3.1.1 FV 2012.0033 (Refusion i forbindelse med barsel og uddannelse)

Twisten i denne sag vedrørte Emballageoverenskomsten, som indeholder henholdsvis en Socialfond og en Uddannelsesfond.¹²¹ Arbejdsgiveren skal betale bidrag til de to fonde for samtlige ansatte, men fondene refunderer kun arbejdsgiverens udgifter til henholdsvis supplerende betaling under barsel og betaling under to ugers uddannelse for ansatte, der er medlemmer af de overenskomstbærende forbund.

Voldgiftsretten kunne ikke nå til enighed eller finde flertal for en afgørelse, hvorfor afgørelsen blev truffet ved opmandskendelse afsagt af det udvidede formandskab bestående af tre højesteretsdommere.

For så vidt angik **Socialfonden** var parterne enige om, at arbejdsgiveren ikke efter overenskomsten var forpligtet til at udbetale supplerende løn til uorganiserede under disses barselsorlov, hvorfor de alene var berettigede til betaling svarende til barselsdagpengesatsen.

På vegne af arbejdsgiver argumenterede Dansk Industri (DI) imidlertid for, at det var i strid med barselsudligningsloven, at arbejdsgiveren ikke kunne få refusion, såfremt arbejdsgiveren alligevel valgte at betale supplerende løn også til uorganiserede.

¹²⁰ Jens Kristiansen, Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret, s. 299

¹²¹ Emballageoverenskomstens afsnit 10 og 17

Det følger af barselsudligningslovens § 5, stk. 1, at:

“Arbejdsgivere kan undtages fra loven for de lønmodtagere, der er tilsluttet en godkendt decentral barselsudligningsordning, som skal opfylde følgende krav:

[...]

4) alle lønmodtagere, som under barsel får løn, der overstiger barselsdagpengene, skal udløse refusion til deres arbejdsgivere”.

Heroverfor anførte lønmodtagersiden ved 3F Industri og HK/Privat (3F/HK), at “Overenskomstens refusionsret er knyttet til de tilfælde, hvor arbejdsgiveren efter overenskomsten har pligt til at betale sygeløn under barsel m.v. At en arbejdsgiver måtte vælge at yde betaling til uorganiserede i videre omfang, end overenskomsten forpligter til, er arbejdsgiverens eget valg.”¹²² (mine understregninger)

Sammenholdt med lovens bestemmelse, gælder denne “alle lønmodtagere, som under barsel får løn, der overstiger barseldagpengene...”. Loven skelner *ikke* mellem om den højere løn udbetales som følge af en pligt eller et valg.

Opmændene bemærkede hertil,

“... at barseludligningsloven har til formål at sikre, at alle lønmodtagere er dækket enten af en decentral barseludligningsordning eller af den obligatoriske lovbaserede ordning, således at de arbejdsgivere, der i henhold til overenskomst eller individuel aftale betaler løn under barsel, har ret til refusion.”¹²³ (min understregning).

3F/HK’s argument, om at refusionsretten var bundet op på den overenskomstmæssige betalingspligt, blev således underkendt.

3F/HK havde dog bestridt, at refusionsordningen var i strid med barselsudligningsloven, “allerede fordi ordningen er godkendt i henhold til lovens § 5 og dermed undtaget fra loven ...”.¹²⁴

Hertil anførte opmændene, at

“Der er ikke noget til hinder for, at visse lønmodtagere hos en arbejdsgiver er omfattet af en decentral ordning, mens andre ikke er det. Er dette tilfældet, vil den decentrale ordning imidlertid kun kunne godkendes efter lovens § 5 for så vidt angår de omfattede medarbejdere, mens de medarbejdere, der ikke er omfattet, vil blive omfattet af den lovbaserede ordning.”¹²⁵

Opmændene lagde til grund, at hverken DA eller Familiestyrelsen var opmærksom på begrænsningen i refusionsretten efter Emballageoverenskomsten, da barselsfonden blev godkendt og dermed undtaget fra barselsudligningsloven.

Opmændene fandt dog ikke, at det problem der måtte være opstået som følge af den fejlagtige godkendelse, skulle løses ved en udvidelse af retten til refusion efter overenskomsten - og gav herefter 3F/HK medhold.

¹²² FV 2012.0033, s. 18

¹²³ Ibid., s. 20

¹²⁴ Ibid., s. 18

¹²⁵ Ibid., s. 20

For så vidt angik **Uddannelsesfonden** var tvisten todelt: Havde der udviklet sig en overenskomstmæssigt bindende praksis, hvorefter arbejdsgiveren - også til uorganiserede - skulle udbetale fuld løn, når disse udnyttede overenskomstens mulighed for mindst to ugers frihed til uddannelse? Såfremt dette var tilfældet, var det så i strid med foreningsfrihedsloven, at arbejdsgiveren alene fik refusion fra fonden for udgifterne til de ansatte, der var medlem af de overenskomstbærende forbund?

Ad fuld løn under to ugers uddannelse til alle

DI argumenterede for, at det fulgte af praksis udviklet på baggrund af overenskomsten, at samtlige ansatte under overenskomsten kan kræve to ugers betalt frihed om året til relevant uddannelse, idet Emballageoverenskomsten er en områdeoverenskomst, hvorfor dens bestemmelser skal overholdes for alt arbejde underlagt overenskomsten.

3F/HK tilsluttede sig, at retten til to ugers frihed til uddannelse gælder "alle, der udfører arbejde under overenskomsten."¹²⁶ Men denne overenskomstbestemmelse udtaler sig ikke om retten til betaling, ifølge 3F/HK, som i stedet mente, at den mangeårige praksis om betaling af fuld løn var udviklet på baggrund af refusionsbestemmelsen, som siger at forbundets medlemmer skal sikres deres normale løn.

Da arbejdsgiveren således selv vælger, om der skal betales fuld løn under uddannelse til uorganiserede, afgør arbejdsgiveren, om det skal være dyrere at sende en uorganiseret på uddannelse som følge af den manglende refusion fra Uddannelsesfonden. Allerede af den grund fandt 3F/HK derfor ikke, at ordningen kunne stride mod foreningsfrihedsloven.

Efter indledningsvist at have tilsluttet sig DI's betragtninger i forhold til områdeoverenskomster, fastslog opmændene imidlertid, at den udviklede praksis med at betale løn under frihed til uddannelse til alle ansatte medførte, at denne praksis var overenskomstmæssigt forpligtende - også i relation til uorganiserede.

Opmændene underkendte dermed argumentet om, at arbejdsgiveren selv vælger, hvor dyrt det bliver, at en uorganiseret udnytter sin ret til to ugers uddannelse.

Ad hvorvidt refusion forbeholdt medlemmer strider mod foreningsfrihedsloven

DI fandt, at betingelsen om medlemskab af de overenskomstbærende forbund savnede saglig begrundelse, da fonden er fuldt finansieret af arbejdsgiverne.

Hertil bemærkede opmændene, at parternes overenskomst siden 1991 havde begrænset arbejdsgiverens mulighed for refusion af løn under uddannelse til medlemmer af de overenskomstbærende forbund, hvilket indebærer, at fondens midler er forbeholdt forbundenes medlemmer.

3F/HK bemærkede, at såfremt arbejdsgiveren skulle være forpligtet til at betale fuld løn også til uorganiserede, var den manglende mulighed for refusion ikke i strid med

¹²⁶ FV 2012.0033, s. 18

foreningsfrihedsloven, idet loven efter sin ordlyd og forarbejder alene beskytter lønmodtagerne “i forbindelse med ansættelse og afskedigelse.”¹²⁷

Dette tilsluttede opmændene sig, og fortsatte:

“Loven er derfor ikke til hinder for, at medlemmer og ikke-medlemmer af en organisation behandles forskelligt under ansættelsen.”¹²⁸

Afgørelsen er i overensstemmelse med det i afsnit 2.1.2 anførte: foreningsfrihedsloven beskytter ikke mod diskrimination under ansættelsen.

DI anførte, at kravet om betaling af bidrag til uddannelsesfonden for alle ansatte, kombineret med at refusion er forbeholdt medlemmer af de overenskomstbærende forbund, tilskynder virksomhederne “til fortrinsvis at ansætte medarbejdere, der er organiseret i et af de overenskomstbærende forbund, ligesom de i forbindelse med opsigelser tilskyndes til fortrinsvis at afskedige sådanne medarbejdere.”¹²⁹

Heroverfor anførte 3F/HK, “At en enkeltstående bestemmelse i en overenskomst isoleret set kan være egnet til at påvirke en arbejdsgivers vurdering af, hvorvidt det er mest fordelagtigt at ansætte en organiseret eller uorganiseret arbejdskraft ...” ikke ændrer ved, “at arbejdsgiveren er forpligtet til at overholde foreningsfrihedsloven.”¹³⁰

Opmændene støttede 3F/HK’s synspunkt, idet de slog fast at:

“En arbejdsgiver er uanset dette ifølge foreningsfrihedsloven forpligtet til at undlade at lægge vægt på foreningsforhold ved ansættelser eller afskedigelser af medarbejdere.”¹³¹

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

For så vidt angår **Socialfonden** kan arbejdsgiver betinge en højere betaling under orlov i forbindelse med familieforøgelse af medlemskab af det overenskomstbærende forbund. Den uorganiserede får i så fald et økonomisk incitament til at blive medlem. Spørgsmålet er herefter, hvornår dette incitament ikke efterlader lønmodtageren med et reelt valg, og dermed udgør en de facto eksklusiv aftale. Dette behandles nærmere i afsnit 3.1.3 nedenfor.

Alternativt kan arbejdsgiveren aflønne de ansatte ens, men bærer i så fald selv udgiften til forskellen mellem barselsdagpengesatsen og den fulde løn for de uorganiserede.

For så vidt angår **Uddannelsesfonden** har arbejdsgiveren ikke noget valg: alle ansatte, der udnytter retten til to ugers uddannelse skal have fuld løn. Men arbejdsgiveren bærer selv lønudgiften til de uorganiserede ansatte.

I de to sidstnævnte tilfælde har de ansattes foreningsforhold direkte betydning for arbejdsgiverens personaleomkostninger.

¹²⁷ FV 2012.0033, s. 19

¹²⁸ Ibid., s. 21

¹²⁹ Ibid., s. 17

¹³⁰ Ibid., s. 19

¹³¹ Ibid., s. 21

Trods DI's tilkendegivelse af, at virksomhederne dermed var tilskyndet til at lægge vægt på foreningsforhold ved ansættelse og afskedigelse, anførte opmændene blot at arbejdsgiverne ifølge foreningsfrihedsloven var "forpligtet til at undlade" at gøre dette.

I teorien løser dette problemet med, at arbejdsgiverne lader økonomiske overvejelser relateret til en lønmodtagers foreningsforhold afgøre ansættelser og afskedigelser. Lader en arbejdsgiver eksempelvis muligheden for at få en højere refusion under en medarbejders senere barsel afgøre, hvem der bliver ansat, vil arbejdsgiveren bryde foreningsfrihedsloven. Den fravalgte ansøger kan herefter rejse krav om en godtgørelse jf. lovens § 4, stk. 2.

I praksis udvandes beskyttelsen dog betydeligt, da det påhviler ansøgeren at bevise, at fagforeningsmedlemskabet var afgørende for arbejdsgiverens beslutning.¹³² "Since it may often be difficult, if not impossible ..." for en ansat at løfte den ligefremme bevisbyrde, anbefaler Ekspertkomiteen under ILO, at der anvendes andre og for lønmodtageren lempeligere bevisbyrderegler.¹³³

Allerede 1982-foreningsfrihedsloven gav ifølge Rehof arbejdsgiverne mulighed for at betale sig ud af lovovertrædelser.¹³⁴ Den aktuelle retstilstand tilskynder fortsat arbejdsgiverne til at spekulere i økonomien: risikoen for at skulle betale en godtgørelse til en fravalgt, uorganiseret ansøger - afvejet i forhold til de øgede udgifter ved at ansætte en uorganiseret.

Udover foreningsfrihedsloven og dennes forarbejder inddrog voldgiftsretten barselsudligningsloven med forarbejder samt overenskomstgrundlaget inklusive parternes fælles forståelse og administration af overenskomsten.

Internationale retskilder blev derimod kun inddraget i det omfang disse blev berørt i forarbejderne til de danske love.

Opmandskendelsen er afsagt 27. november 2012, hvorfor særligt den manglende omtale af EMRK giver anledning til undren. Henset til den store vægt voldgiftsretten lægger på forarbejderne til foreningsfrihedsloven, kan dette muligt tolkes således, at voldgiftsretten tilslutter sig bemærkningerne til 2006-foreningsfrihedsloven, om at man med lovændringen opfylder dommen fra EMD og dermed EMRK.

EU's Charter opnåede traktatsstatus 1. december 2009, men er *ikke* omtalt i kendelsen, hvilket imidlertid kan forklares med, at klager var arbejdsgiver og derfor ikke talte de uorganiseredes sag.

¹³² Se afsnit 2.1.2

¹³³ General Survey 1994, par. 217

¹³⁴ Lars Adam Rehof, U1987B.193, s. 196-197

3.1.2 Retten i Glostrups dom af 28.11.2014 (Bidrags-sagen)

Sagen¹³⁵ vedrørte en områdeoverenskomst indgået mellem en større virksomhed i hotelrengøringsbranchen og 3F. Overenskomsten pålagde virksomheden, at ikke-medlemmer af 3F over lønnen skulle trækkes for et administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten. Bidraget skulle ubeskåret videresendes til 3F.

En ansat, der ikke var medlem af 3F, anlagde sag med krav om tilbagebetaling af de trukne administrationsbidrag, og anførte at opkrævningen af administrationsbidrag hos ikke-medlemmer af 3F stred mod såvel foreningsfrihedsloven som EMRK.

Virksomheden påstod frifindelse.

Lønmodtagersiden ved Fagforeningen 2B (2B) gjorde **principalt** gældende, at opkrævningen af administrationsbidraget var i strid med princippet om foreningsfrihed i EMRK, art. 11 “samt er en indirekte eksklusivbestemmelse i strid med foreningsfrihedslovens § 4c.”¹³⁶

Til støtte herfor anførte 2B under henvisning til foreningsfrihedsloven, at ingen kan “pålægges medlemskab af en bestemt fagforening og kan i sagens natur heller ikke pålægges at betale til en bestemt forening, som man ikke er medlem af.”¹³⁷

Under henvisning til EMRK, art. 11 anførte 2B videre, at “retten til foreningsfrihed i høj grad også [skal forstås] som retten til at stå uden for en forening (negativ foreningsfrihed).”¹³⁸

Heroverfor anførte virksomheden, uden nærmere begrundelse, at bestemmelsen i foreningsfrihedsloven “ikke indebærer et generelt forbud mod indirekte eksklusivbestemmelser.”¹³⁹

Under sagen forklarede virksomheden, at “Ved betaling af administrationsbidraget fik medarbejderen en forsikring, som gav medarbejderne mulighed for at henvende sig til 3F og få juridisk hjælp ...”.¹⁴⁰

3F bekræftede, at “De ansatte, som betalte administrationsbidrag havde de samme rettigheder vedrørende ansættelsesforholdet som medlemmer af 3F.”¹⁴¹

¹³⁵ Retten i Glostrups dom er utrykt og derfor vedlagt i anonymiseret form som bilag 1

¹³⁶ Bilag 1, s. 8

¹³⁷ Bilag 1, s. 7

¹³⁸ Bilag 1, s. 7

¹³⁹ Bilag 1, s. 10

¹⁴⁰ Bilag 1, s. 4

¹⁴¹ Bilag 1, s. 6-7

Virksomheden forklarede desuden, at de ansatte "Som kompensation for bidragsbetalingen til 3F ..." fik et anciennitetstillæg på 7,13 kr. pr. time.¹⁴²

Ifølge virksomheden medførte anciennitetstillægget, at der ingen udgift var forbundet med administrationsbidraget for ikke-medlemmerne af 3F, idet tillægget blev ydet udover overenskomsten, og "ved en arbejdstid på godt 40 timer om ugen og tillagt feriegodtgørelse og pension og fratrukket skat udgjorde tillægget omkring 188,00 kr. pr. måned svarende til administrationsbidraget til 3F."¹⁴³

Indledningsvist havde virksomheden dog forklaret, at de i gennemsnit 700 ansatte oftest var ansat på deltid med en arbejdstid på 80 timer om måneden¹⁴⁴, hvorfor argumentet ikke holder.

Da administrationsbidraget udgjorde godt 40 % af et normalt kontingent til 3F, fandt 2B, at der reelt var tale om kontingent og dermed indirekte medlemskab imod den ansattes udtrykkelige ønske. Den økonomiske stavnsbinding til 3F udgjorde ifølge 2B en omgåelse i strid med foreningsfrihedsloven og EMRK.¹⁴⁵

Virksomheden var uenig og mente ikke, at den obligatoriske betaling kunne sidestilles med et påtvungen medlemskab - hvorfor betalingen heller ikke udgjorde en indirekte eksklusivbestemmelse.¹⁴⁶

Retten afgjorde imidlertid sagen på baggrund af den subsidiære påstand og anførte

"Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til, om bestemmelsen om administrationsbidraget måtte stride mod foreningsfrihedslovens § 4 c og artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention."¹⁴⁷

Subsidiært havde 2B gjort gældende, at opkrævningen af et administrationsbidrag var i strid med art. 1 i EMRK's tillægsprotokol 1 (TP1)¹⁴⁸, ifølge hvilken "Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse ...".

2B anførte, at EMD i Evaldsson¹⁴⁹, under henvisning til TP1, art. 1, havde fundet at opkrævning af et bidrag til fagforeningen via lønnen var "et ulovligt indgreb i ejendomsretten navnlig henset til, at opkrævningen og anvendelsen af midlerne herfra var uigennemskuelig for de pågældende lønmodtagere ...".¹⁵⁰

¹⁴² Bilag 1, s. 4

¹⁴³ Bilag 1, s. 4

¹⁴⁴ Bilag 1, s. 3-4

¹⁴⁵ Bilag 1, s. 8

¹⁴⁶ Bilag 1, s. 10

¹⁴⁷ Bilag 1, s. 13

¹⁴⁸ Bilag 1, s. 9

¹⁴⁹ Se afsnit 4.1.7

¹⁵⁰ Bilag 1, s. 7-8

3F havde under sagen forklaret, at “Både administrationsbidrag og kontingenter gik ind i driften.”¹⁵¹ 3F kunne heller ikke redegøre for, hvor stor en del af det indbetalte beløb, der kom fra ikke-medlemmer.

Retten afgjorde herefter, at

“Da det efter sagens oplysninger ikke er godtgjort, at de månedlige administrationsbidrag, som blev trukket i sagsøgerens løn, stod i rimeligt forhold til de faktiske udgifter, som 3F havde til vedligeholdelse af overenskomsten, og da ordningen efter sagens oplysninger findes at mangle den fornødne gennemsigtighed, finder retten, at opkrævningen af administrationsbidraget - efter det foreliggende - må findes at stride mod art 1 i tillægsprotokollen, således som bestemmelsen fortolkes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.”¹⁵² (mine understregninger)

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

Retten afgjorde sagen på baggrund af EMRK, TP1, der omhandler ejendomsretten. Det havde derfor ikke gjort nogen forskel, om 2B havde påberåbt sig EMRK, art. 14 og EU’s Charter, art. 12 og 21 til støtte for, at administrationsbidraget var i strid med den negative foreningsfrihed i medfør af EMRK, art. 11.

Dommen underkender umiddelbart opkrævningen af administrationsbidrag hos ikke-medlemmer, men som det fremgår af de understregede passager, er dommen yderst konkret begrundet og udelukker således ikke generelt en sådan opkrævning.

I det konkrete tilfælde medførte sammenblandingen af midlerne, og den deraf følgende manglende gennemsigtighed for så vidt angik anvendelsen af de opkrævede beløb, at opkrævningen var i strid med EMRK, TP1, art. 1.

3.1.3 U2015.3210H (Sygeløns-sagen)

Emballageoverenskomsten var igen i fokus i denne sag, men hvor FV 2012.0033¹⁵³ forholdt sig til arbejdsgiverens mulighed for at modtage refusion fra overenskomstens socialfond, blev Sygeløns-sagen anlagt af to ansatte, der som følge af deres manglende medlemskab af de overenskomtbærende forbund blev nægtet ret til sygeløn efter overenskomsten og derfor alene kunne få udbetalt sygedagpengesatsen under sygdom.

Vestre Landsret behandlede sagen i første instans og afgjorde, under henvisning til ordlyden af overenskomsten samt overenskomstparternes forståelse og administration heraf, at der i Emballageoverenskomsten var hjemmel til at forskelsbehandle ansatte, således at deres ret til betaling af sygeløn afhang af deres fagforeningsmedlemskab.

Dernæst forholdt landsretten sig til om denne forskelsbehandling var “i strid med foreningsfrihedsloven, herunder således som den må fortolkes på baggrund af [EMRK, art. 11].”¹⁵⁴

Formuleringen “herunder ...” indikerer, at fortolkningen baseres på andre retskilder end EMRK. Udover praksis fra EMD inddrages imidlertid alene nationale retskilder:

¹⁵¹ Bilag 1, s. 6

¹⁵² Bilag 1, s. 13

¹⁵³ Se afsnit 3.1.1

¹⁵⁴ U2015.3210H, s. 3216

Lønmodtagerne repræsenteret ved Fagforeningen Danmark (FDK) gjorde gældende, at de ansatte objektivt set var udsat for forskelsbehandling begrundet i fagforeningsforhold, idet arbejdsgiveren direkte henviste til deres manglende medlemskab af 3F, som begrundelse for at nedsætte betalingen under deres sygdom til sygedagpengesatsen.

FDK fandt, at foreningsfrihedsloven på baggrund af EMRK, art. 11 og praksis fra EMD skulle fortolkes “således, at den tillige forbyder bestemmelser i en overenskomst, der de facto har karakter af en eksklusivbestemmelse ...”.¹⁵⁵

FDK anførte på den baggrund, at foreningsfrihedsloven begrænser de overenskomstbærende organisationers mulighed for at aftale lukrative særvilkår for egne medlemmer: “Når særvilkårene er egnede til at påvirke valget af fagforening, er der tale om ulovlige eksklusivbestemmelser.”¹⁵⁶

De to lønmodtagere forklarede begge landretten, at de som følge af den lavere betaling under sygdom, havde overvejet at skifte fagforening.

Under henvisning til dels de økonomiske beregninger i sagen, som dokumenterede store forskelle på indtægtsmulighederne under sygdom, dels at også andre bestemmelser i Emballageoverenskomsten hjemler forskelsbehandling i aflønning begrundet i fagforeningsmedlemskab, fandt FDK at det burde indgå med særlig stor vægt, at Emballageoverenskomsten er en områdeoverenskomst, hvorfor det ikke er muligt at indgå en paralleloverenskomst. De ansatte kunne derfor alene opnå den højere sygeløn m.v. ved at melde sig ind i de overenskomstbærende forbund.

Arbejdsgiveren repræsenteret ved Dansk Industri (DI) gjorde heroverfor gældende, at foreningsfrihedsloven hverken efter ordlyd, formål eller forarbejder regulerer “pligt- og rettighedsforhold under ansættelsen”.¹⁵⁷

DI henviste til, at det ved FV 2012.0033¹⁵⁸ blev “fastslået, at foreningsfrihedsloven ikke er til hinder for, at medlemmer og ikke-medlemmer af en organisation behandles forskelligt under ansættelsen.”

Uden nærmere begrundelse herfor, anførte DI herefter, at “Konsekvensen heraf [dom til fordel for lønmodtagerne] vil være, at det bliver væsentligt dyrere for virksomhederne at have medarbejdere ansat, som ikke er medlemmer af et af de overenskomstbærende forbund, og det vil netop være i strid med foreningsfrihedsloven.”¹⁵⁹

Henset til at opmændene i FV 2012.0033 konkluderede, at arbejdsgiverne “uanset dette” (dvs. højere personaleomkostninger til uorganiserede som følge af særvilkår i overenskomsten), ikke må lægge vægt på de ansattes foreningsmæssige tilhørsforhold

¹⁵⁵ U2015.3210H, s. 3214

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ U2015.3210H, s. 3215

¹⁵⁸ Se afsnit 3.1.1

¹⁵⁹ U2015.3210H, s. 3215

ved ansættelse og afskedigelse, er det vanskeligt at se ræsonnementet bag DI's argument, medmindre der heri ligger en indrømmelse af, at arbejdsgiverne handler i strid med såvel foreningsfrihedsloven som voldgiftsrettens afgørelse.

For så vidt angår overenskomstens særvilkår bestred DI, at disse kunne anses for at udgøre en eksklusivaftale og anførte til støtte herfor, at EMD overlader staterne en vid skønsmargin, at betænkning nr. 1220/1991 om inkorporering af EMRK anfører, at domstolene må udvise tilbageholdenhed med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen, at de to lønmodtagere ikke var underlagt noget økonomisk pres som følge af kun at modtage sygedagpenge frem for sygeløn, da de totalt set opnåede en økonomisk besparelse grundet lavere kontingent til FDK sammenlignet med 3F, og at de ansatte individuelt kunne have forhandlet sig til højere betaling under sygdom, ligesom FDK kunne have konfliktet sig til en overenskomst på området.

Landsretten bemærkede efter gennemgang af optakten til 2006-foreningsfrihedsloven, at

“Foreningsfrihedsloven tager efter sin ordlyd og udtrykkeligt efter forarbejderne alene sigte på at beskytte foreningsfriheden i forbindelse med ansættelse og afskedigelse. Foreningsfrihedsloven indeholder derimod ikke et forbud imod forskelsbehandling under ansættelsen.”
Der er ikke holdepunkter for at antage, at foreningsfrihedsloven ikke efter ændringen i 2006 er i overensstemmelse med [EMRK, art. 11]”.¹⁶⁰ (min understregning)

Landsretten tillagde således forarbejderne til foreningsfrihedsloven betydelig vægt og tilsluttede sig lovgivers bemærkninger, om at lovændringen opfyldte dommen fra EMD og dermed EMRK.

Landsretten fandt ikke grundlag for at antage, at EMRK

“... er til hinder for, at manglende medlemskab af en bestemt forening kan have negative konsekvenser under ansættelsesforholdet ...”¹⁶¹ (min understregning)

og konkluderede på den baggrund, at

“Det er herefter ikke i strid med foreningsfrihedsloven, at Emballageoverenskomsten i et vist omfang hjemler en forskelsbehandling under ansættelsesforholdet ...” begrundet i foreningsforhold.¹⁶² (min understregning)

I tilslutning hertil bemærkede landsretten, at forskelsbehandlingen

“... i de konkrete sager, ikke er et udtryk for, at A og B er blevet ramt af en de facto eksklusivbestemmelse i strid med foreningsfrihedsloven, således som denne må fortolkes i lyset af [EMRK, art. 11].”¹⁶³

Til trods for, at landsretten indledningsvist slog fast, at foreningsfrihedsloven ikke forbyder forskelsbehandling under ansættelsen, anes der i dommens præmisser et forbehold gående på, at såfremt denne forskelsbehandling overskrider et ikke nærmere angivet omfang, vil der kunne statueres en de facto eksklusivaftale.

¹⁶⁰ U2015.3210H, s. 3217

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

Højesteret citerede indledningsvist de relevante bestemmelser i foreningsfrihedsloven, dernæst størsteparten af de første to afsnit fra de "Almindelige bemærkninger" til lovforslaget, hvorefter Højesteret oplyste rammen for sagen:

"... om den forskel med hensyn til retten til ydelser under sygefravær, som beror på medlemskab af et af de overenskomstbærende forbund, er i strid med foreningsfrihedsloven, således som loven må fortolkes i lyset af Menneskerettighedskonventionens artikel 11 om foreningsfrihed."¹⁶⁴

Som det fremgår af ordlyden inddrog Højesteret alene EMRK, art. 11 i fortolkningen af foreningsfrihedsloven, som Højesteret "af de grunde, som landsretten har anført", bekræftede *ikke* indeholder et forbud mod forskelsbehandling under ansættelsen.

For så vidt angår EMRK, art. 11 indledte Højesteret med at henvise til Sørensen/Rasmussen, hvori EMD fastslog, at når en ansat tvinges til medlemskab af en bestemt fagforening for at forblive/blive ansat, udgør dette "en krænkelse af selve kernen i foreningsfriheden ...".¹⁶⁵

Højesteret henviste ligeledes til British Rail, pr. 55, hvori EMD redegjorde for, at en trussel om opsigelse, der indebar tab af eksistensgrundlag er en meget alvorlig form for tvang - og at en sådan tvang angriber det absolutte hovedindhold i den frihed, art. 11 garanterer.

Herefter bemærkede Højesteret, at EMD's praksis viser,

"... at det normalt ikke vil være i strid med artikel 11 at tillægge manglende medlemskab af en fagforening andre negative konsekvenser for en arbejdstager, end at den pågældende ikke ansættes eller afskediges ...".¹⁶⁶ (min understregning)

Ifølge Højesteret må udgangspunktet dog modificeres:

"Spørgsmål om forenelighed med artikel 11 vil dog kunne rejses, hvis den forskelsbehandling, der er en følge af det manglende medlemskab af en fagforening, har den virkning, at den reelt tvinger arbejdstageren til at melde sig ind i fagforeningen, herunder navnlig, hvis forskelsbehandlingen har en sådan karakter, at den indebærer en trussel mod arbejdstagerens eksistensgrundlag eller har lignende indgribende karakter."¹⁶⁷ (mine understregninger)

Dermed støttede Højesteret ikke bare op om landsrettens forbehold, men angav også nogle retningslinjer for, hvornår forskelsbehandlingen kunne udgøre en de facto eksklusiv aftale: Når lønmodtagerens økonomi, som følge af forskelsbehandlingen, påvirkes i en grad, der truer eksistensgrundlaget, er lønmodtageren reelt tvunget til at melde sig ind i det overenskomstbærende forbund, hvilket igen medfører, at forskelsbehandlingen udgør en de facto eksklusiv aftale.

Anvendt på den konkrete sag nåede Højesteret dog frem til, at forskelsbehandlingen *ikke* udgjorde en krænkelse af EMRK, art. 11, idet de to uorganiserede på lige fod med mange andre danske lønmodtagere, modtog sygedagpengesatsen under deres sygdom, hvorfor forskelsbehandlingen *ikke* truede deres eksistensgrundlag - ligesom den *ikke* tvang dem til at melde sig ind i de overenskomstbærende forbund.

¹⁶⁴ U2015.3210H, s. 3219

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid.

Der forelå således ikke en tvang som berørte kernen i foreningsfriheden - og derfor ikke en de facto eksklusivaf tale.

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

De to ansatte i Sygeløns-sagen oplevede alene forskelsbehandlingen for så vidt angik differencen mellem sygedagpengesats og den højere sygeløn.

Såfremt forskelsbehandlingen også havde omfattet betaling under barselsorlov, ville det økonomiske incitament til at blive medlem af de overenskomstbærende forbund have været desto større.

Imidlertid er mange danske arbejdstagere henvist til alene at modtage barselsdagpenge under orlov i forbindelse med familieførøgelse, hvorfor det må antages, at Højesteret ville være nået til samme konklusion, såfremt sagen også havde omhandlet en forskel i aflønning under barsel: at forskelsbehandlingen fortsat ikke truede deres eksistensgrundlag, og derfor ikke tvang dem til et medlemskab af en bestemt fagforening, hvorfor den ikke udgjorde en de facto eksklusivaf tale.

Højesteret konkluderer således, at der lovligt kan gøres forskel på medlemmer og ikke-medlemmer, når blot de uorganiserede ikke trues på eksistensgrundlaget. Afgørende for denne vurdering er, ifølge Højesteret, om de uorganiserede modtager den ved lov fastsatte minimumsydelse. Ikke hvor stort et beløb forskellen udgør.

For så vidt angår retskilderne kan det undre, at sagsøger, som denne gang var to uorganiserede lønmodtagere, ikke påberåbte sig art. 12 i EU's Charter og art. 11 i fællesskabets sociale charter. Som anført i afsnit 2.2.3 kan det ikke udelukkes, at kombinationen af disse to retsgrundlag medfører en vis beskyttelse af den negative foreningsfrihed - også under ansættelsen. EU's Charter opnåede traktatstatus 1. december 2009, de to ansatte var sygemeldte i 2011 og 2012, og Højesteret afsagde først dom i Ajos-sagen 6. december 2016, halvandet år efter Højesterets afgørelse i denne sag, hvorfor problematikken om den direkte, horisontale virkning af EU's Charter endnu ikke var afprøvet. Lægges det imidlertid til grund, at Højesteret ville være nået til samme resultat, som i den senere Ajos-sag, havde det ikke gjort nogen forskel, om sagsøger havde inddraget EU's Charter - og EUD under en præjudiciel forelæggelse havde bekræftet, at art. 12 har direkte, horisontal virkning.

Begge instanser forholder sig alene til EMRK, art. 11. Det oplyses ikke, hvorfor de to ansatte i Sygeløns-sagen var imod medlemskab af 3F, men lægges det til grund, at det *ikke* skyldes modvilje mod 3F's "politik, aktiviteter og tilknytning til politiske partier."¹⁶⁸ er EMRK, art. 9 og 10 omhandlende religions- og ytringsfrihed - modsat situationen i British Rail - *ikke* relevante for Sygeløns-sagen.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Jon Fridrik Kjølbro, EMRK for praktikere, s. 1086

¹⁶⁹ Se hertil også Sibson, pr. 29, som gennemgås i afsnit 4.1.2

Som nævnt i afsnit 2.3.4 inddrog EMD i to sager fra 1975 og 1976, omhandlende diskrimination på grund af fagforeningsmedlemskab, det accessoriske diskriminationsforbud i EMRK, art. 14.

Institut for Menneskerettigheder vurderer, at EMRK, art. 14 netop kan blive relevant i sager, hvor staten har en vid skønsmargin og

“Et indgreb, der i sig selv er i overensstemmelse med foreningsfriheden i artikel 11, kan derfor godt være i strid med artikel 11 på grund af, at indgrebet er diskriminerende af natur. Hvis fagforeningsfriheden i en konkret sag ikke er krænket, fordi problematikken ikke berører kernen i foreningsfrihedsbegrebet, er der således ikke noget, der holder Domstolen tilbage i forhold til en artikel 14-vurdering.”¹⁷⁰ (min understregning)

EMRK, art. 14 er dog ikke påberåbt af sagsøger. Henset til at begge instanser når frem til, at der *ikke* er tale om en de facto eksklusivaf tale, hvilket indebærer at forskelsbehandlingen “ikke berører kernen”, kunne det have været interessant at få domstolens vurdering af, om forskelsbehandlingen var i strid med art. 14 sammenholdt med art. 11.

Civilprocessen er imidlertid underlagt dispositionsprincippet og forhandlingsprincippet, hvilket indebærer, at domstolen skal træffe sin afgørelse “inden for den sagsramme, som parterne har fastlagt.”¹⁷¹

DI henviste for landsretten til betænkning nr. 1220/1991, hvori udvalget bemærkede, at domstolene bør “være tilbageholdende med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen.”¹⁷²

Rytter bemærker herom, at danske domstole ikke kan “nøjes med håndhæve, hvad der utvivlsomt eller med stor sikkerhed følger af EMDs praksis.” Dog skal de “samtidig have for øje, at den dynamiske udvikling af EMRKs beskyttelse i første række er en opgave for Domstolen ...”, hvorfor de “ikke [skal] inlade sig på en mere vidtgående retsskabende aktivitet ...”, da de i så fald ville “komme i konflikt med den grundlæggende forudsætning om magtfordelingen ...”.¹⁷³

Såfremt sagsøger havde inddraget EMRK, art. 14, er det derfor yderst tvivlsomt, at de danske domstole ville have udvidet anvendelsesområdet for art. 14 i forhold til EMD's afgørelser fra 1975 og 1976.

I U2013.3306H¹⁷⁴ forsøgte en fagforening sig således med et supplerende anbringende, om at Kommunernes Landsforenings afvisning af at tegne overenskomst med dem, på et område som i forvejen var overenskomstdækket, indebar en tilsidesættelse af EMRK, art. 11 sammenholdt med art. 14. Dette blev afvist af Højesteret.

¹⁷⁰ Udredning nr. 7, s. 80

¹⁷¹ Peter Blume: Retssystemet og juridisk metode, s. 244

¹⁷² Betænkning nr. 1220/1990, s. 14

¹⁷³ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 42

¹⁷⁴ U2013.3306H, s. 3313 og 3314

3.1.4 FV 2017.0120 (Advarsel for at udelukke uorganiserede)

Twisten i denne sag vedrørte berettigelsen af en skriftlig advarsel tildelt en fællestillidsrepræsentant og en tillidsrepræsentant valgt i henhold til Emballageoverenskomsten.

Efter en lokal lønforhandling i foråret 2017, indkaldte tillidsrepræsentanterne alle ansatte til et møde i arbejdstiden med henblik på orientering og afstemning om løntilbuddet. Ved starten af mødet blev de ansatte, der ikke var medlem af 3F, imidlertid bedt om at forlade mødet. Virksomheden tildelte herefter begge tillidsrepræsentanter en skriftlig advarsel for at mobbe kolleger, der ikke var medlem af 3F og for at bryde overenskomstens regler om at fremme et roligt og godt samarbejde samt deres forpligtelser som tillidsrepræsentanter for alle medarbejdere under overenskomsten.

3F nedlagde påstand om, at advarserne skulle annulleres, og at virksomheden skulle anerkende, at den ikke have levet op til sin forpligtelse til at fremme et roligt og godt samarbejde.

Voldgiftsretten kunne ikke finde flertal for en afgørelse, hvorfor afgørelsen blev truffet ved tilkendegivelse fra opmanden. Parterne forligte herefter sagen på baggrund af tilkendegivelsen.

Opmanden fastslog indledningvist, at Emballageoverenskomsten er en områdeoverenskomst, hvorfor

“De valgte tillidsrepræsentanter repræsenterer de medarbejdere, der udgør valggrundlaget. [...] Det betyder, at når tillidsrepræsentanterne forhandler lokalløn, forhandler de på alles vegne. Det følger naturligt heraf, at også alle har krav på en orientering om resultatet af lønforhandlingen og ret til at deltage i en eventuel afstemning herom.”¹⁷⁵ (mine understregninger)

Tillidsrepræsentanterne må derfor ikke skelne mellem medlemmer og ikke-medlemmer for så vidt angår lokallønforhandlingerne.

Opmanden bemærkede, at “denne enkeltstående episode” ikke var omfattet af AT-vejledningens definition af mobning, men konkluderede desuagtet, at advarserne ikke skulle annulleres, idet fremgangsmåden var egnet til at ydmyge og udstille ikke-medlemmerne, hvilket opmanden fandt “i høj grad kritisabelt”.¹⁷⁶

Opmanden gav heller ikke 3F medhold i, at virksomheden ikke havde levet op til sin overenskomstmæssige forpligtelse til at fremme et roligt og godt samarbejde.

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

Det afgørende for sagens udfald var, at der var tale om en *områdeoverenskomst*. Tillidsrepræsentanternes forpligtelser gjaldt derfor i forhold til alle ansatte.

Såfremt der havde været tale om en *medlemsoverenskomst*, ville tillidsrepræsentanterne derimod ikke have haft nogen forpligtelser overfor ikke-medlemmer.

¹⁷⁵ FV 2017.0120, s. 2

¹⁷⁶ Ibid., s. 4

Det er således relevant for analysen af beskyttelsen i praksis at se nærmere på de kollektive overenskomster.

3.2 Kollektive overenskomster

I Bidrags-sagen¹⁷⁷ forklarede 3F, at administrationsbidraget “går til vedligeholdelse af overenskomsten, som kommer alle ansatte til gode uanset organisationsforhold.”¹⁷⁸ (min understregning)

Heroverfor anførte 2B, at det var “3F’s valg at indgå en overenskomst, der dækker alle medarbejdere beskæftiget hos sagsøgte ...”¹⁷⁹, dvs. en såkaldt *områdeoverenskomst*.

2B påpegede, at 3F kunne have valgt at indgå en *medlemsoverenskomst*, hvorefter de alene ville have udgifter til vedligeholdelse af overenskomsten for egne medlemmer.

I Sygeløns-sagen¹⁸⁰ medførte et særvilkår i en områdeoverenskomst, at medlemmer og ikke-medlemmer ikke havde ret til samme betaling under sygdom.

I det følgende undersøges derfor først udbredelsen af særvilkår i områdeoverenskomster, og i tilknytning hertil diskuteres fordele og ulemper ved disse.

Dernæst undersøges udbredelsen af medlemsoverenskomster og i forlængelse heraf diskuteres, om der må forventes en større udbredelse af denne overenskomststype.

3.2.1 Områdeoverenskomster

Som fastslået allerede i Sag nr. 5696 fra 1963 er en arbejdsgiver som udgangspunkt forpligtet til at overholde bestemmelserne i en områdeoverenskomst over for alle ansatte, der udfører arbejde omfattet af overenskomsten. Udgangspunktet kan fraviges, når der er holdepunkter for det modsatte, fx når overenskomsten indeholder særvilkår, dvs. bestemmelser som alene gælder for medlemmer af det overenskomstbærende forbund.

Emballageoverenskomsten er en områdeoverenskomst, jf. dennes § 1 og afgørelserne gennemgået i afsnit 3.1.1 og 3.1.3, som imidlertid også slår fast, at overenskomsten indeholder flere særvilkår: medlemmer af 3F og HK har ret til supplerende betaling under sygdom og barsel, ligesom arbejdsgiveren kan få refusion fra Socialfonden for den ekstra udgift. Arbejdsgiverne har desuden mulighed for at få refusion fra Uddannelsesfonden for lønudgiften til to ugers frihed om året til relevant uddannelse, såfremt den ansatte er medlem af de overenskomstbærende forbund, hvorimod arbejdsgiveren selv må bære udgiften, hvis den ansatte er uorganiseret.

For så vidt angår tillidsrepræsentantens forpligtelser overfor ikke-medlemmer, er det vigtigt ikke at overfortolke FV 2017.0120 i afsnit 3.1.4, om ikke-medlemmers ret til

¹⁷⁷ Se afsnit 3.1.2

¹⁷⁸ Bilag 1, s. 6

¹⁷⁹ Bilag 1, s. 9

¹⁸⁰ Se afsnit 3.1.3

orientering om og ret til at stemme om resultatet af en lokallønforhandling. Emballageoverenskomstens § 3, stk. 21, fastsætter nemlig at "Tillidsrepræsentanten forelægger dog alene forslag, henstillinger og klager fra medlemmer ...". Ikke-medlemmer kan derfor ikke gøre brug af tillidsrepræsentanterne i videre omfang, hvilket er en direkte følge af, at tillidsrepræsentanten "er sin faglige organisations lokale repræsentant på arbejdspladsen."¹⁸¹

Industriens Funktionæroverenskomst er en områdeoverenskomst, jf. dennes § 1, som dog indeholder en "Særregel for handels- og kontorområdet samt laboratorieområdet – 50 pct.-reglen". Reglen betyder, at mindst 50 % af de ansatte på en virksomhed, beskæftiget inden for enten handel- og kontor eller laboratorieområdet, skal være medlem af HK, før HK kan kræve overenskomsten sat i kraft for disse grupper på den konkrete virksomhed.¹⁸² Mens det er forbeholdt HK at kræve overenskomsten sat i kraft, vil overenskomstens bestemmelser imidlertid gælde for alle ansatte, uanset deres fagforeningsmæssige tilhørsforhold, når først dette er sket.

Under FV 2012.0033 vedrørende refusion fra Socialfonden og Uddannelsesfonden anførte 3F/HK overordnet, at "Det er legitimt at gøre det attraktivt at være medlem af den overenskomstbærende organisation."

Det er afgjort mere attraktivt for en lønmodtager at få fuld løn under sygdom samt barsel, fremfor alene at modtage betaling svarende til dagpengesatsen. Særvilkår udgør derfor gode argumenter for et medlemskab af de overenskomstbærende organisationer.

Omvendt medfører særvilkår en større administrativ byrde for arbejdsgiverne, som fx vil være nødsaget til at undersøge muligheden for refusion fra Socialfonden, inden de betaler løn under sygdom til deres ansatte, således at ikke-medlemmer alene får den reducerede sygedagpengesats.

Særvilkår kan desuden medvirke til at skabe splid på arbejdspladsen, idet de synliggør de ansattes fagforeningsmæssige tilhørsforhold.

Splid kan ligeledes opstå, såfremt arbejdsgiveren vælger at aflønne alle ansatte ens, hvorefter medlemmerne af de overenskomstbærende forbund mister den fordel, som medlemskabet burde give dem i kraft af særvilkårene.

Muligvis på baggrund af det netop anførte, er arbejdsgiverforeningerne ifølge Marstal tilbageholdende med at indgå aftaler, der gør forskel på de ansatte, hvorfor særvilkår i områdeoverenskomster er relativt sjældne.¹⁸³

De kendte eksempler på særvilkår vedrører derfor primært "lokaftaler med enkeltstående arbejdsgivere", såsom en lokaftale mellem et vagtselskab og VSL, hvori

¹⁸¹ Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, s. 152

¹⁸² Industriens Funktionæroverenskomst 2017-2020 § 1 samt bilag 1

¹⁸³ Mikael Marstal, "Foreningsfrihedsloven og forskelsbehandling på grund af fagforeningsmæssigt tilhørsforhold", s. 69

det er aftalt “at medlemmer af VSL får et særligt månedligt tillæg efter 7 års ansættelse samt overgår til en lidt højere løngruppe et år før ikke-medlemmer.”¹⁸⁴

3.2.2 Medlemsoverenskomster

Overenskomster med enkeltstående arbejdsgivere kan laves både som områdeoverenskomster, herunder områdeoverenskomster med særvilkår, jf. ovenfor, og som medlemsoverenskomster.

Til forskel fra en *områdeoverenskomst* med særvilkår, gælder en *medlemsoverenskomst i sin helhed* kun for medlemmer af det overenskomstbærende forbund.

En sådan medlemsoverenskomst indgik PROSA fx i 2006, hvor to af en virksomheds tre it-ansatte blev omfattet af overenskomsten. PROSA udtalte herom at “hvis den tredje it-ansatte i virksomheden på et senere tidspunkt vælger at blive medlem af PROSA, gælder overenskomsten selvfølgelig også for ham.”¹⁸⁵

Der findes ingen officiel fortegnelse over virksomhedsoverenskomster, hvorfor det ikke er muligt at udtale sig om omfanget heraf, herunder hvor mange af disse der er medlemsoverenskomster.

Landsdækkende medlemsoverenskomster er der ikke mange af. Den mest kendte er **Lederaftalen**, som alene gælder, hvis den ansatte dels er leder eller på anden vis særligt betroet, dels er medlem af Ledernes Hovedorganisation (LH), Maskinmestrenes Forening eller Dansk Formands Forening.¹⁸⁶

Formandsoverenskomsten mellem Dansk Byggeri og Dansk Formandsforening blev i 2004 ændret, “så den indholdsmæssigt svarer til Lederaftalen [...] dog med enkelte fravigelser/tilføjelser.”¹⁸⁷

Sammenholdes de to overenskomster, konstateres det, at ordlyden af de fleste bestemmelser er identisk, dog benævnes de omfattede funktionærer henholdsvis Lederne og formændene, ligesom Lederaftalen åbner mulighed for at denne kan suppleres eller fraviges, forudsat at sådanne aftaler godkendes af DA og LH.¹⁸⁸

Begge overenskomster indeholder regler for organisationsmæssig behandling af faglige uoverensstemmelser i form af lokal forhandling, mægling og voldgift, men herudover har parterne i Lederaftalen etableret et afskedigelsesnævn til behandling af tvister vedrørende uberettiget afskedigelse eller bortvisning: Ledernævnet.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Mikael Marstal, “Foreningsfrihedsloven og forskelsbehandling på grund af fagforeningsmæssigt tilhørsforhold”, s. 68

¹⁸⁵ <https://www.prosa.dk/artikel/overenskomster-i-smaa-virksomheder-det-kan-godt-betale-sig/>

¹⁸⁶ Lederaftalen, note til § 3

¹⁸⁷ Formandsoverenskomsten, s. 3

¹⁸⁸ Lederaftalen § 2

¹⁸⁹ Ibid., §§ 19 og 21

Fælles for de to overenskomster gælder desuden, at en funktionær omfattet af Lederaltalen eller Formandsoverenskomsten, *ikke* omfattes af en eventuel kollektiv overenskomst for menige ansatte.¹⁹⁰ Noterne henviser til forarbejderne til 2006-foreningsfrihedsloven, hvor beskæftigelsesministeren bekræftede, at lovændringen ikke berørte “princippet om og afgrænsningen af, at arbejdsledere ikke kan omfattes af virksomhedens kollektive overenskomster for menige medarbejdere ...”.¹⁹¹

Lederaltalen og Formandsoverenskomsten erstatter således en eventuel anden overenskomst, i det omfang disse aftaler selv regulerer de ansættelsesretlige forhold. Hvor Lederaltalen og Formandsoverenskomsten *ikke* har fastsat regler, følges “det for virkeområdet gældende”¹⁹², fx vedrørende ret til frihed og barsel. Eksempelvis angiver begge overenskomster, at lønnen skal aftales individuelt. Dermed kan bestemmelserne om løn i de “menige ansattes” overenskomst *ikke* finde anvendelse for lederne/formændene.

Lederaltalen og Formandsoverenskomsten er primært kendt for den ekstraordinære godtgørelse ved afsked, svarende til 3 måneders løn, som ydes udover en eventuel godtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2a.

Betydningen af medlemsfordelen svækkes imidlertid af den række betingelser, der skal være opfyldt, før lederen/formanden er berettiget til godtgørelsen: opsigelsen skal være afgivet af arbejdsgiveren, efter at lederen/formanden har været uafbrudt beskæftiget i virksomheden i mindst 10 år, ligesom lederen/formanden på opsigelsestidspunktet skal være fyldt 50 år - og ikke må fylde 65 år forud for sin fratrædelse.

En sidste landsdækkende medlemsoverenskomst er spillefilmsoverenskomsten indgået mellem Foreningen af Danske Spillefilmsproducenter og Danske Dramatikeres Forbund. Overenskomstens “§ 1 Gyldighedsområde” bestemmer i punkt 1.1, at “Denne overenskomst gælder for de aftaler [...], der indgås mellem Danske Spillefilmsproducenter og manuskriptforfattere, der er medlemmer af Danske Dramatikeres Forbund.” Spillefilmsoverenskomstens regler om bl.a. kontraktindgåelse, honorering for udført arbejde, dækning af udgifter, rettighedsafgivelse og løsning af tvister, gælder derfor kun, hvis forfatteren er medlem af Danske Dramatikeres Forbund. Har en forfatter valgt at stå uden for Danske Dramatikeres Forbund, må forfatteren selv forhandle med spillefilmsproducenten om de vilkår, der skal gælde for samarbejdet.

Det kan umiddelbart undre, at der ikke findes flere medlemsoverenskomster. Ved at indgå områdeoverenskomster forærer overenskomstparterne jo en lang række rettigheder til de uorganiserede.

At medlemsoverenskomsterne er så sjældne, skyldes primært, at “Ved medlemsoverenskomster er arbejdsgiveren i princippet frit stillet med hensyn til at

¹⁹⁰ Lederaltalen § 4 / Formandsoverenskomsten s. 5

¹⁹¹ L 153, Svar på spørgsmål 6

¹⁹² Lederaltalen § 9 / Formandsoverenskomsten s. 9

antage en uorganiseret lønmodtager til ringere løn- og arbejdsvilkår end overenskomstens mindstevilkår.”¹⁹³

Dette eksemplificeres ved Solistoverenskomsten indgået mellem Dansk Artist Forbund, Dansk Musiker Forbund, Dansk Solistforbund og Solistforeningen af 1921 på den ene side og DR på den anden side: “Overenskomsten er formelt en medlemsoverenskomst, men dækker i praksis - via en bestemmelse om at DR ikke må engagere ikke-medlemmer på ringere vilkår - hele solistområdet.”¹⁹⁴

Som anført af Marstal, er det endvidere “En forudsætning for at den danske model virker [...] at de forhandlingsberettigede organisationer har den fornødne legitimitet i forhandlingerne.”¹⁹⁵ Heri ligger ifølge Marstal, at organisationerne skal repræsentere det overvejende flertal af lønmodtagerne. De traditionelle organisationers faldende medlemstal opvejes “i en vis grad af, at der forhandles områdeoverenskomster ...”.¹⁹⁶ Kombineres de faldende medlemstal imidlertid med enten øget brug af særvilkår i områdeoverenskomsterne eller øget udbredelse af medlemsoverenskomster, vil dette kunne føre til krav om parallelloverenskomster fra de organisationer, som hidtil ikke har været overenskomstbærende.

Arbejdsgiverne har dog “en berettiget interesse i at kunne administrere efter et ensartet regelgrundlag, når der er tale om identiske arbejdsfunktioner.”¹⁹⁷ Arbejdsgiverne er derfor ikke interesseret i at skulle forhandle overenskomster med flere lønmodtagerparter for samme type arbejde.

3F’s forklaring i Bidrags-sagen¹⁹⁸ illustrerer, at rene medlemsoverenskomster heller ikke vil være i lønmodtagerorganisationernes interesse, idet disse - modsat områdeoverenskomsterne - ikke kan opfylde en række formål, herunder at hindre social dumping samt sikre lige konkurrencevilkår i den branche, som overenskomsten dækker.

Endelig er der lovgivers interesse i så vidt muligt at overlade reguleringen af arbejdsmarkedet til overenskomstparterne. En øget brug af særvilkår eller medlemsoverenskomster, vil medføre en tilsvarende stigning i restgruppen af lønmodtagere uden (fuld) overenskomstdækning, idet de ikke - som ved områdeoverenskomster uden særvilkår - omfattes af (alle) overenskomstens regler, når de ikke er medlem af det overenskomstbærende forbund. Dette kan “medføre et øget politisk ønske om at lovgive om forhold, der traditionelt reguleres i overenskomsterne ...”.¹⁹⁹

¹⁹³ Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, s. 212

¹⁹⁴ <https://www.dmf.dk/raadgivning/loenogansaettelse/overenskomster/dr/solistoverenskomst/>

¹⁹⁵ Mikael Marstal, “Foreningsfrihedsloven og forskelsbehandling på grund af fagforeningsmæssigt tilhørsforhold”, s. 68-69

¹⁹⁶ Ibid., s. 69

¹⁹⁷ Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, s. 214

¹⁹⁸ Bilag 1, s. 6

¹⁹⁹ Mikael Marstal, “Foreningsfrihedsloven og forskelsbehandling på grund af fagforeningsmæssigt tilhørsforhold”, s. 69

Når der lovgives om ansættelsesretlige emner, giver loven ofte mulighed for, at lovens regler kan erstattes, ved at disse indarbejdes i overenskomsten. Overenskomstparterne aftaler sig ud af loven, hvorefter loven alene gælder for lønmodtagere uden overenskomstdækning.²⁰⁰

For så vidt angår implementeringen af EU-direktiver fremgår det af EUD's praksis, at medlemsstaterne kan overlade det til arbejdsmarkedets parter at implementere direktiver, dog skal medlemsstaten sikre alle arbejdstagere den tilsigtede beskyttelse.

Lovgivers interesse i at indrette lovgivningen - herunder vedrørende implementering af EU-direktiver - så loven kan fraviges ved kollektiv overenskomst, må antages at aftage, såfremt fravigelsesmuligheden reelt kun vedrører et begrænset antal lønmodtagere.

På baggrund af det anførte, anses det ikke for sandsynligt, at overenskomster i stigende omfang vil blive aftalt som medlemsoverenskomster.

3.3 Sammenfatning

Såvel den fagretlige praksis som afgørelserne fra domstolene afviser, at privatansatte lønmodtagere nyder beskyttelse mod forskelsbehandling på grund af foreningsforhold under ansættelsen - dog med det forbehold, at såfremt forskelsbehandlingen udgør en *trussel mod lønmodtagernes eksistensgrundlag*, vil der være tale om en de facto eksklusiv aftale, hvilket er forbudt efter foreningsfrihedsloven og EMRK, art. 11.

For så vidt angår situationen hvor *arbejdsgiverne pålægges øgede udgifter* til uorganiserede ansatte under ansættelsen, fastslår FV 2012.0033, at foreningsfrihedsloven er til hinder for, at arbejdsgiverne lægger vægt på foreningsforhold ved ansættelser og afskedigelser.

Overordnet set er det bemærkelsesværdigt, at ingen af afgørelserne inddrog EU's Charter eller andre internationale retskilder, bortset fra EMRK, art. 11 og EMRK, TP1. Sandsynligheden, for at danske afgørelsesorganer ville være nået til et andet resultat, selvom eksempelvis EU's Charter, art. 12 og 21 eller EMRK, art. 14 var blevet påberåbt, er dog ikke stor, jf. den store vægt ordlyd og særligt forarbejder tillægges.

Analysen af overenskomsterne indikerer, at forskelsbehandling af uorganiserede hører til sjældenhederne, jf. de få eksempler på særvilkår i områdeoverenskomster og den begrænsede udbredelse af medlemsoverenskomster.

Flere ubekendte faktorer medfører imidlertid, at forskelsbehandling af uorganiserede reelt må antages at forekomme i et større omfang: Dels omfanget af virksomheds-overenskomster indeholdende særvilkår, eller som er indgået som rene medlems-overenskomster. Dels omfanget af forskelsbehandling begrundet i fagforenings-medlemskab på områder helt uden overenskomst.

²⁰⁰ Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, s. 215

Endelig må det antages, at mange sager om forskelsbehandling som følge af foreningsforhold ikke bliver ført, dels grundet de ringe udsigter til at få medhold i, at der gælder en beskyttelse under ansættelsen, dels grundet bevisbyrdereglerne.

4 Er den danske retsstilling i overensstemmelse med vores folkeretlige forpligtelser?

Besvarelsen af dette spørgsmål tager udgangspunkt i en analyse af relevante afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). På baggrund af de analyserede afgørelser vil det derefter blive diskuteret om EMD må forventes at tilslutte sig - eller tilsidesætte - de danske afgørelser.

4.1 Analyse af EMD's afgørelser

Afgørelserne i dette afsnit er udvalgt, da de illustrerer, i hvilket omfang EMD anser den negative foreningfrihed for at være beskyttet af EMRK.

EMD's fortolkningsstil tager udgangspunkt i traktatretskonventionen²⁰¹, som i art. 31 fastslår, at ved fortolkningen af en international traktat, som fx EMRK, lægges størst vægt på ordlyden af bestemmelserne, deres kontekst og formål. Præambelen kan inddrages ved fortolkningen af det overordnede formål.²⁰²

I modsætning til den danske fortolkningsstil, som lægger stor vægt på forarbejder, udgør forarbejderne, sammen med omstændighederne ved traktatens tilblivelse, ifølge traktatretskonventionens art. 32 alene et *supplerende* fortolkningsmiddel, der *enten* kan bekræfte den betydning, der fremkommer ved at anvende retskilderne nævnt i art. 31 *eller* selvstændigt kan fastslå betydningen, når resultatet i henhold til art. 31 vil føre til et flertydigt, uklart eller åbenbart urimeligt resultat.

Hertil kommer EMD's dynamiske fortolkningsstil, "som sigter imod en effektiv rettighedsbeskyttelse i overensstemmelse med rets- og samfundsudviklingen, og derfor ikke er bundet af bestemmelsens historiske forudsætninger og forarbejder. [...] En sådan fortolkningsstil fører ofte, men ikke altid, til en udvidet beskyttelse for individet i forhold til, hvad der ville følge af en traditionel positivistisk fortolkning, som er strengt bundet til bestemmelsens ordlyd og forarbejder."²⁰³

Afgørelserne analyseres derfor i tidsmæssig kronologisk rækkefølge, da dette vil tydeliggøre udviklingen i EMD's fortolkning af beskyttelsen efter EMRK.

4.1.1 British Rail

EMD traf den 13. august 1981 afgørelse i sagerne 7601/76 og 7806/77 - Young, James and Webster v. The United Kingdom (British Rail), hvor tre lønmodtagere var blevet opsagt, fordi de ikke ville melde sig ind i en af de tre fagforeninger, som var omfattet af den eksklusivaftale, British Rail havde indgået efter deres ansættelse.

²⁰¹ BKI nr. 34 af 29/04/1980

²⁰² Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 58 ff.

²⁰³ Ibid., s. 59 ff.

Af dommens gennemgang af sagens baggrund og national ret fremgår dels, at eksklusivaftaler historisk set har nydt stor udbredelse i Storbritannien, dels at skiftende lovgivninger fra 1971 og frem regulerede indgåelsen af eksklusivaftaler, med varierende grad af beskyttelse for lønmodtagerne.

I afsnittet om fakta vedrørende de tre klager nævnes, at de nægtede at respektere eksklusivaftalen, henholdsvis fordi medlemskab af de anførte fagforeninger stred mod Youngs politiske overbevisning, fordi James ikke fandt at fagforeningen varetog medlemmernes interesser på tilfredsstillende vis, samt fordi Webster grundlæggende var modstander af fagbevægelsen.²⁰⁴

I sin afgørelse bemærkede EMD, at alle klagerne var modstandere af fagforeninger²⁰⁵, og at art. 11 trods sit særlige anvendelsesområde skulle ses i lyset af art. 9 og 10²⁰⁶, men fandt det ikke nødvendigt at afgøre, om der var sket selvstændig overtrædelse af art. 9 og 10, idet bestemmelserne var inddraget i overvejelserne vedrørende art. 11.²⁰⁷

Om statens ansvar i medfør af EMRK, art. 1, fastslog EMD indledningsvist:

“... if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation, the responsibility of the State for that violation is engaged.”²⁰⁸

Dernæst tog EMD stilling til, om EMRK, art. 11 var krænket, idet man først undersøgte, om der var sket et indgreb i rettigheden i art. 11, stk. 1.

Ad indgreb

EMD bemærkede indledningsvist, at sagens parter havde argumenteret for og imod at EMRK, art. 11 skulle beskytte den negative foreningsfrihed.²⁰⁹

Efter helt kort at have fastslået, at retten ikke fandt det nødvendigt at besvare dette spørgsmål ved denne lejlighed, anførte EMD's flertal, at selvom det måtte antages, at den negative foreningsfrihed ikke kunne anses for at være nedfældet i EMRK,

“... it does not follow that the negative aspect of a person's freedom of association falls completely outside the ambit of Article 11 [...]. To construe Article 11 [...] as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee ...”²¹⁰

²⁰⁴ British Rail, pr. 34, 37 og 43

²⁰⁵ Ibid., pr. 54

²⁰⁶ Ibid., pr. 57

²⁰⁷ Ibid., pr. 66

²⁰⁸ Ibid., pr. 49

²⁰⁹ Ibid., pr. 51

²¹⁰ Ibid., pr. 52

Trods disse mere overordnede betragtninger understregede EMD, at afgørelsen *ikke* forholdt sig til eksklusivaftaler som sådan, men alene de følger, denne aftaletype havde haft for klagerne i den konkrete sag.²¹¹

EMD fremhævede, at de tre klager blev stillet over for valget mellem *enten* at melde sig ind i en af fagforeningerne omfattet af eksklusivaftalen *eller* miste deres job - samt at de alle tre anså det tvungne medlemskab for et indgreb i deres ret til foreningsfrihed.²¹²

EMD fastslog dernæst, at valget mellem medlemskab eller opsigelse var klart i modstrid med den negative foreningsfrihed, men medgav straks efter, at fagforeningstvung *ikke altid* ville være i modstrid med EMRK.²¹³

EMD angav i forlængelse heraf, *hvornår* fagforeningstvung ville være i modstrid med EMRK:

“However, a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion [...] such a form of compulsion [...] strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11 ...”.²¹⁴ (mine understregninger)

Som det fremgår af understregningerne, begrænsede EMD beskyttelsen mod fagforeningstvung til situationer, hvor indgrebet rammer “kernen” i foreningsfriheden, hvorved ifølge EMD forstås, at tvangen skal udgøre en trussel mod eksistensgrundlaget.

EMD tillagde det særlig betydning, at de tre klager i sagen mistede deres job, fordi de ikke ville respektere en eksklusivaftale, som deres arbejdsgiver indgik, efter at de var tiltrådt.²¹⁵

EMD konkluderede, at dette udgjorde et indgreb i art. 11.²¹⁶

Ad berettiget

EMD undersøgte derpå, om indgrebet var berettiget, jf. EMRK, art. 11, stk. 2:

“Der må ikke gøres andre indskrænkninger i udøvelsen af disse rettigheder end sådanne, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.” (mine understregninger)

EMD antog, at de understregede dele af bestemmelsen var opfyldt.²¹⁷

²¹¹ British Rail, pr. 53

²¹² Ibid., pr. 54

²¹³ Ibid., pr. 55

²¹⁴ Ibid., pr. 55

²¹⁵ Ibid., pr. 55

²¹⁶ Ibid., pr. 55

²¹⁷ Ibid., pr. 60

Herefter gik EMD videre til en prøvelse af, om indgrebet var “nødvendigt i et demokratisk samfund” og udtalte, at “nødvendig” ikke giver samme fleksibilitet som fx “ønskværdig”, at der skal findes en balance som sikrer en fair behandling af mindretal og undgår misbrug af en dominant stilling, samt at enhver restriktion i EMRK’s rettigheder skal være proportional i forhold til det legitime formål, indgrebet begrundes i.²¹⁸

EMD bemærkede, under henvisning til bl.a. organiseringsgraden, at fagforeningerne på ingen måde ville have været forhindrede i at varetage deres medlemmers interesser

“... even if the legislation in force had not made it permissible to compel non-union employees having objections like the applicants to join a specific union.”²¹⁹

EMD konkluderede på baggrund af alle sagens omstændigheder, at den skade, klagerne havde lidt, gik videre end nødvendigt for at opnå en rimelig balance mellem parternes modstridende interesser. Kravet om proportionalitet mellem indgreb og formål var således ikke opfyldt, hvorfor der forelå en krænkelse af EMRK, art. 11.²²⁰

I sin konklusion bemærkede EMD, at selvom der blev taget højde for statens skønsmargin²²¹, opfyldte indgrebet ikke betingelserne i EMRK, art. 11, stk. 2.

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

EMD åbnede med denne 18-3 afgørelse for, at også den negative foreningsfrihed er beskyttet i ansættelsesforhold, i hvert fald når man tvinger allerede ansatte til fagforeningsmedlemskab under trussel om opsigelse.

De tre dissenterende dommere, anført af Max Sørensen, bemærkede, at de *ikke* anså den negative foreningsfrihed for at være beskyttet af art. 11 - og henviste i den forbindelse særligt til forarbejderne samt til ILO’s tradition for at overlade fagforeningsforhold til national lovgivning.²²²

Rytter anser imidlertid ikke flertallets resultat for at være uforeneligt med traktatretskonventionens fortolkningsprincipper, om at ordlyd og formål går forud for forarbejder²²³, idet han tilslutter sig, at “friheden til at melde sig ind i en forening efter eget valg kan blive illusorisk, hvis man samtidig tillader foreningstvang.”²²⁴

Syv dommere fra flertallet anførte i deres supplerende bemærkninger²²⁵, at de anså den negative foreningsfrihed for at være uadskillelig fra dets positive sidestykke, samt at

²¹⁸ British Rail, pr. 63

²¹⁹ Ibid., pr. 64

²²⁰ Ibid., pr. 65

²²¹ Ibid., pr. 65

²²² Ibid., s. 26 (dissens)

²²³ Se afsnit 4.1

²²⁴ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 345

²²⁵ British Rail, s. 24 (dissens)

forarbejdernes ordlyd ikke medfører, at den negative foreningsfrihed var tiltænkt at skulle udelukkes fra virkefeltet for art. 11. Disse syv anførte videre, at art. 11 kan være krænket, selvom afvisningen af at melde sig ind i en forening ikke er begrundet i årsager, der beskyttes af art. 9 og 10:

“In our view, the mere fact of being obliged to give the reasons for one’s refusal constitutes a violation of freedom of association.”²²⁶

Heri ligger en klar afvisning af, at klagerens overbevisning har betydning for vurderingen af om art. 11 er krænket, som dog kun opnåede tilslutning fra syv af de 21 dommere.

4.1.2 Sibson

Den 20. april 1993 traf EMD afgørelse i sagen 14327/88 - Sibson v. The United Kingdom (Sibson), hvor en godschauffør blev stillet over for valget mellem at genindmelde sig i en bestemt fagforening, eller at blive forflyttet til et andet arbejdssted i nærheden, på i det væsentligste uændrede ansættelsesvilkår. Sibson ville ikke acceptere nogen af mulighederne og sagde derfor selv op.

I den efterfølgende sag gjorde han gældende, at statens manglende beskyttelse mod, at han led skade, som følge af hans fravalg af en bestemt fagforening, udgjorde en krænkelse af EMRK, art. 11.

EMD henviste indledningsvist til British Rail, og gentog at en tvang som rammer kernen af foreningsfriheden vil udgøre en krænkelse af foreningsfriheden.²²⁷

Herefter bemærkede EMD, at fakta i de to sager var forskellige: Sibson modsatte sig ikke fagforeningsmedlemskabet som følge af særlige overbevisninger, Sibson var ikke omfattet af en gyldig eksklusivaf tale, og endelig blev Sibson ikke truet med opsigelse og deraf følgende tab af eksistensgrundlag - han blev tilbudt arbejde i nærheden på vilkår, der ikke var væsentligt mindre fordelagtige.²²⁸

Ad indgreb

EMD konkluderede på den baggrund, at Sibson ikke blev udsat for behandling, som ramte kernen af foreningsfriheden, beskyttet af EMRK, art. 11.²²⁹

Da EMD således ikke fandt, at der var sket indgreb i rettigheden i stk. 1, var det overflødigt at forholde sig til stk. 2.

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

I denne 7-2 afgørelse mente de to dissenterende dommere, i lighed med de syv i British Rail dommen, at:

"Protection of freedom of association would be incomplete if it extended to no more than the positive aspect. It is one and the same right that is involved".²³⁰

²²⁶ British Rail, s. 24 (dissens)

²²⁷ Sibson, pr. 29

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid., pr. 29

²³⁰ Sibson, s. 12, pr. 2 (dissens)

Til støtte for, at der var tale om samme rettighed, fremfor en ny rettighed, anførte de, at der alene var tale om fortolkning af bestemmelsen i lyset af ordlyden, konteksten og formålet, jf. traktatretskonventionen - og inddrog dels FN's Verdenserklæring, art. 20, dels Den europæiske Socialpagt, art. 5 med tilhørende praksis og anbefalinger fra Komiteen.

De dissentierende dommere anførte videre, at flertallet, 11 år efter British Rail,

“... not only seem to disregard an evolutive interpretation of [...] art. 11 [...] - in the light of present-day conditions [...]. They also narrow the doctrine of the Court as set forth in the previous case by diluting the concept of compulsion to one of "treatment" and by not considering the pressure exerted on Mr Sibson to join a union against his will, which resulted in a loss of his livelihood, as striking at the very substance of his freedom of association.”²³¹ (mine understregninger)

Disse to dommere mente således, at samfundsudviklingen i de forløbne 11 år berettigede en “nyfortolkning” i tråd med EMD’s dynamiske fortolkningsstil. Ligeledes mente de, at pres (forflyttelse), der fører til tab af eksistensgrundlag er nok - der behøver ikke være tale om tvang (opsigelse).

Flertallets afgørelse er treleddet:

For det første var Sibson ikke grundlæggende imod fagforeninger. Dermed bekræftes synspunktet fremført af British Rail-flertallet: den enkeltes begrundelse for at afvise fagforeningsmedlemskabet har betydning.

For det andet tillægges det betydning, at der ikke var indgået en eksklusivaftale. Umiddelbart skulle man mene, at tvang udøvet *uden* hjemmel i en eksklusivaftale er desto mere alvorlig. Jf. EMD’s praksis om statens skønsmargin²³² er EMD’s prøvelse dog mere intensiv, såfremt medlemsstatens lovgivning tillader eksklusivaftaler. Omvendt er EMD’s prøvelse mindre intensiv, når der som her ikke foreligger en eksklusivaftale.

For det tredje blev Sibson ikke truet på sit eksistensgrundlag. Ifølge flertallet ligger forflyttelse - modsat opsigelse - indenfor tålegrænsen, når det ikke medfører ansættelsesvilkår, der er “significantly less favourable”.

Hvor British Rail satte lighedstegn mellem opsigelse og trussel mod eksistensgrundlaget, udvider Sibson beskyttelsen af eksistensgrundlaget til også at omfatte “væsentligt mindre fordelagtige” ansættelsesvilkår.

4.1.3 Sigurjónsson

Samme år, den 30. juni 1993, afgjorde EMD sag 16130/90 - Sigurjónsson v. Iceland (Sigurjónsson), hvor en taxichauffør’s licens til at køre taxi blev tilbagekaldt, fordi han udmeldte sig af den forening, der administrerede taxilicenser.

²³¹ Sibson, s. 13, pr. 4 (dissens)

²³² Se afsnit 2.3.4

Sigurjónsson anlagde retssag for at få erklæret tilbagekaldelsen ugyldig og vandt sagen, idet betingelsen om medlemskab for at få tildelt en taxilicens ikke havde hjemmel i lov. En sådan lov blev herefter indført.²³³

Under protest indmeldte Sigurjónsson sig igen, men gjorde det klart, at dette skete i modstrid med hans ønsker og interesser.²³⁴

For EMD gjorde han gældende, at den skade han led ved at miste licensen, udgjorde en krænkelse af EMRK, art. 11, ligesom han mente, at art. 9 og 10 var krænkede.²³⁵

Indledningsvist fandt EMD, at foreningen kunne anses for omfattet af art. 11, og at det ikke var nødvendigt at afgøre, om foreningen kunne anses for en fagforening, idet fagforeningsfriheden ikke er en separat rettighed, men blot et aspekt af foreningsfriheden.²³⁶

Ad indgreb

EMD fastslog derpå, at omtalen af EMRK's forarbejder i British Rail ikke kunne udlægges således, at EMD havde tillagt disse afgørende vægt, der var rettere tale om at EMD havde anvendt forarbejderne som en arbejdshypotese.²³⁷ EMD bemærkede, at krav om tvungent medlemskab fastsat ved lov hørte til sjældenhederne i de omfattede stater. EMD fremhævede, at der også internationalt sås en stigende enighed på området og henviste til art. 20 i FN's Verdenserklæring, art. 11 i fællesskabets sociale charter samt art. 5 i Den europæiske Socialpakt og i forlængelse heraf Komiteens udtalelser om at negativ foreningsfrihed er beskyttet og særligt Komiteens kritik af eksklusivaftaler. Endelig henviste EMD til, at det i medfør af praksis fra ILO ville være i strid med ILO 87 og ILO 98 at tillade tvungent fagforeningsmedlemskab foreskrevet ved lov.²³⁸

EMD rundede af med at minde om, at EMRK

“... is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions ...”

hvorfor art. 11

“... must be viewed as encompassing a negative right of association.”²³⁹

EMD konkluderede derpå, at det tvungne medlemskab for at opnå en taxilicens udgjorde en sådan form for tvang, at det ramte kernen af rettigheden beskyttet af art. 11, hvorfor det udgjorde et indgreb.²⁴⁰

²³³ Sigurjónsson, pr. 15

²³⁴ Ibid., pr. 17

²³⁵ Ibid., pr. 29 og 26

²³⁶ Ibid., pr. 30-32

²³⁷ Ibid., pr. 35

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Ibid., pr. 36

Endvidere bemærkede EMD, at art. 11 måtte ses i sammenhæng med art. 9 og 10, idet Sigurjónssons modstand mod medlemskabet delvist skyldtes, at han var uenig i de synspunkter, foreningen arbejdede for.²⁴¹

Ad berettiget

Parterne var enige om, at indgrebet var foreskrevet ved lov og forfulgte et legitimt formål. EMD's prøvelse, af om indgrebet var berettiget, vedrørte derfor alene, om det var nødvendigt i et demokratisk samfund.²⁴²

EMD fremhævede påny, at denne form for tvang var sjælden blandt de omfattede stater, hvorefter argumenterne for det tvungne medlemskab, herunder de interesser foreningen varetog, blev overvejet. EMD konkluderede, at det ikke var bevist, at det tvungne medlemskab var den eneste løsningsmodel. Desuagtet statens skønsmargin var indgrebet derfor ikke nødvendigt.²⁴³

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

Dommen endte 8-1 for krænkelse. Den dissentierende islandske dommer argumenterede, som i British Rail, for, at forarbejderne udelukker, at EMRK, art. 11 beskytter den negative foreningsfrihed.²⁴⁴

Tre af de otte dommere, som stemte for krænkelse, stemte imod krænkelse i Sibson. Sibson blev afgjort kun to måneder forinden, hvorfor en dynamisk fortolkning begrundet i samfundsudviklingen ikke kan begrunde holdningsskiftet.

Det kan derimod sagens fakta:

Hvor der i Sibson ikke var indgået en eksklusivaftale, var der i denne sag tale om et indgreb foreskrevet ved lov og dermed et indgreb foretaget af staten, hvilket medfører en reduceret skønsmargin for staten.

Hvor Sibson alene blev pålagt forflyttelse uden indtægtsnedgang af betydning, blev Sigurjónsson helt frataget sin indtægtsmulighed og dermed sit eksistensgrundlag.

Hvor Sibsons afvisning af medlemskab ikke var begrundet i særlige overbevisninger, var Sigurjónsson uenig med foreningen, hvorfor art. 9 og 10 indgik i vurderingen af, om art. 11 var krænkelse.²⁴⁵

Disse faktiske omstændigheder har dermed stor betydning for, om EMD statuerer krænkelse.

Derudover bør det bemærkes, at flertallet delvist videreførte synspunkterne anført af de to dissentierende dommere i Sibson: dels ved at inddrage de internationale retskilder, dels ved at tage mere konkret stilling til om art. 11 beskytter den negative foreningsfrihed - dog undlod flertallet at tage stilling til Sibson-dissensens udtalelse om,

²⁴¹ Sigurjónsson, pr. 37

²⁴² Ibid., pr. 39

²⁴³ Ibid., pr. 41

²⁴⁴ Ibid., s. 18 (dissens)

²⁴⁵ Ibid., pr. 37

at den positive og negative foreningsfrihed er en og samme rettighed, idet flertallet i stedet bemærkede, at de ikke fandt det nødvendigt i denne sag, at tage stilling til, om den negative foreningsfrihed kunne anses for ligestillet med den positive foreningsfrihed.²⁴⁶

4.1.4 Gustafsson

Den 25. april 1996 afgjorde EMD sag 15573/89 - Gustafsson v. Sweden (Gustafsson), som omhandlede en ejer af en restaurant, som efter at have nægtet at tiltræde en overenskomst blev udsat for blokade og boykot, hvilket medførte at alle leverancer til restauranten ophørte. Han endte med at sælge restauranten, den nye ejer indgik overenskomst, og fagforeningens tiltag ophørte.

I den efterfølgende sag gjorde Gustafsson gældende, at statens undladelse af at beskytte ham mod fagforeningens tiltag udgjorde en krænkelse af bl.a. EMRK, art. 11, idet han ikke alene var modstander af et formelt medlemskab, men også af at deltage i det kollektive aftalesystem: han ønskede ikke at være bundet af en overenskomst. Desuden mente han, at art. 1 i TP1 omhandlende ejendomsretten var krænket.²⁴⁷

Den svenske stat anførte, at EMRK, art. 11 ikke fandt anvendelse, da klageren ikke var tvunget til at melde sig ind i en forening. Han kunne frit vælge mellem enten at melde sig ind i en arbejdsgiverforening eller at indgå en tiltrædelsesoverenskomst, dvs. forpligte sig til at følge den kollektive overenskomst uden at være medlem af arbejdsgiverforeningen. Det faktum at indgåelsen af en tiltrædelsesoverenskomst fratog ham muligheden for frit at indgå aftaler med sine ansatte var ikke beskyttet af art. 11.²⁴⁸

EMD's flertal konstaterede, at der var udøvet betydeligt pres på klageren for at indgå en kollektiv overenskomst, hvorfor klagerens foreningsfrihed var berørt i et vist omfang, og art. 11 fandt anvendelse.²⁴⁹

Derimod fandt EMD, at følgerne af leverancestoppet lå udenfor anvendelsesområdet for TP1, art. 1, idet de udelukkende vedrørte aftaleforhold mellem private parter.²⁵⁰ Rytter udtaler om EMD's afvejning mellem flere parterers rettigheder, at staten normalt ikke "skal blande sig i privates aftaler på den ene parts bekostning [...]. Staten må dog antages at være forpligtet til at intervenere, hvor aftaler som følge af et ulige styrkeforhold mellem parterne (privatpersoner vs. store virksomheder m.v.) på urimelig måde begrænser den svage parts rettigheder."²⁵¹ Følges denne tankerække, er en restauratørs aftaler med leverandører indgået mellem ligeværdige parter, og EMD's afgørelse er derfor korrekt.

²⁴⁶ Sigurjónsson, pr. 35

²⁴⁷ Gustafsson, pr. 36 og 43

²⁴⁸ Ibid., pr. 42

²⁴⁹ Ibid., pr. 44

²⁵⁰ Ibid., pr. 60

²⁵¹ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 105 ff.

Ad indgreb

EMD konkluderede indledningsvist, at staten havde en vid skønsmargin. Dels var der ikke tale om et indgreb fra staten, men eventuelt tilsidesættelse af statens positive forpligtelse til at sikre nydelsen af EMRK's rettigheder. Dels vedrørte sagen et følsomt område med store nationale forskelle.²⁵²

EMD tillagde det afgørende betydning, at klager *ikke* var tvunget til at melde sig ind i en arbejdsgiverforening: han kunne have indgået en tiltrædelsesoverenskomst. EMD fastslog i forlængelse heraf, at art. 11 ikke garanterer en ret til *ikke* at indgå en kollektiv overenskomst.²⁵³

For så vidt angik klagers modstand mod det kollektive aftalesystem, mindede EMD om, at retten til kollektive forhandlinger nyder bred international opbakning, og henviste særligt til art. 6 i Den europæiske Socialpagt, art. 8 i FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder samt ILO 87 og ILO 98.²⁵⁴

EMD fandt på den baggrund ikke, at staten havde tilsidesat sin positive forpligtelse til at sikre retten til foreningsfrihed²⁵⁵, og konkluderede derefter at art. 11 ikke var krænkert.²⁵⁶

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

Sammenlignes denne 12-7 afgørelse med de tre faktorer fremhævet i Sibson- og Sigurjónsson-sagerne, foreligger der her hverken eksklusivaftale eller lovkrav. Klager bliver "kun" udsat for "den svenske model", og som fastslået af EMD har staten derfor en vid skønsmargin.

For så vidt angår eksistensgrundlaget bemærker EMD, at

"... the extent of the [...] damage caused by the union action to the applicant's business may be open to question ..."²⁵⁷,

hvorfor det må lægges til grund, at EMD ikke er overbevist om, at salget af restauranten er en direkte følge af fagforeningens tiltag.

Endelig imødegår EMD spørgsmålet om klagers overbevisning med henvisningerne til de internationale retskilder, som anerkender retten til kollektive forhandlinger. Der sker således en afvejning mellem arbejdsgiverens individuelle rettighed og fagforeningens kollektive rettighed.

Denne afvejning berøres også i dissensen af dommerne Martens og Matscher, som anfører, at særligt ved konflikt mellem den positive og negative foreningsfrihed, har det betydning for vægtningen af rettighederne, hvem der er part i konflikten, idet det kollektive aspekt af den positive foreningsfrihed ikke må glemmes. Det kan derfor få betydning, om det er den negative frihed for en lønmodtager eller en arbejdsgiver, der er

²⁵² Gustafsson, pr. 45

²⁵³ Ibid., pr. 52

²⁵⁴ Ibid., pr. 53

²⁵⁵ Ibid., pr. 54

²⁵⁶ Ibid., pr. 55

²⁵⁷ Ibid., pr. 44

på spil, herunder om parterne i konflikten tilhører “samme lejr”, fx fagforening og lønmodtager, eller kommer fra “forskellige lejre”, fx fagforening og arbejdsgiver.²⁵⁸

Disse to dommere fandt, at det var afgørende, hvilken objektiv effekt fagforeningens tiltag havde. Klager var udsat for tvang til at indgå i det kollektive aftalesystem, hvilket berørte hans ret til negativ foreningsfrihed, fordi det var uforeneligt med et afgørende element i denne ret: hans frihed til at forhandle sine egne ansættelseskontrakter.²⁵⁹

Da retten til kollektive forhandlinger er anset for at være uundværlig for retten til fagforeningsfrihed efter art. 11, må det ifølge disse to dommere modsat gælde, at den negative foreningsfrihed nødvendigvis omfatter retten til *ikke* at blive omfattet af det kollektive aftalesystem²⁶⁰, hvorfor afvejningen mellem de to lejre - individuel arbejdsgiver og fagforening - faldt ud til fordel for arbejdsgiveren.

Dommerne Martens og Matscher fik i varierende grad opbakning fra de øvrige fire dissenterende dommere, men kunne altså ikke finde flertal blandt de i alt 19 dommere for at statuere krænkelse af art. 11.²⁶¹

Otte af flertallets dommere mente derimod slet ikke, at EMRK, art. 11 fandt anvendelse, af samme grund som det samlede flertal endte med at konkludere, at rettigheden ikke var krænkede: der forelå ikke tvang til at melde sig ind i en forening, idet klager kunne indgå en tiltrædelsesoverenskomst - og sidstnævnte er ikke beskyttet af EMRK, art. 11.²⁶²

Der kan således (stadig) konstateres en intern konflikt blandt EMD's dommere for så vidt angår udstrækningen af den negative foreningsfrihed.

4.1.5 Kajanen/Tuomaala

EMD afgjorde den 19. oktober 2000, at sag 36401/97 - Kajanen and Tuomaala v. Finland (Kajanen/Tuomaala) ikke kunne indbringes for EMD. De to klager, der var offentligt ansatte, var blevet uenige med deres arbejdsgiver omkring deres aflønning, og havde forgæves forsøgt at få sagen afgjort ved nationale instanser: förvaltningsdomstolen afviste sagen i 1996, fordi den vedrørte fortolkningen af en overenskomst, og arbejdsdomstolen afviste sagen i 1997, fordi de to klager ikke var medlemmer af en fagforening.²⁶³

Efterfølgende havde förvaltningsdomstolen imidlertid den 31. december 1999 afgjort, at en ansat, som ikke var medlem af en fagforening, havde krav på at få afgjort en strid

²⁵⁸ Gustafsson., bilag d, pr. 8

²⁵⁹ Ibid., bilag d, pr. 5

²⁶⁰ Ibid., bilag d, pr. 6

²⁶¹ Ibid., bilag b, c, e og f

²⁶² Ibid., bilag a

²⁶³ Kajanen/Tuomaala, s. 2

omkring sin aflønning ved en domstol, og når sagen ikke kunne afgøres af arbejdsdomstolen, blev den realitetsbehandlet af förvaltningsdomstolen.²⁶⁴

EMD bemærkede, at klagerne på intet tidspunkt var tvunget til at indmelde sig i en fagforening. Deres manglende medlemskab forhindrede dem, for en tid, i at få deres sag afgjort af en domstol, men dette blev ændret ved afgørelsen fra förvaltningsdomstolen af 31. december 1999.²⁶⁵

EMD fandt på denne baggrund, at

“... the hardship caused to the applicants due to their non-membership in a union cannot be compared with the serious consequences which arose in the [...] Sigurjónsson case ...”

og konkluderede, at der ikke var sket en krænkelse af art. 11.²⁶⁶

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

På tidspunktet for EMD's afgørelse havde de to uorganiserede lønmodtagere fået sagen prøvet - og tabt den. De havde derfor ikke lidt noget økonomisk tab som følge af deres manglende medlemskab, modsat de tidligere sager hvor der er statueret krænkelse.

Omvendt må det formodes, at såfremt klagerne fortsat var blevet nægtet realitetsbehandling, kunne sagen have fået et andet udfald, idet EMD eventuelt ville anse dette for at tvinge dem til medlemskab.

Kjølbro tager afgørelsen til indtægt for, at “konventionen ikke [er] til hinder for, at manglende medlemskab af en bestemt forening har negative konsekvenser.”²⁶⁷

EMD's afgørelse i Sibson²⁶⁸ støtter hans synspunkt, i hvert fald et stykke ad vejen, idet en forflyttelse, som ikke medfører væsentligt mindre fordelagtige vilkår, må tåles ifølge EMD, hvorfor EMRK tillader, at uorganiserede oplever visse negative konsekvenser som følge af deres manglende medlemskab.

4.1.6 Sørensen/Rasmussen

EMD traf den 11. januar 2006 afgørelse i sagerne 52562/99 og 52620/99 - Sørensen and Rasmussen v. Denmark (Sørensen/Rasmussen), hvor to lønmodtagere, som følge af indgåede eksklusivaftaler, blev mødt med krav om at indmelde sig i en bestemt fagforening.

Sagerne adskilte sig fra British Rail, idet Sørensen/Rasmussen var bekendt med eksklusivaftalerne allerede ved deres ansættelse, men de mente ikke desto mindre, at eksklusivaftalerne var et indgreb i deres ret til foreningsfrihed efter EMRK, art. 11.

²⁶⁴ Kajanen/Tuomaala, s. 3

²⁶⁵ Ibid., s. 4

²⁶⁶ Ibid., s. 4

²⁶⁷ Jon Fridrik Kjølbro, EMRK for praktikere, s. 1106

²⁶⁸ Se afsnit 4.1.2

Sørensen var medlem af Danmarks Frie Fagforening og ville ikke skifte til SID, bl.a. fordi han ikke delte deres politiske synspunkter, hvorfor han blev opsagt. Opsigelsen blev prøvet af Vestre Landsret og Højesteret, men begge instanser afviste, at EMD's nyere praksis, herunder Sigurjónsson, Sibson og Gustafsson, med tilstrækkelig sikkerhed fastslog, at den daværende danske foreningsfrihedslov, som tillod eksklusivaftaler, der var lønmodtageren bekendt ved ansættelsen, var i strid med EMRK, art. 11.

Rasmussen var medlem af Kristelig Fagforening, men indmeldte sig i SID, selvom han ikke var enig i deres politiske synspunkter.

EMD gav indledningsvist en generel beskrivelse af baggrunden for eksklusivaftaler på det danske arbejdsmarked og fremhævede, at der havde været nedsat et udvalg som i 2002 havde afgivet betænkning med forslag til ændringer af loven, idet eksklusivaftalerne ikke længere kunne forsvares som følge af den generelle samfundsudvikling, og at

“... the advantages relating to membership of a trade union should in themselves be strong enough reasons to be a member of a trade union.”²⁶⁹

Lovforslaget kunne imidlertid ikke samle flertal i Folketinget - heller ikke i forbindelse med en senere genfremsættelse.²⁷⁰

I sin gennemgang af relevante internationale regler citerede EMD først forarbejderne til EMRK, art. 11, som henviser til eksistensen af eksklusivaftaler i visse stater, hvorefter EMD bemærkede, at kun få af de deltagende stater ved lov tillader eksklusivaftaler.²⁷¹

Dernæst redegjorde EMD udførligt for art. 5 i Den europæiske Socialpagt og i forlængelse heraf, at Komiteen havde påtalt, at dansk lovgivning tillod eksklusivaftaler, hvilket Komiteen fandt krænkede retten til foreningsfrihed.²⁷²

EMD fremhævede ligeledes, at art. 11 i fællesskabets sociale charter

“... provides that every employer and every worker has the freedom to join or not to join professional organisations or trade unions without any personal or occupational damage being thereby suffered by them.”²⁷³

Senere i dommen bemærker EMD, at denne bestemmelse er:

“... of obvious relevance for the interpretation of the scope of Article 12.”²⁷⁴

Koblingen mellem fællesskabets sociale charter, art. 11 og EU's Charter, art. 12 er tidligere berørt i afsnit 2.2.3. I sammenhæng med EU's Charter, art. 12 citerede EMD ligeledes art. 53, som foreskriver, at EU's Charter ikke må fortolkes som en

²⁶⁹ Sørensen/Rasmussen, pr. 22-23

²⁷⁰ Ibid., pr. 27-31

²⁷¹ Ibid., pr. 33-34

²⁷² Ibid., pr. 35

²⁷³ Ibid., pr. 37

²⁷⁴ Ibid., pr. 74

begrænsning af de rettigheder, der anerkendes i EU-retten, folkeretten og af de enkelte medlemsstater.²⁷⁵

Afslutningsvist nævnte EMD kort ILO 87 og ILO 98, men tilføjede at ILO anser eksklusivaftaler for at være underlagt national regulering.²⁷⁶

Klagerne anførte bl.a. at EMRK, art. 11 omfatter en negativ ret til foreningsfrihed på lige fod med den positive ret.²⁷⁷ Såfremt de to ikke kunne anses for ligestillede, argumenterede de for, at rettigheden stadig var krænket, idet de var tvunget til medlemskab under trussel om opsigelse, hvilket rammer kernen af retten til foreningsfrihed.²⁷⁸ Endelig argumenterede de for, at eksistensen af eksklusivaftaler ikke (længere) kunne forsvares i et demokratisk samfund, under henvisning til situationen i størsteparten af de deltagende stater, til at eksklusivaftaler ikke findes i den offentlige sektor, og til at DA's medlemsvirksomheder som hovedregel ikke indgår eksklusivaftaler.²⁷⁹

Staten anførte heroverfor bl.a., at den negative ret omfattet af art. 11 *ikke* kunne anses for at være på lige fod med den positive, idet de henviste til formuleringen af forarbejderne.²⁸⁰ Dernæst gjorde de gældende, at EMD's retspraksis ikke havde ændret sig siden British Rail, hvorfor beskyttelsen af den negative foreningsfrihed kun gælder, hvor eksklusivaftalen indgås *efter* ansættelsen.²⁸¹ Endelig argumenterede de for, at staten burde have en *vid skønsmargin* i spørgsmålet, da der ikke var enighed blandt de deltagende stater og ej heller internt i det danske Folketing.²⁸²

*LO*²⁸³ anførte bl.a., at konsekvensen af at forbyde eksklusivaftaler i værste fald ville blive, at man måtte opgive den danske model og i stedet overlade det til Folketinget at regulere løn og ansættelsesvilkår.²⁸⁴

Efter indledningsvist at have redegjort for sin tidligere stillingtagen til den negative foreningsfrihed, herunder at:

“... the notion of a freedom implies some measure of freedom of choice as to its exercise [...]. Accordingly, Article 11 of the Convention must also be viewed as encompassing a negative right of association or, put in other words, a right not to be forced to join an association [...]. Furthermore, regard must also be had in this context to the fact that the protection of personal opinions guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention is one of the purposes of the guarantee

²⁷⁵ Sørensen/Rasmussen, pr. 37

²⁷⁶ Ibid., pr. 38

²⁷⁷ Ibid., pr. 40

²⁷⁸ Ibid., pr. 41

²⁷⁹ Ibid., pr. 44

²⁸⁰ Ibid., pr. 45

²⁸¹ Ibid., pr. 46

²⁸² Ibid., pr. 48

²⁸³ LO og FTF fusionerede i 2018 og hedder i dag Fagbevægelsens Hovedorganisation (FH), www.fho.dk

²⁸⁴ Sørensen/Rasmussen, pr. 53

of freedom of association, and that such protection can only be effectively secured through the guarantee of both a positive and a negative right to freedom of association [...].²⁸⁵ (mine understregninger)

slog EMD fast, at de *hidtil ikke* havde taget endelig stilling til om den negative foreningsfrihed

“... should be considered on an equal footing with the positive right.”²⁸⁶

EMD ville i princippet ikke udelukke, at de to skulle nyde samme beskyttelse, men fandt at det bedst kunne afgøres *konkret*.²⁸⁷

Endelig fastslog EMD, at det var uholdbart at skelne mellem om en eksklusivaftale var indgået før eller efter ansættelsen. Dette kunne højst udgøre et moment i rettens samlede vurdering af, om konventionen var overholdt.²⁸⁸

Ad indgreb

Sørensen blev opsagt som følge af hans nægtelse af at overholde eksklusivaftalen, og en sådan konsekvens anså EMD for at være

“... serious and capable of striking at the very substance of the freedom of choice inherent in the negative right to freedom of association protected by Article 11 of the Convention.”²⁸⁹ (min understregning)

EMD fandt desuden, at Rasmussen kunne sanses for at være individuelt og væsentligt berørt af eksklusivaftalen, idet han med sikkerhed ville blive opsagt, såfremt han havde udmeldt sig af SID.²⁹⁰

EMD konkluderede, at klagerne var tvunget til at være medlem af SID, og at denne tvang stred mod hovedindholdet af foreningsfriheden, som EMRK, art. 11 garanterer.²⁹¹

Ad berettiget

EMD's undersøgelse, af om indgrebet var berettiget, tog udgangspunkt i overvejelser om at staterne, grundet områdets følsomme karakter og de store nationale forskelle på området, har en vid skønsmargin i forhold til at beskytte foreningsfriheden. Imidlertid fortsatte EMD:

However, where the domestic law of a Contracting State permits the conclusion of closed-shop agreements between unions and employers which run counter to the freedom of choice of the individual inherent in Article 11, the margin of appreciation must be considered reduced.²⁹²

I sin bedømmelse af om staten havde handlet inden for sin skønsmargin, forholdt EMD sig til den danske model og den mangeårige danske tradition for eksklusivaftaler.

²⁸⁵ Sørensen/Rasmussen, pr. 54

²⁸⁶ Ibid., pr. 55

²⁸⁷ Ibid., pr. 56

²⁸⁸ Ibid., pr. 56

²⁸⁹ Ibid., pr. 61

²⁹⁰ Ibid., pr. 62

²⁹¹ Ibid., pr. 64

²⁹² Ibid., pr. 58

Modsat blev der henvist til resultatet fra udvalgsarbejdet, de fremsatte lovforslag og tendensen i de øvrige deltagende stater, særligt at eksklusivaftaler ikke anses for at være afgørende for at sikre fagforeningernes og deres medlemmers interesser.²⁹³

EMD imødegik LO's bekymringer med en bemærkning om, at rigtig mange deltagende stater havde forbudt eksklusivaftaler uden at det havde haft så vidtrækkende konsekvenser som frygtet af LO.²⁹⁴

EMD fremhævede derefter på ny Den europæiske Socialpagt, art. 5 og Komiteens påtale af Danmark, fællesskabets sociale charter, art. 11 samt EU's Charter, art. 12²⁹⁵ og konkluderede:

“In view of the above, it appears that there is little support in the Contracting States for the maintenance of closed-shop agreements and that the European instruments referred to above clearly indicate that their use in the labour market is not an indispensable tool for the effective enjoyment of trade union freedoms.”²⁹⁶

hvorfor EMD fandt, at staten ikke havde opfyldt sin forpligtelse til at beskytte klagernes ret til negativ foreningsfrihed - og at der således var sket en krænkelse af art. 11.

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

EMD forbød ikke eksklusivaftaler, men gjorde det klart, at hvis en stat tillader sådanne, gælder en reduceret skønsmargin i sager om foreningsfrihed.

Ifølge Kristiansen er der “næppe tvivl om, at den reducerede skønsmargin har spillet en væsentlig rolle for dommens resultat.”²⁹⁷

EMD hæftede sig bl.a. ved, at kun få lande tillod eksklusivaftaler. Som udtrykt af Kristiansen er dommen således “et illustrativt eksempel på, hvordan nationale ordninger med særegne træk kan blive nødt til at indpasse sig under en fælles europæisk ordning med bred opbakning [...]. Også selvom spørgsmålet er politisk meget kontroversielt i den pågældende medlemsstat.”²⁹⁸ (min understregning)

Idet Danmark efter ændringen af foreningsfrihedsloven i 2006 ikke længere tillader eksklusivaftaler, antager Kristiansen, at “den danske stat må [...] antages at have den sædvanlige >>vide<< skønsmargin med hensyn til afvejningen af de involverede interesser.”²⁹⁹

Rytter opsummerede i 2006 EMD's praksis således, at EMD *tidligere* havde lagt vægt på, at medlemspligten opstod efter ansættelsen, at det manglende medlemskab truede eksistensgrundlaget, og at der lå principielle årsager bag modstanden mod at blive

²⁹³ Sørensen/Rasmussen, pr. 66-70

²⁹⁴ Ibid., pr. 71

²⁹⁵ Ibid., pr. 72-74

²⁹⁶ Ibid., pr. 75

²⁹⁷ Jens Kristiansen, AT 2005, s. 206

²⁹⁸ Ibid., s. 207

²⁹⁹ Ibid., s. 209

medlem³⁰⁰, mens det *efter Sørensen/Rasmussen* “reelt [synes] anerkendt, at enhver fagforeningstvang griber ind i Artikel 11’s beskyttelse og således kun undtagelsesvis vil kunne retfærdiggøres ud fra tungtvejende modhensyn.”³⁰¹ (mine understregninger)

Den danske dommer tiltrådte i sin dissens flertallets opfattelse af, at der ikke er grundlag for at skelne mellem om en eksklusivaftale er indgået før eller efter ansættelsens start, og anførte, at der ikke skulle lægges mere i EMD’s tidligere afgørelser, end at EMD havde forholdt sig konkret til fakta i de enkelte sager.³⁰² Eksistensen af fx eksklusivaftaler har således fortsat betydning for EMD’s afgørelse, herunder særligt hvilken skønsmargin staten har i den konkrete sag.

For så vidt angår truslen mod eksistensgrundlaget bemærkede EMD, at de to klagerne henholdsvis blev opsagt og med sikkerhed ville blive opsagt, hvorfor EMD konstaterede at de var udsat for tvang.³⁰³ EMD anførte hertil, at man ikke har givet afkald på sin ret til negativ foreningsfrihed, fordi man accepterer et jobtilbud, hvor medlemskab af en bestemt forening er en betingelse for ansættelse.³⁰⁴ EMD begrundede dette med, at såfremt klagerne havde nægtet medlemskab, ville de ikke være blevet ansat - samt at ansøgere ofte befinder sig i en sårbar situation, hvor de gerne accepterer betingelserne for den tilbudte ansættelse.³⁰⁵

For så vidt angår de principielle årsager til modstanden, var EMRK, art. 9 og 10 ikke påberåbt af klagerne, men EMD bemærkede, at et af formålene med foreningsfriheden er at sikre ytrings- og meningsfriheden. For så vidt angik klagerne modstand mod at støtte SID’s politiske synspunkter, bemærkede EMD, at muligheden for at fraskrive sig dette, ikke indebar en nedsættelse af kontingentet, hvorfor klagerne ikke havde nogen garanti for, at de ikke indirekte ville komme til at støtte politiske partier.³⁰⁶ Også i denne sag var klagerne personlige overbevisninger derfor et af flere momenter, som EMD inddrog i afgørelsen af, hvorvidt foreningsfriheden var krænket.

Når Rytter skriver, at “enhver fagforeningstvang” vil gribe ind i art. 11, er det derfor en generalisering, som ikke tager højde for de faktorer, EMD fortsat inddrager i sin vurdering.

Rytter mener, at det som følge af “den stedfundne udvikling”, herunder Sørensen/Rasmussen, “langt fra [er] sikkert, at Gustafsson, ville have fået samme udfald i dag.”³⁰⁷

³⁰⁰ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 347

³⁰¹ Ibid., s. 348

³⁰² Sørensen/Rasmussen, s. 41 (dissens)

³⁰³ Ibid., pr. 61-64

³⁰⁴ Ibid., pr. 56

³⁰⁵ Ibid., pr. 59

³⁰⁶ Ibid., pr. 54 og 63

³⁰⁷ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 352

Rytter henviser særligt til dommer Martens' dissens³⁰⁸, og anfører at tvangen til at indgå kollektiv overenskomst fratog Gustafsson muligheden for at indgå egne aftaler med sine ansatte, ligesom det stred mod hans principielle modstand mod det kollektive system, jf. art. 9 og 10, hvorfor Rytter, jf. "EMDs tidligere principielle udtalelse om, at Artikel 11 både beskytter imod egentlig fagforeningstvang og imod indgreb, som gør foreningsfriheden illusorisk ...", finder, at det havde været nærliggende at statuere krænkelse af art. 11.³⁰⁹

I Gustafsson forelå hverken eksklusivaftale eller lovkrav om medlemskab. Retten til kollektive forhandlinger anerkendes fortsat i samme udstrækning. Der er således intet, der indikerer, at statens skønsmargin skulle være reduceret, heller ikke efter Sørensen/Rasmussen.

I Gustafsson var EMD som nævnt i afsnit 4.1.4 ikke overbeviste om, at salget af restauranten, og dermed Gustafssons tab af indtægtsgrundlag, kunne tilskrives fagforeningens tiltag. I Sørensen/Rasmussen afgang klagerens mulighed for ansættelse direkte af medlemskabet.

I Gustafsson var klager, som anført af Rytter, modstander af at tegne overenskomst, men det er tvivlsomt, om denne overbevisning er nok til at "tippe" sagen til klagers fordel, også efter Sørensen/Rasmussen: Gustafssons modstand mod at tegne en overenskomst skal jo afvejes i forhold til den i konventioner grundfæstede anerkendelse af retten til kollektive forhandlinger, som fx ILO 98, der nyder bred opbakning blandt de deltagende stater.

Som Rytter korrekt bemærkede, kan "tungtvejende modhensyn" retfærdiggøre indgreb. Som anført af Kristiansen ovenfor, må man "indpasse sig under en fælles europæisk ordening med bred opbakning". Følger vi Kristiansens argument, vil den brede europæiske opbakning til retten til kollektive forhandlinger veje tungt. Og EMD vil nå til samme resultat i Gustafsson, også efter Sørensen/Rasmussen.

Der var i alt tre dissenser til Sørensen/Rasmussen: Den dissentierende danske dommer fandt under henvisning til forarbejderne og EMD's tidligere afgørelser ikke, at rækkevidden af den negative foreningsfriheds beskyttelse under EMRK, art. 11 var klarlagt, hvorfor han var uenig i, at der skulle gælde en reduceret skønsmargin.³¹⁰ Ligeledes mente han ikke, at klagerne havde været væsentligt berørt af eksklusiv-aftalerne, dels fordi det ikke er unormalt, at jobansøgere "påtvinges" forskellige vilkår for ansættelse, dels fordi begge kunne have søgt arbejde andetsteds.³¹¹

Som supplement til den danske dissens, gjorde en dommer sig overvejelser om det rimelige i, at ikke-medlemmer nyder godt af de rettigheder, som fagforeningerne har tilkæmpet sig, uden at ville betale til det. Denne dommer fandt, at individets ret til ikke

³⁰⁸ Gustafsson, bilag d

³⁰⁹ Jens Elo Rytter, EMRK og dansk ret, s. 351-352

³¹⁰ Sørensen/Rasmussen, s. 40-42 (dissens)

³¹¹ Ibid., s. 42-44 (dissens)

at være medlem var blevet tillagt for stor vægt i forhold til de kollektive økonomiske interesser på lønmodtagersiden.³¹²

Endelig fandt tre dommere ikke, at Sørensens rettigheder var krænket, idet han alene havde søgt et sommerjob, og kunne have fundet et andet job, der ikke var omfattet af eksklusivaftale, hvorfor de ikke anså hans eksistensgrundlag for at være truet. Modsat den danske dommer fandt dette mindretal derimod, at Rasmussens rettigheder var krænket, idet han havde søgt et fast job i en branche, hvor eksklusivaftaler var udbredte, hvorfor truslen mod hans eksistensgrundlag udgjorde en alvorlig form for tvang.³¹³

Dissenserne argumenterer således for, at retten til foreningsfrihed alene er krænket, såfremt klager fratages ikke blot den konkrete ansættelse - men også muligheden for at blive ansat andetsteds. Dette ville i givet fald indskrænke beskyttelsen af den negative foreningsfrihed, jf. at EMD i sine tidligere afgørelser ikke har tillagt det betydning, i hvilket omfang klager kunne finde anden ansættelse.

4.1.7 Evaldsson

EMD afgjorde den 13. maj 2007 sag 75252/01 - Evaldsson and others v. Sweden (Evaldsson), som omhandlede fem lønmodtagere, der via lønnen blev opkrævet et bidrag til fagforeningens tilsyn med overenskomstens overholdelse, selvom de ikke var medlemmer af nogen fagforening.

Arbejdsgiveren efterkom en anmodning fra de ansatte om at blive fritaget for løntrækket. I henhold til aftalegrundlaget mellem parterne var dette kun muligt, hvis lønmodtagerne var medlem af en anden fagforening. Fagforeningen krævede derfor betalingen genoptaget, hvorefter arbejdsgiverforeningen indbragte sagen for arbejdsdomstolen.³¹⁴

Arbejdsdomstolen fandt, at lønmodtagerne ikke havde været udsat for tvang til at blive medlemmer, at de modtog en ydelse for tilsynsgebyret og at løntrækket derfor ikke krænkede deres rettigheder.³¹⁵

For EMD gjorde lønmodtagerne gældende, at løntrækket krænkede deres rettigheder iht. EMRK, art. 9, 10, 11 og 14 samt TP1, art. 1.

EMD behandlede sagen under TP1, art. 1:

“Enhver fysisk eller juridisk person er berettiget til uforstyrret nydelse af sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de ved lov og folkerettens almindelige principper fastsatte betingelser.”

og fandt herefter ikke, at en selvstændig prøvelse af sagen i henhold til art. 9, 10, 11 og 14 var nødvendig.³¹⁶

³¹² Sørensens/Rasmussen, s. 39 (dissens)

³¹³ Ibid., s. 38 (dissens)

³¹⁴ Evaldsson, pr. 9, 11 og 12

³¹⁵ Ibid., pr. 15

³¹⁶ Ibid., pr. 67

Ad indgreb

EMD fastslog indledningsvist, at løntrækket på 1,5 % til dækning af tilsynsbidrag “berøvede klagerne deres ejendom”, hvorfor sagen var omfattet af TP1, art. 1, 2. pkt.³¹⁷

Idet Sverige har overladt reguleringen af løn og andre arbejdsmarkedsforhold til parterne gennem indgåelse af kollektive overenskomster, og staten ikke fører kontrol med overholdelsen af overenskomsterne, accepterede EMD, at løntræk til dækning af tilsynsbidrag kunne anses for at være i “samfundets interesse”.³¹⁸

Det var ikke bestridt, at løsningsmodellen var “i overensstemmelse med svensk lov”.³¹⁹

Ad berettiget

EMD bemærkede, at et indgreb i ejendomsretten - for at være proportional - må være afbalanceret mellem kravet fra samfundsinteresserne og beskyttelsen af individets rettigheder, og fortsatte:

“The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear an individual and excessive burden.”³²⁰

Under henvisning til oplysningen om, at 250 uorganiserede i 1999 havde fået justeret deres lønninger som følge af tilsynsarbejdet, konstaterede EMD indledningsvist, at klagerne havde fået en vis modydelse for tilsynsbidraget.³²¹

Dernæst bemærkede EMD, at overenskomsten foreskriver, at de obligatoriske tilsynsbidrag skal gå til tilsynsarbejdet, ikke til fagforeningens øvrige aktiviteter.³²²

For EMD havde der været fremlagt adskillige budgetter og regnskabstal m.v., men EMD fandt, at

“... it cannot draw any completely reliable conclusion from the available information as to whether profits have been made from the monitoring activities [...]. Moreover, it cannot be ascertained whether a possible surplus generated by the inspection work has been used to cover part of the costs relating to the Union’s branch activities, i.e., [...] wage negotiations ...”.³²³

EMD hæftede sig derimod ved en udtalelse fra fagforeningens formand, om at tilsynsbidragene

“... carry the costs of the negotiation organisation.”³²⁴

EMD bemærkede, at klagerne havde krav på information, der satte dem i stand til at kontrollere, at tilsynsbidragene modsvarede udgifterne til dette arbejde, og at bidragene

³¹⁷ Evaldsson, pr. 52

³¹⁸ Ibid., pr. 54

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Ibid., pr. 55

³²¹ Ibid., pr. 56

³²² Ibid., pr. 57

³²³ Ibid., pr. 61

³²⁴ Ibid., pr. 61

ikke (også) blev anvendt til andre formål. Særligt fordi de skulle betale bidragene mod deres vilje. EMD fandt ikke, at kravet var opfyldt i sagen.³²⁵

Desuagtet statens vide skønsmargin til at indrette sit arbejdsmarked, fandt EMD at staten havde en positiv forpligtelse til at beskytte klagerens interesser.

Som følge af den manglende gennemsigtighed i fagforeningens tilsynsaktiviteter, forelå der en krænkelse af TP1, art. 1.

Overvejelser på baggrund af afgørelsen

Da sagen er afgjort i medfør af TP1, art. 1, er det nærliggende at sammenligne 7-0 afgørelsen for krænkelse med Gustafsson, der endte 12-7 imod krænkelse.

Den største forskel findes i EMD's stillingtagen til, hvorvidt klager er udsat for "deprivation of possessions": Gustafsson måtte sælge sin restaurant med stort tab - men EMD var *ikke* overbevist om, at det skyldes blokaden. Modsat var der i Evaldsson enighed mellem parterne om, at klagerne blev trukket et beløb i deres løn, som en direkte følge af en aftale mellem arbejdsgiverforeningen og fagforeningen.

Kristiansen bemærker, at EMD ved at afgøre sagen efter TP1 fremfor EMRK, art. 11 valgte "en (lidt) mere forsigtig linje i forhold til de faglige organisationer, hvilket også fremgår af [... dissensen]."³²⁶

I dissensen forklarede dommeren, at hun ville have foretrukket sagen afgjort efter EMRK, art. 11, idet den manglende gennemsækelighed for så vidt angik anvendelsen af de trukne tilsynsgebyrer medførte, at klagerne kunne lægge til grund, at de havde bidraget til de generelle aktiviteter i en forening, med en politisk dagsorden, som de ikke støttede. Der var dog ikke flertal for at lade den manglende gennemsækelighed komme bidragsopkræveren til skade i en sådan udstrækning, at sagen skulle behandles efter EMRK, art. 11, hvorfor dommeren tilsluttede sig de øvrige dommers afgørelse i medfør af TP1, art. 1 - men stadig til klagerens fordel.

Dommeren anførte endvidere, at såfremt Arbetsdomstolen havde ret i, at det følger af EMD's praksis, at alene kernen af den negative foreningsfrihed er beskyttet under art. 11,

"... it might be fair to describe it [EMD's praksis] as somewhat undeveloped and conservative to date."³²⁷

Men medgav også, at denne sag måske ikke var den rette til at udvikle praksis til at omfatte andre situationer end dem, der omfatter tvang eller udøvelse af stort pres.

Afgørelsen i Evaldsson er fra 2007. Det kunne have været særdeles interessant, at få EMD's vurdering af de danske afgørelser, afsagt i perioden november 2012 - juni 2018.³²⁸

³²⁵ Evaldsson, pr. 62

³²⁶ Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, s. 123

³²⁷ Evaldsson, s. 24 (dissens)

³²⁸ Se afsnit 3.1

I mangel heraf vil jeg i næste afsnit - på baggrund af EMD's praksis og de tendenser, der kan udledes heraf, diskutere, om EMD kan antages at ville tilslutte sig - eller tilsidesætte - de danske afgørelser.

4.2 Hvordan ville EMD bedømme de danske afgørelser?

Analysen af EMD's afgørelser dokumenterer, at EMD gradvist har udvidet beskyttelsen af den negative foreningsfrihed i medfør af EMRK, art. 11. Hvor det negative aspekt af foreningsfriheden i 1981 ikke faldt fuldstændigt udenfor bestemmelsen³²⁹, ansås art. 11 i 1993 for at omfatte en negativ ret til foreningsfrihed³³⁰, som flertallet i 2006 principielt ikke ville udelukke skulle nyde samme beskyttelse som den positive foreningsfrihed, idet de dog mente, at det bedst afgøres konkret.³³¹

Følgende faktorer har, jf. afsnit 4.1, betydning for, om EMD statuerer krænkelse af EMRK, art. 11:

1) Hjemmelsgrundlaget for indgrebet, hvilket igen har betydning for statens skønsmargin og dermed intensiteten af EMD's prøvelse.³³²

Idet Danmark afskaffede eksklusivaftaler i 2006, og ingen af de danske afgørelser vedrører indgreb med hjemmel i lov, har staten som udgangspunkt en vid skønsmargin.³³³ Håndhæves foreningsfrihedslovens forbud mod eksklusivaftaler imidlertid ikke, eksempelvis ved at domstolene tillader de facto eksklusivaftaler, må EMD antages at kvittere herfor ved at reducere statens skønsmargin, jf. Sørensen/Rasmussen, pr. 58.

2) Om klager er individuelt og væsentligt berørt af indgrebet.

Det skal hertil erindres, at flere dissenterende dommere har efterlyst en større udvikling i fortolkningen af bestemmelsen, herunder særligt hvilke andre handlinger end tvang og stort pres, der skal anses for at udgøre en krænkelse.³³⁴ Selvom disse dommere udgør et mindretal, taler tiden (dissenserne er i dag henholdsvis 26 og 12 år gamle) - og særligt den samfundsudvikling, der har fundet sted i perioden - for, at det er på tide at "rykke pælene for rækkevidden" af art. 11, for at bruge beskæftigelsesministerens udtryk.³³⁵

3) Om klagers rettigheder efter EMRK, art. 9 og 10 ligeledes er berørt.

En gruppe på syv dissenterende dommere argumenterede i *British Rail* for, at selve det at afkræve klager en begrundelse for at nægte medlemskab udgør en krænkelse af foreningsfriheden.³³⁶ EMD har dog konsekvent tillagt årsagen til klagers modstand

³²⁹ *British Rail*, pr. 52

³³⁰ Sigurjónsson, pr. 35

³³¹ Sørensen/Rasmussen, pr. 54

³³² Se afsnit 2.3.4

³³³ Jens Kristiansen, AT 2005, s. 209

³³⁴ Sibson, s. 13, pr. 4 (dissens) og Evaldsson, s. 24 (dissens)

³³⁵ Se afsnit 2.1.2 om L 153

³³⁶ *British Rail*, s. 24 (dissens)

betydelig vægt i sine afgørelser.³³⁷ EMD foretager således en helhedsvurdering, hvor det taler for at statuere krænkelse af art. 11, såfremt art. 9 og 10 ligeledes er berørt.

En af de fire danske afgørelser, *Bidrags-sagen*³³⁸, blev imidlertid ikke afgjort i henhold til art. 11, men derimod TP1, art. 1. Begrundelsen herfor var, at betaling for en ydelse - her i form af administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten - ikke er det samme som et tvungent medlemskab, når blot der foreligger tilstrækkelig gennemsigthed med anvendelsen af de opkrævede midler, således at det kan konstateres, at disse står i rimeligt forhold til de med ydelsen forbundne udgifter. Idet præmisserne i *Bidrags-sagen* i vidt omfang følger flertallets begrundelse i *Evaldsson*³³⁹, må EMD som udgangspunkt antages at tilslutte sig afgørelsen: Ved manglende gennemsigthed findes opkrævningen i strid med TP1. Kan det derimod dokumenteres, at opkrævningen alene dækker udgifterne til modydelsen, som vel at mærke ikke må sidestilles med tvungent medlemskab, godkendes opkrævningen.

I *Evaldsson* kunne det ikke udelukkes, at opkrævningen dækkede *mere* end blot tilsynsopgaven, hvilket ifølge dissensen talte for, at sagen skulle have været afgjort efter art. 11.³⁴⁰ I *Bidrags-sagen* var der på tilsvarende vis flere indikationer på, at bidraget oversteg udgifterne til vedligeholdelsen af overenskomsten, herunder udtalelserne fra virksomheden og 3F om, at bidraget gav de ansatte en forsikring/samme rettigheder "som medlemmer af 3F".³⁴¹ Som følge af den manglende gennemsigthed i forhold til såvel indbetalingerne som anvendelsen heraf, var det dog ikke muligt at bevise, at lønmodtageren reelt var udsat for tvungent medlemskab, hvilket må antages at være en betingelse for, at sagen skal afgøres efter EMRK, art. 11.

EMD må derfor antages at tilslutte sig afgørelsen i *Bidrags-sagen*.

*FV 2017.0120*³⁴², der omhandlede advarsel til tillidsrepræsentanter for at udelukke uorganiserede fra et informationsmøde om lønforhandlingerne, inddrog ikke EMRK, hvilket kan forklares med, at klagerne var de to tillidsrepræsentanter, ikke deres uorganiserede kolleger. I *Kajanan/Tuomaala*³⁴³ afgjorde EMD imidlertid, at negative konsekvenser som følge af manglende medlemskab af en bestemt forening ikke altid er i strid med EMRK, art. 11.

Kristiansen udtrykker det således: "En forskelsbehandling [af organiserede og uorganiserede] vil formentlig først være et problem i forhold til den negative foreningsfrihed, hvis den får karakter af foreningstvang. Hvornår der foreligger

³³⁷ British Rail, pr. 54 og Sigurjónsson, pr. 37 og Sørensen/Rasmussen, pr. 54 og 63

³³⁸ Se afsnit 3.1.2

³³⁹ Se afsnit 4.1.7

³⁴⁰ Evaldsson, s. 24 (dissens)

³⁴¹ Bilag 1, s. 4 og 6-7

³⁴² Se afsnit 3.1.4

³⁴³ Se afsnit 4.1.5

foreningstvung må - som i dommen om eksklusivaftaler - bero på en vurdering af konkret karakter.”³⁴⁴

EMD sidestillede i British Rail tvang med en situation, som medførte “loss of livelihood”.³⁴⁵ I Sibson bemærkede EMD, at forflyttelsen ikke udgjorde en krænkelse - og dermed ikke ulovlig tvang - fordi den ikke medførte ansættelsesvilkår, der var “significantly less favourable”.³⁴⁶

Ansættelsesvilkårene for de uorganiserede i FV 2017.0120 blev ikke påvirket af tillidsrepræsentanternes adfærd: de blev alene udelukket fra at modtage information, *ikke* lønregulering m.v.

Henset til den forsigtige og gradvise udvikling af beskyttelsen af den negative foreningsfrihed i EMD’s praksis, kan det ikke antages, at EMD ville have statueret krænkelse af EMRK, art. 11, såfremt de uorganiserede kolleger havde indbragt sagen for EMD.

*FV 2012.0033*³⁴⁷, der omhandlede refusion til arbejdsgiver i forbindelse med barsel og uddannelse, inddrog heller ikke EMRK, art. 11. Som i Gustafsson var klager arbejdsgiver.

Afgørelsen fastslog, at arbejdsgiveren alene kunne få refusion for **uddannelsesudgifter**, såfremt den ansatte var medlem af det overenskomstbærende forbund. Afgørelsen foregreb situationen, hvor en lønmodtager nægtes ansættelse (eller afskediges) som følge af arbejdsgiverens øgede personaleomkostninger, ved at slå fast, at arbejdsgiveren ikke må lægge vægt på foreningsforhold ved ansættelse og afskedigelse. I det omfang dette respekteres af arbejdsgiverne, kan EMD ikke antages at statuere krænkelse af EMRK, art. 11 i forhold til *lønmodtagerne*.

For så vidt angår *arbejdsgiverne*, bemærkede dommerne Martens og Matscher i deres dissens i Gustafsson³⁴⁸, at det har betydning for afvejningen mellem den positive og negative foreningsfrihed om konfliktens parter tilhører “samme lejr”, idet de fandt at det var en skærpende omstændighed, når en arbejdsgiver stod overfor en fagforening, idet der var tale om “forskellige lejre”.

Fagforeningen har en interesse i, at alle ansatte er medlemmer, fordi fuld organisering indebærer en stærkere forhandlingsposition over for arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren har ligeledes en interesse i, at ansættelsesvilkårene kan administreres ens for alle, hvilket opfyldes, såfremt alle er organiseret i det overenskomstbærende forbund. Når fagforeningstvung er udelukket, medfører særvilkår i overenskomsten, som indebærer forskellig behandling af medlemmer og ikke-medlemmer, imidlertid at fagforeningen og arbejdsgiveren har modstridende interesser: fagforeningen kan bruge særvilkår som

³⁴⁴ Jens Kristiansen AT 2006, s. 239

³⁴⁵ British Rail, pr. 55

³⁴⁶ Sibson, pr. 29

³⁴⁷ Se afsnit 3.1.1

³⁴⁸ Se afsnit 4.1.4

argument for medlemskab, men for arbejdsgiveren medfører særvilkår større administration og eventuelt også øgede personaleudgifter.

Såfremt dissensen i Gustafsson kan tages til indtægt for en begyndende holdningsændring hos EMD, kan det faktum, at parterne i FV 2012.0033 var en arbejdsgiver og en fagforening og dermed fra “forskellige lejre”, medføre, at EMD vil skærpe sin prøvelse, hvilket taler for, at EMD vil statuere krænkelser. Modsat Gustafsson, hvor arbejdsgiveren stod alene, er overenskomsten i FV 2012.0033 dog forhandlet af en arbejdsgiverforening, hvorfor styrkeforholdet mellem forhandlingsparterne må antages at være i balance, ligesom en kollektiv overenskomst er resultatet af en forhandling, hvor begge parter må antages at være tilgodeset, hvilket taler imod, at EMD’s prøvelse skærpes, selvom parterne kommer fra “forskellige lejre”.

Retten til refusion var baseret på den kollektive overenskomst, og som i Gustafsson³⁴⁹, må EMD antages at lægge betydelig vægt på, at retten til kollektive forhandlinger nyder bred opbakning internationalt, idet den anerkendes i bl.a. Den europæiske Socialpagt, art. 6, FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, art. 8 samt ILO 87 og ILO 98. Afvejningen af arbejdsgiverens og fagforeningens interesser må således, som følge af den særlige status for kollektive forhandlinger, forventes at falde ud til fordel for fagforeningen, hvilket taler imod, at EMD statuerer krænkelser af art. 11. Samlet set må EMD derfor antages at tilslutte sig afgørelsen i FV 2012.0033 for så vidt angår arbejdsgivernes mulighed for refusion.

Set fra *lønmodtagernes* perspektiv slog *FV 2012.0033* desuden fast, at arbejdsgiveren kunne betinge højere betaling under lønmodtagernes **barsel** af medlemskab af det overenskomstbærende forbund. Der er flere sammenfald med *Sygeløns-sagen*³⁵⁰, hvor Højesteret godkendte overenskomstens bestemmelse om, at uorganiserede fik en lavere betaling under **sygdom**. Disse to problemstillinger behandles derfor samlet.

Begge afgørelser godkender forskellig behandling under ansættelsen som følge af fagforeningsforhold, idet de ansatte alene kan få ret til den højere betaling under barsel og sygdom, såfremt de melder sig ind i den overenskomstbærende organisation.

Lønmodtagerens ret til negativ foreningsfrihed skal derfor afvejes overfor fagforeningens ret til kollektive forhandlinger.

I *Sygeløns-sagen* forklarede 3F, at “Målet med overenskomstforhandlingerne er at opnå så gode vilkår som muligt for egne medlemmer.”³⁵¹ Det giver på den ene side god mening, at en fagforening, som argument for medlemskab, kan tilbyde sine medlemmer særlige fordele. På den anden side udelukker fagforeningen de lønmodtagere, som ikke indmelder sig, fra kollektivt at forhandle alternative løsninger, såfremt overenskomsten indgås som områdeoverenskomst, idet denne overenskomststype udelukker parallel-overenskomster.³⁵²

³⁴⁹ Gustafsson, pr. 53

³⁵⁰ Se afsnit 3.1.3

³⁵¹ U2015.3210H, s. 3214

³⁵² U2015.3210H, s. 3214

I den ene, supplerende, dissens til Sørensen/Rasmussen, diskuteredes det rimelige i, at en lønmodtager afviser at betale til den fagforening, som gennem årtiers kollektive forhandlinger har sikret samme lønmodtager bl.a. økonomiske fordele.³⁵³ Som det fremgår af overvejelserne om kollektive overenskomster i afsnit 3.2 er det ikke en løsning, at henvise fagforeningerne til at indgå deres overenskomster som medlemsoverenskomster, da disse eksempelvis ikke hindrer social dumping eller sikrer lige konkurrencevilkår. Henset til at flertallet i Sørensen/Rasmussen slog fast, at en lønmodtager ikke kan tvinges til at være medlem af en fagforening³⁵⁴, kunne en løsning være, at tillade fagforeningerne at indgå områdeoverenskomster med særvilkår for egne medlemmer, hvilket taler for, at EMD ville tilslutte sig de danske afgørelser.

For så vidt angår retten til negativ foreningsfrihed konkluderede begge afgørelser, at foreningsfrihedsloven ikke forhindrer forskelsbehandling af uorganiserede ansatte under ansættelsen.³⁵⁵

I Højesterets vurdering af, om EMRK, art. 11 skulle være til hinder for forskelsbehandlingen, indgik særligt EMD's afgørelser i British Rail og Sørensen/Rasmussen. For så vidt angik EMD's afgørelser i Sibson, Gustafsson og Kajanan/Tuomaala fortolkede Højesteret disse således, at "det normalt ikke vil være i strid med artikel 11, at tillægge manglende medlemskab af en fagforening andre negative konsekvenser for en arbejdstager, end at den pågældende ikke ansættes eller afskediges ...".

Højesteret fandt i forlængelse heraf, at EMRK, art. 11 ikke er krænket, medmindre forskelsbehandlingen reelt tvinger lønmodtageren til at melde sig ind i fagforeningen fordi forskelsbehandlingen har et omfang, der truer eksistensgrundlaget, hvilket ifølge Højesteret ikke er tilfældet, når der udbetales en ydelse svarende til den ved lov fastsatte minimumsydelse.

EMD anførte imidlertid i Sibson, at "væsentligt mindre fordelagtige vilkår" er en faktor, som kan medføre, at behandlingen af en uorganiseret samlet set må anses for at ramme kernen i foreningsfriheden.³⁵⁶ Modsat Højesteret sammenholdt EMD ikke Sibsons indtægtsmuligheder med et lovfastsat minimum, men derimod med de i forvejen gældende ansættelsesvilkår.

Spørgsmålet er herefter, om Højesterets fortolkning af Sibson er for restriktiv? På den ene side ville klagerne i Sygeløns-sagen, uden en konkret aftale, der stillede dem bedre, som fx den kollektive overenskomst, alene være berettiget til ydelsen fastsat i loven. Og mange lønmodtagere er henvist til at klare sig for denne ydelse under barsel og sygdom, hvilket taler imod, at det truer eksistensgrundlaget, at skulle nøjes med denne ydelse. På den anden side var klagerne ansat hos en arbejdsgiver, som var omfattet af en områdeoverenskomst, som indeholdt ret til højere betaling - men denne ret var forbeholdt medlemmerne af det overenskomstbærende forbund, hvilket indebærer, at klagerens ansættelsesvilkår blev forringede, som følge af deres manglende medlemskab.

³⁵³ Sørensen/Rasmussen, s. 39 (dissens)

³⁵⁴ Ibid., pr. 54

³⁵⁵ FV 2012.0033, s. 21 og U2015.3210H, s. 3217

³⁵⁶ Sibson, pr. 29

I det omfang forringelsen af vilkårene må anses for at være væsentlig, taler dette for, at EMD vil statuere krænkelse af art. 11 - til trods for at de ringere vilkår ikke truer eksistensgrundlaget, fordi ydelsen svarer til et lovfastsat minimum.³⁵⁷

Relevant for disse overvejelser er også samfundsudviklingen siden EMD's afgørelse i Sibson i 1993. Således antog Institut for Menneskerettigheder allerede i 2009, at det "I lyset af et mere og mere individualiseret arbejdsmarked må [...] anses som sandsynligt, at Domstolen vil give den negative foreningsfrihed en endnu stærkere beskyttelse i de kommende år."³⁵⁸ Dette taler for, at EMD underkender forskellig betaling under barsel og sygdom alene som følge af fagforeningsmedlemskab.

Klagernes begrundelse for ikke at være medlem af det overenskomstbærende forbund kan i den forbindelse blive afgørende for sagens udfald ved EMD. De to danske afgørelser belyser imidlertid ikke de uorganiseredes motiver.

EMRK's beskyttelse af religions- og ytringsfrihed i art. 9 og 10 har en vis tilknytning til politiske synspunkter, som kan influere på valget af fagforening. Imidlertid er diskrimination på grund af fagforeningsforhold *ikke* omfattet af forskelsbehandlingsloven³⁵⁹, som bl.a. andet forbyder diskrimination på grund af "politisk anskuelse". Dette bekræftede Arbejdsministeren i forbindelse med behandlingen af lovforslaget, jf. udtalelserne om at "lovforslaget ikke vedrører organisationsfriheden ..." som "herhjemme [er] reguleret dels i foreningsfrihedsloven, dels - for det offentlige arbejdsmarkeds vedkommende - af den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning ...".³⁶⁰

Skyldes klagernes modstand mod indmeldelse særlige overbevisninger, således at også deres rettigheder efter EMRK, art. 9 og 10 berøres, øger det sandsynligheden for, at EMD vil statuere krænkelse, idet EMD vil vægte individets ret til foreningsfrihed efter art. 11, set i sammenhæng med art. 9 og 10, tungere end fagforeningens interesse i at forbeholde højere betaling under barsel og sygdom til deres medlemmer.³⁶¹

Ligger der omvendt ingen særlig begrundelse bag fravalget af medlemskab, vil det forudsætte en betydelig udvidelse af beskyttelsen af den negative foreningsfrihed, såfremt EMD skal statuere krænkelse af retten til foreningsfrihed alene som følge af, at en uorganiseret lønmodtager modtager en mindre betaling under barsel og sygdom, når den betaling, der ydes, ikke truer eksistensgrundlaget.³⁶²

En sådan udvidelse af beskyttelsen kan - udover samfundsudviklingen generelt - tænkes begrundet i EMD's stigende tendens til at skele til "praksis fra konventionsorganer

³⁵⁷ Se afsnit 4.1.2

³⁵⁸ Udredning, nr. 7, s. 82

³⁵⁹ Ruth Nielsen, Lov om forbud mod forskelsbehandling, s. 135

³⁶⁰ Arbejdsministerens besvarelse af spørgsmål nr. 10 af 23. februar 1996 fra Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg (L 181 - bilag 11)

³⁶¹ British Rail, pr. 54 og 57 og Sigurjónsson, pr. 37 og Sørensen/Rasmussen, pr. 54 og 63. Se også afsnit 4.1.1, 4.1.3 og 4.1.6

³⁶² Sibson, pr. 29

inden for andre konventionskomplekser, herunder den europæiske socialpagt ...”³⁶³, særligt såfremt praksis fra Komiteen kan begrunde en udvidelse af beskyttelsen i Den europæiske Socialpagt, art. 5³⁶⁴, eller såfremt praksis fra EUD bekræfter horisontal anvendelse af EU’s Charter, art. 12 som i samspil med fællesskabets sociale charter, art. 11 også beskytter mod forskelsbehandling under ansættelsen.³⁶⁵ Endelig kan EMD konkludere, at den lønmæssige forskelsbehandling af organiserede, når disse holder barsel eller er syge, er i strid med det accessoriske diskriminationsforbud i EMRK, art. 14³⁶⁶ og statuere krænkelse af art. 14 sammenholdt med art. 11, hvilket indebærer at beskyttelsen af den negative foreningsfrihed udvides til også at gælde under ansættelsen. Henset til at den enkeltes ret til foreningsfrihed skal afvejes overfor fagforeningernes ret til kollektive forhandlinger, anses det dog ikke for sandsynligt, at EMD vil gå så vidt, førend der kan findes støtte herfor i andre retskilder/praksis fra andre organer kombineret med samfundsudviklingen generelt.

På baggrund af ovenstående kan det ikke udelukkes, at EMD ville tilsidesætte afgørelsen i Sygeløns-sagen og FV 2012.0033 for så vidt angår uorganiserede ansattes ret til betaling under barsel og sygdom, idet sandsynligheden særligt på kort sigt dog er størst, såfremt klagernes rettigheder efter art. 9 og 10 ligeledes er berørt.

4.3 Sammenfatning

Analysen af EMD’s afgørelser dokumenterer, at EMD i stigende grad inddrager flere internationale retskilder i sine afgørelser jf. først dissensen i Sibson og siden flertallene i Sigurjónsson, Gustafsson samt Sørensen/Rasmussen, som også inddrog EU’s Charter, at EMD tillægger disse retskilder større vægt end de nationale instanser, og endelig at EMD anvender en dynamisk fortolkningsstil, der som udgangspunkt ikke tillægger forarbejder nogen særlig vægt.

Diskussionen, af hvorledes EMD kan forventes at bedømme de danske afgørelser, illustrerer, at EMD’s retskildeanvendelse kan føre til andre udfald, jf. det anførte om sandsynligheden for, at EMD ville underkende Højesterets afgørelse i Sygeløns-sagen.

I det omfang den tillader væsentlig forskelsbehandling af lønmodtagere alene begrundet i fagforeningsmedlemskab, når blot forskelsbehandlingen ikke udgør en de facto eksklusivaftale, kan den danske retsstilling således være i modstrid med vores folkeretlige forpligtelser.

I mangel af en nyere afgørelse fra EMD, er der dog alene tale om en teoretisk diskussion, på baggrund af de tendenser der kan udledes af EMD’s tidligere afgørelser, med hensyn til hvilken retning EMD kan tænkes at ville gå i.

³⁶³ Jens Kristiansen, Den kollektive arbejdsret, s. 98

³⁶⁴ Se afsnit 2.3.3

³⁶⁵ Se afsnit 2.2.3

³⁶⁶ Se afsnit 2.3.4

5 Konklusion

Dansk ret beskytter alene privatansatte lønmodtagere mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold i forbindelse med ansættelse og afskedigelse, ikke under ansættelsen. Foreningsfrihedsloven forbyder ligeledes eksklusivaftaler, som tvinger en lønmodtager til at være medlem af en bestemt fagforening for at blive eller forblive ansat.

Beskyttelsen af den negative foreningsfrihed efter EU-retten, særligt EU's Charter om grundlæggende rettigheder (EU's Charter) i samspil med fællesskabets sociale charter, er uafklaret: dels mangler der praksis fra EUD om den direkte, horisontale virkning af EU's Charter, art. 12, dels fastslog Højesteret i U2017.824H (Ajos-sagen), at EU's Charter som følge af manglende hjemmel i tiltrædelsesloven ikke er umiddelbart anvendeligt i Danmark.

Blandt de internationale retskilder findes den bedste beskyttelse i EMRK, idet EMD, trods ordlyden af og forarbejderne til EMRK, art. 11, løbende har udnyttet sin dynamiske fortolkningsstil til at indfortolke en større beskyttelse af den negative foreningsfrihed i bestemmelsen. Hertil kommer individers klageadgang til EMD.

Kollektive overenskomster bliver overvejende indgået som områdeoverenskomster, som dækker alle ansatte, der udfører arbejde omfattet af overenskomsten uanset deres faglige tilhørsforhold. Disse kan imidlertid indeholde særvilkår forbeholdt medlemmerne af det overenskomstbærende forbund, hvilket indebærer, at de ansatte bliver forskelsbehandlet alene som følge af deres valg af fagforening.

Senest har Højesteret i U2015.3210H (Sygeløns-sagen) afgjort, at sådanne særvilkår er lovlige, når forskelsbehandlingen ikke har karakter af en de facto eksklusiv aftale, dvs. har den virkning, at den reelt tvinger lønmodtageren til at melde sig ind i en bestemt fagforening.

I Sygeløns-sagen fik uorganiserede sygeløn med en sats svarende til sygedagpenge, men blev nægtet den supplerende sygeløn, som var forbeholdt medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Denne forskel fandt Højesteret ikke tilstrækkelig til at den udgjorde en de facto eksklusiv aftale, idet Højesteret henviste til, at mange andre arbejdstagere ligeledes er henvist til alene at modtage sygedagpenge.

Højesteret fortolkede i sin begrundelse EMD's praksis således, at det normalt ikke vil være i strid med EMRK, art. 11 at tillægge manglende medlemskab af en fagforening andre negative konsekvenser for en arbejdstager, end at den pågældende ikke ansættes eller afskediges.

Analysen af EMD's afgørelser påviste imidlertid, at EMD i Sibson anførte, at også "væsentligt mindre fordelagtige vilkår" som følge af foreningsforhold kan udgøre en krænkelse af EMRK, art. 11 - samt at det indgår med betydelig vægt i EMD's afgørelser om lønmodtageren modsætter sig indmeldelse af årsager, der medfører, at også rettighederne efter EMRK, art. 9 og 10 er berørt.

Derimod kan det ikke udledes af Sibson, at EMD tillægger vilkårene på det øvrige arbejdsmarked betydning, sådan som Højesteret gjorde det: EMD sammenholdt alene Sibsons konkrete ansættelsesvilkår før og efter forflyttelsen.

Polycentrisk retskildeanvendelse, dvs. forskellen på hvilke retskilder der inddrages, samt hvorledes disse vægtes indbyrdes henholdsvis ved nationale afgørelsesorganer og ved EMD, forklarer, at EMD kan nå til et andet resultat end fx Højesteret i Sygeløns-sagen: Hvor de nationale afgørelsesorganer lægger stor vægt på forarbejder, inddrager EMD i stort omfang internationale retskilder i sine afgørelser og tillægger disse betydelig vægt, hvorimod forarbejder alene inddrages som et supplerende fortolkningsmiddel.

Blandt de retskilder, EMD inddrager, er Den europæiske Socialpakt med tilhørende praksis fra Komiteen, som har slået fast, at art. 5 også beskytter den negative foreningsfrihed. Endvidere har Komiteen, som led i sin undersøgelse af Danmarks overholdelse af socialpagten, konstateret - antageligt som følge af det arbejdsretlige udgangspunkt om at områdeoverenskomster gælder for alle ansatte - at dansk ret ikke tillader lønmæssig forskelsbehandling som følge af fagforeningsmæssigt tilhørsforhold, og på den baggrund konkluderet, at den danske retstilstand var i overensstemmelse med art. 5 i Den europæiske Socialpakt. Komiteens konklusion er dog ikke korrekt, og det må derfor lægges til grund, at Komiteen modsætningsvis vil konkludere, at den danske retstilstand strider mod art. 5, såfremt Komiteen bliver gjort bekendt med, at dansk ret faktisk tillader lønmæssig forskelsbehandling, jf. senest Sygeløns-sagen.

En udtalelse fra Komiteen, der konkluderer, at dansk rets tilladelse af lønmæssig forskelsbehandling som følge af fagforeningsmedlemskab krænker retten til foreningsfrihed i medfør af Den europæiske Socialpakt, art. 5, kan få stor betydning for EMD's afgørelse af et tilsvarende spørgsmål.

Derimod er det mere usikkert om EMD på egen hånd vil udvide beskyttelsen af den negative foreningsfrihed til også at omfatte forhold under ansættelsen, idet EMD, trods sin dynamiske fortolkningsstil og gentagne henvisninger til at EMRK er "et levende instrument", alene gradvist har udvidet beskyttelsen af foreningsfriheden i medfør af EMRK, art. 11. På den anden side har EMD ikke i nyere tid haft lejlighed til at tage stilling til om diskrimination som følge af foreningsforhold under ansættelsen måtte være beskyttet i videre omfang end der fremgår af de ældre afgørelser, og flere dissenser har efterlyst en større udvikling af beskyttelsen.

En afgørelse fra EMD, der underkender den danske retsstilling, vil umiddelbart have virkning i Danmark, idet EMRK og praksis fra EMD udgør et hele, som er tiltrådt af Danmark. Dette står i modsætning til en eventuel afgørelse fra EUD, der måtte fastslå direkte, horisontal virkning af EU's Charter, art. 12 - en sådan afgørelse vil ikke have umiddelbar virkning, jf. Ajos-sagen hvor Højesteret bekræftede, at Danmark er præget af en dualistisk tilgangsvinkel, som medfører, at EU-retten alene finder anvendelse i det omfang, den er tiltrådt af Danmark.

Som konklusion på undersøgelsen kan det herefter udledes, at en privatansat lønmodtager alene er beskyttet mod forskelsbehandling som følge af foreningsforhold

under sin ansættelse, når forskelsbehandlingen medfører væsentligt mindre fordelagtige vilkår, idet EMD antages at ville finde dette i strid med EMRK, art. 11, i særdeleshed såfremt lønmodtageren har fravalgt medlemskab af den overenskomstbærende organisation som følge af særlige overbevisninger, således at også lønmodtagerens rettigheder efter EMRK, art. 9 og 10 berøres.

Derimod vurderes forskelsbehandlingen ikke at skulle udgøre en de facto eksklusivaftale, førend EMD vil statuere krænkelse, hvorfor den danske retsstilling, som kræver, at forskelsbehandlingen reelt skal tvinge en lønmodtager til at melde sig ind i den overenskomstbærende organisation, førend lønmodtageren nyder beskyttelse mod forskelsbehandlingen, ikke er i overensstemmelse med vores folkeretlige forpligtelser.

6 Kilder

6.1 Love og forarbejder

Nationale retskilder:

Barselsudligningsloven (LBK nr. 281 af 26.03.2019): Bekendtgørelse af lov om barselsudligning på det private arbejdsmarked

Betænkning nr. 1220/1991 om Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret

Erhvervsuddannelsesloven (LBK nr. 282 af 18.04.2018): Bekendtgørelse af lov om erhvervsuddannelser

Foreningsfrihedsloven (LBK nr. 424 af 08.05.2006): Bekendtgørelse af Lov om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet

Forskelsbehandlingsloven (LBK nr. 1001 af 24.08.2017): Bekendtgørelse af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

Forslag til lov om ændring af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (L 153, 2005-06)

I noterne: L 153

Funktionærloven (LBK nr. 81 af 03.02.2009): Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, som siden er ændret ved bl.a. Lov nr. 52 af 27.01.2015 (forenkling vedrørende fratrædelsesgodtgørelse) hvorfor den aktuelle udgave hedder LBK nr. 1002 af 24.08.2017

Grundloven (Lov nr. 169 af 05.06.1953): Danmarks Riges Grundlov

Inkorporeringsloven (LBK nr. 750 af 19.10.1998): Bekendtgørelse af lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som henviser til BEK nr. 749 af 19.10.1998, hvori konventionsteksterne er optrykt i dansk oversættelse som bilag, herunder selve konventionen (EMRK) samt 1. tillægsprotokol (TP1).

Tiltrædelsesloven (Lov nr. 447 af 11.10.1972): Lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber (Tiltrædelsesloven) - som ændret senest ved Lov nr. 321 af 30.04.2008: Lov om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af de Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union (Danmarks ratifikation af Lissabontraktaten)

Ratificerede internationale konventioner:

BKI nr. 16 af 23/04/1952: Bekendtgørelse om Danmarks ratifikation af den af den internationale arbejdskonference under dens 31. møde i San Fransisco fra den 17. juni til den 10. juli 1948 vedtagne konvention om foreningsfrihed og beskyttelse af retten til at organisere sig

I specialet: ILO 87

BKI nr. 2 af 04/01/1957: Bekendtgørelse om Danmarks ratifikation af den af den Internationale Arbejdskonference i Geneve i året 1949 vedtagne konvention om retten til at organisere sig og føre kollektive forhandlinger
I specialet: ILO 98

BKI nr. 74 af 09/07/1965: Bekendtgørelse af Den europæiske Socialpagt af 18. oktober 1961.
I specialet: Den europæiske Socialpagt

BKI nr. 5 af 14/01/1976: Bekendtgørelse af international konvention af 16. december 1966 om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder
I noterne: BKI nr. 5 af 14/01/1976

BKI nr. 30 af 29/03/1976: Bekendtgørelse af international konvention af 16. december 1966 om borgerlige og politiske rettigheder
I noterne: BKI nr. 30 af 29/03/1976

BKI nr. 34 af 29/04/1980: Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten (Wienerkonvention om traktatretten)
I specialet: Traktatretskonventionen

EU-retlige retskilder:

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv
I specialet: Beskæftigelsesdirektivet

Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder (2010/C 83/02)
I specialet: EU's Charter

Forklaringer til Chartret om grundlæggende rettigheder (2007/C 303/02)
I specialet: Forklaringer til Chartret

Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (2007/C 306/01)
I specialet: Lissabontraktaten

Internationale retskilder:

FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder
I specialet: FN's Verdenserklæring

Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, maj 1990, 6/90
I specialet: Fællesskabets sociale charter

Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the »travaux préparatoires«, vol. IV (forarbejder til EMRK)

6.2 Afgørelser

Praksis fra danske afgørelsesorganer:

Sag nr. 5696, dom afsagt af Den Faste Voldgiftsret (i dag: Arbejdsretten) 19. december 1963, *Socialt Tidsskrift*, 40. årgang, 1964, s. 104 ff.

FV 2012.0033, opmandskendelse i Faglig Voldgift mellem DIO I ved DI mod 3f Industri (Emballage) og HK/Privat, afsagt den 27. november 2012

<http://www.arbejdsretten.dk/media/1101939/fv2012.0033.pdf>

FV 2017.0120, tilkendegivelse i Faglig Voldgift mellem Fagligt Fælles Forbund mod DI, afsagt den 18. juni 2018

<http://www.arbejdsretten.dk/media/1223707/fv2017.0120%20-%20ano.pdf>

Retten i Glostrups dom af 28. november 2014 (utrykt og derfor vedlagt som Bilag 1)
I specialet: Bidrags-sagen

U1999.1496H, Højesterets dom af 8. juni 1999

U2013.3306H, Højesterets dom af 9. september 2013

U2015.3210H, Højesterets dom af 4. juni 2015

I specialet: Sygeløns-sagen

U2017.824H, Højesterets dom af 6. december 2016

I specialet: Ajos-sagen

Praksis fra EUD:

Sag 26/62 af 05.02.1963 - Van Gend en Loos

Sag 6/64 af 15.07.1964 - Costa/ENEL

Sag 43/75 af 08.04.1976 - Defrenne

Sag C-499/04 af 09.03.2006 - Werhof

Sag C-555/07 af 19.01.2010 - Küçükdeveci

Sag C-176/12 af 15.01.2014 - AMS

Udtalelse 2/13 af 18.12.2014 vedr. EU's tiltrædelse af EMRK

Praksis fra EMD:

EMD 27.10.1975, Sag 4464/70 - National Union of Belgian Police v. Belgium

I specialet: Belgian Police

EMD 06.02.1976, Sag 5614/72 - Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden

I specialet: Swedish Engine Drivers

EMD 13.08.1981, Sag 7601/76 og 7806/77 - Young, James and Webster v. The United Kingdom

I specialet: British Rail

EMD 20.04.1993, Sag 14327/88 - Sibson v. The United Kingdom

I specialet: Sibson

EMD 30.06.1993, Sag 16130/90 - Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland

I specialet: Sigurjónsson

EMD 25.04.1996, Sag 15573/89 - Gustafsson v. Sweden

I specialet: Gustafsson

EMD 19.10.2000, Sag 36401/97 - Pertti Kajanen and Pekka Tuomaala v. Finland

I specialet: Kajanen/Tuomaala

EMD 11.01.2006, Sag 52562/99 og 52620/99 - Sørensen and Rasmussen v. Denmark

I specialet: Sørensen/Rasmussen

EMD 13.05.2007, Sag 75252/01 - Evaldsson and others v. Sweden

I specialet: Evaldsson

6.3 Bøger

Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2016

Christoffersen, Jonas; Christensen, Lasse Højlund; Madsen, Lasse Lund; Storgaard, Louise Halleskov; Skovgaard-Petersen, Henrik; Ventegodt, Maria. *EU's Charter om grundlæggende rettigheder*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2018

I noterne: EU's Charter

Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter; Steinicke, Michael. *Grundlæggende EU-ret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2011

Hasselbalch, Ole. *Den Danske Arbejdsret, bind III, Kollektivarbejdsretten*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2009

I noterne: Kollektivarbejdsretten

Hasselbalch, Ole. *Foreningsfrihedsloven i kontekst, organisationsret - organisationsfrihed - alternativ organisering*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2006

I noterne: Foreningsfrihedsloven i kontekst

Kjølbro, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave 2017.

I noterne: EMRK for praktikere

Kristiansen, Jens. *Den kollektive arbejdsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave 2014

Kristiansen, Jens. *Grundlæggende arbejdsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave 2016

Kristiansen, Jens. *Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret*. GadJura, 1. udgave 1997

Marstal, Mikael; Mogensen, Ulrik. *Lønmodtageres opsigelsesbeskyttelse*. Karnov Group, 1. udgave 2015

Nielsen, Ruth. *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*. Karnov Group, 1. udgave 2017

I noterne: Lov om forbud mod forskelsbehandling

Nowak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary*. N.P. Engel Publisher, 2. udgave 2005

I noterne: CCPR Commentary

Paulsen, Jens. *Afskedigelse. Arbejdsgiverens ledelsesret og ledelsespligt - alm. del*. Karnov Group, 1. udgave 2015

I noterne: Afskedigelse

Rytter, Jens Elo. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - og dansk ret*. Forlaget Thomson, 2. udgave 2006

I noterne: EMRK og dansk ret

Werlauff, Erik. *Europæiske menneskerettigheder - en praktisk indføring*. Gjellerup, 2. udgave 2010

I noterne: Europæiske menneskerettigheder

6.4 Artikler

Friis, Erik "UfR 1986 s. 898 - Højesterets dom af 24. oktober 1986, Offentlige myndigheders afskedigelse af uorganiserede chauffører", U1987B.50

I noterne: U1987B.50

Kristiansen, Jens "Foreningsfrihed på arbejdsmarkedet - Den ny lov og dens menneskeretlige baggrund", *Arbejdsretligt Tidsskrift 2005*, s. 203-214

I noterne: AT 2005

Kristiansen, Jens "Dom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol", *Arbejdsretligt Tidsskrift 2006*, s. 236-239

I noterne: AT 2006

Kristiansen, Jens "Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret - Om Højesterets dom i Ajos-sagen", U2017B.75

I noterne: U2017B.75

Marstal, Mikael "Foreningsfrihedsloven og forskelsbehandling på grund af fagforeningsmæssigt tilhørsforhold", *HR JURA Magasinet 10/2016*, s. 65-69

Rehof, Lars Adam "Afskedigelse som menneskerettighedsproblem", U1987B.193

I noterne: U1987B.193

6.5 Øvrige publikationer

"Begrebskatalog", 2011, Institut for Menneskerettigheder

<https://menneskeret.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/begrebskatalog20-20drop20diskrimination.pdf>

I specialet: Begrebskatalog

"Digest of the case law of The European Committee of Social Rights", 1. september 2008,

<https://rm.coe.int/168049159f>

I specialet: Digest 2008

"Diskrimination på grund af fagforeningsmedlemskab", Udredning nr. 7/2009, Institut for Menneskerettigheder

https://menneskeret.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/udredn_nr7_09.pdf

I specialet: Udredning nr. 7

"Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations", International Labour Conference, 69th Session, 1983

I specialet: General Survey 1983

"Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 81st Session, 1994

I specialet: General Survey 1994

6.6 Overenskomster

DDF - Spillefilm, Overenskomst indgået mellem Foreningen Danske

Spillefilmsproducenter og Danske Dramatikeres Forbund:

https://pro-f.dk/sites/pro-f.dk/files/side/Spillefilm_DDF_Overenskomst.pdf

via ProducentForeningens hjemmeside: <http://pro-f.dk/jura/overenskomster>

I specialet: Spillefilmsoverenskomsten

Emballageoverenskomsten 2017, indgået mellem DI Overenskomst I for EmballageIndustrien og Plastindustrien i Danmark og 3F Industri (Emballage) og HK/Privat

<https://www.3f.dk/fagforening/fag/emballageindustrien>

I specialet: Emballageoverenskomsten

Formandsoverenskomsten 2017, indgået mellem Dansk Byggeri og Dansk Formands Forening

<http://www.danskformand.dk/Files/Overenskomster/Formandsoverenskomsten-2017.pdf>

I specialet: Formandsoverenskomsten

Hovedaftalen mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark
<https://www.da.dk/globalassets/overenskomst-og-arbejdsret/hovedaftalen>
I specialet: Hovedaftalen

Industriens Funktionæroverenskomst 2017-2020, indgået mellem Dansk Industri og CO-Industri
<https://di.dk/shop/overenskomster/produktside/pages/produktside.aspx?productId=6551>
I specialet: Industriens Funktionæroverenskomst

Lederaftalen, 3. udgave, 01.02.2007, indgået mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Ledernes Hovedorganisation.
<https://www.lederne.dk/om-lederne/love-og-vedtaegter/lederaftalen/>
I specialet: Lederaftalen

Septemberforliget, Overenskomst mellem Dansk Arbejdsgiver- og Mesterforening og De samvirkende Fagforbund, indgået 5. september 1899.
<http://danmarkshistorien.dk/leksikon-og-kilder/vis/materiale/septemberforliget-5-september-1899/>
I specialet: Septemberforliget

Solistoverenskomsten med DR, indgået mellem Dansk Artist Forbund, Dansk Musiker Forbund, Dansk Solistforbund og Solistforeningen af 1921 og DR:
<https://www.dmf.dk/raadgivning/loenogansattelse/overenskomster/dr/solistoverenskomst/>
I specialet: Solistoverenskomsten

6.7 Internettet

EU:
<https://publications.europa.eu/en/home>

FN:
<https://www.un.org/en/sections/general/documents/>

Folketinget:
<https://www.ft.dk/da/dokumenter>

Institut for Menneskerettigheder:
<https://menneskeret.dk/om-os/menneskerettigheder>

International Labour Organization:
<https://www.ilo.org/>

<https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang--en/index.htm>

Justitsministeriet:
<http://www.justitsministeriet.dk/arbejdsmraader/international/menneskerettigheder/fn-og-menneskerettigheder>

Fagbevægelsens Hovedorganisation:

<https://fho.dk/om-fagbevaegelsens-hovedorganisation/saadan-blev-fagbevaegelsens-hovedorganisation-til/>

Menneskerettighedsdomstolen:

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=>

PROSA:

<https://www.prosa.dk/artikel/overenskomster-i-smaa-virksomheder-det-kan-godt-betale-sig/>

Retsinformation:

<https://www.retsinformation.dk/>

7 Bilag

Bilag 1	Retten i Glostrups dom af 28.11.2014 (Bidrags-sagen)	1
---------	--	---

Bilag 1 - Retten i Glostrups dom af 28.11.2014 (Bidrags-sagen)

Retten i Glostrup



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 28. november 2014 i sag nr. BS 10C-2177/2013:

Fagforeningen 2B
som mandatar for

[REDACTED]
mod

[REDACTED]
[REDACTED]

Biintervenient til støtte for [REDACTED]
3 F Hotel og Restauration København.

Sagens baggrund og parternes påstande

I en områdeoverenskomst indgået mellem sagsøgte og 3F Hotel & Restauration fremgik blandt andet, at der for alle ansatte, som ikke var medlem af 3F Hotel & Restauration, over lønnen skulle trækkes et administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten. Sagsøgtes ansættelseskontrakter indeholdt tillige en bestemmelse herom.

Sagsøgeren, som har været ansat hos sagsøgte, og som ikke har været organiseret i 3F Hotel & Restauration, har fremsat krav om tilbagebetaling af de administrationsbidrag til 3F Hotel & Restauration, som er blevet trukket i hans løn under ansættelsen.

I sagen foreligger der spørgsmål om, hvorvidt omkrævning af et administrationsbidrag hos en arbejdstager, som ikke er organiseret i 3F Hotel & Restauration, strider mod foreningsfrihedslovens § 4 c, artikel 11 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 1, i tillægsprotokol af 20. marts 1952 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Sagsøgeren, [REDACTED], har nedlagt påstand om, at sagsøgte [REDACTED] skal betale 3.790,50 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente fra den 27. juni 2013.

Sagsøgte, [REDACTED], har nedlagt påstand om frifindelse.

3 F Hotel og Restauration København er indtrådt som biintervenient til støtte for sagsøgte [REDACTED] påstand om frifindelse.

STD061446-S01-ST01-K194-T3-L01-M00-D40

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

Det er oplyst, at sagsøgeren i perioder fra maj 2010 til maj 2012 var ansat hos sagsøgte i tidsbegrænsede ansættelser.

Af et ansættelsesbevis vedrørende en tidsbegrænset ansættelse for perioden 5. maj 2010 til 4. august 2010, som er underskrevet af parterne den 5. maj 2010, fremgår det af pkt. 16;

16. Eventuelle bemærkninger:

Jeg er indforstået med, at det er en betingelse for ansættelsesforholdet, at der over lønnen hver måned trækkes enten fagforenings-kontingent til 3F Hotel & Restauration____+ A-kasse____+efterløn____ (sæt kryds ved ja) eller, hvis medlemskab af fagforeningen 3F Hotel & Restauration ikke ønskes, at der trækkes et administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten____ (sæt x ved ja)..."

Det er oplyst, at passussen i pkt. 16 også var anført i de efterfølgende tidsbegrænsede ansættelsesaftaler, som blev indgået mellem parterne.

Der er under sagen fremlagt et eksempel på en områdeoverenskomst 2012-2014 indeholdende blandt andet en bestemmelse om kontingenttræk i virksomheden og overenskomstadministration. Det er oplyst, at der mellem sagsøgte og 3F Hotel & Restauration var indgået en områdeoverenskomst, som indeholdt en tilsvarende bestemmelse.

" ...

4. Parternes rettigheder og forpligtelser

Stk. 1. Kontingenttræk i virksomheden.

Virksomheden trækker fagforeningskontingent for medlemmer over månedslønnen. Kontingentet indbetales af virksomheden senest den 5. i hver måned til 3F Hotel & Restauration. Beløbet indsættes på konto 5301-0901273, sammen med en liste med navn, adresse og cr.nr. for de berørte ansatte.

stk. 2. Overenskomstadministration.

For alle ansatte som ikke er medlem af 3F Hotel & Restauration trækkes over månedslønnen et administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten. Det samlede beløb skal være 3F Hotel & Restauration i hænde senest den 5 i hver måned. Beløbet sendes indsættes på konto 5301-0901273 sammen med en liste med navn, adresse og fødselsdato for de berørte ansatte. Beløbet reguleres af 3F Hotel & Restauration.

..."

Sagsøgeren var efter det oplyste fra Pakistan og medlem af Fagforeningen 2 B.

Der er som dokumentation for administrationsbidragets størrelse fremlagt sagsøgerens lønsedler for juli 2010 og januar 2012, hvoraf fremgår, at der i juli 2010 blev fratrukket 184,50 kr. og i januar 2012 fratrukket 188,50 kr. anført som "kontingent til 3F".

Af lønsedlen for januar 2012 fremgår tillige blandt andet, at sagsøgeren som et anciennitetstillæg fik et tillæg på 7,13 kr. pr. arbejdstime. Et sådant anciennitetstillæg fremgår ikke af lønsedlen for juli 2010.

Det er ubestridt, at sagsøgte under de tidsbegrænsede ansættelser i perioden fra maj 2010 til maj 2012 samlet fratrag 3.790,50 kr. i administrationsbidrag i sagsøgerens løn, og at sagsøgte videresendte administrationsbidragene uden fradrag til 3F.

I en skrivelse af 11. april 2013 fremsatte Det Faglige hus på vegne af sagsøgeren krav mod sagsøgte om blandt andet tilbagebetaling af kontingent til 3F.

Det er oplyst, at sagsøgte i en skrivelse af 4. juni 2013 afviste kravet overfor Det Faglige Hus under henvisning til, at der ikke var tale om et kontingent til 3F, men at der derimod var tale om et administrationsbidrag til overenskomsten, som også kendtes fra andre overenskomster mellem LO og DA. Der henvises endvidere til, at aftalen om administrationsbidrag tillige fremgik af ansættelseskontrakterne, som sagsøgeren havde underskrevet, og at sagsøgeren hermed havde været vidende om forholdet.

Den 27. juni 2013 anlagde Fagforeningen Danmark som mandatar for sagsøgeren sagen mod sagsøgte.

I sagsøgerens processkrift 4 af 14. oktober 2014 oplystes det, at sagsøgerens mandatar under sagen ved en fejl var oplyst at være Fagforeningen Danmark, og der blev anmodet om tilladelse til berigtigelse af mandataren, idet sagsøgeren rettelig var medlem af Fagforeningen 2B.

Sagsøgte protesterede mod en berigtigelse af mandatarforholdet og påstod afvisning af sagen.

Retten tillod ved hovedforhandlingens begyndelse den 31. oktober 2014 en berigtigelse af mandatarforholdet som begæret af sagsøgeren.

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af [redacted] fra sagsøgte samt af vidnet [redacted] fra 3F.

[redacted] har forklaret blandt andet, at sagsøgte, [redacted] blev etableret den 1. september 2000, og at virksomhedens hovedområde er rengøringsopgaver på hoteller, men at virksomheden også udfører andre serviceopgaver. Der er i gennemsnit beskæftiget 700 medarbej-

dere i virksomheden, men med væsentlige sæsonudsving. Medarbejderne er oftest ansat tidsbegrænset i 8 måneder og oftest som en deltidsansættelse 80 timer om måneden. Den absolutte lavsæson er januar - februar måned. Der er en stor udskiftning i medarbejderstaben, og kun omkring 2 % af medarbejderne kommer igen.

Sagsøgte har siden 2000 haft en områdeoverenskomst med 3F, og det er vidnet, som har indgået overenskomsterne på sagsøgtes vegne.

Det er vigtigt for både sagsøgte og for hotellerne, som er sagsøgtes kontraktsparter, at medarbejderne har ordnede forhold. Hotellerne er ved overenskomst forpligtet overfor Horesta, og sagsøgte har måttet indrette sig efter dette.

Sagsøgte har ved indgåelse af overenskomst tiltrådt, at der for ansatte, som ikke er medlem af 3F, skulle trækkes et administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten. Sagsøgte er i følge 3F overfor 3F forpligtet til at opkræve administrationsbidraget.

Ved at indgå overenskomst sikrede sagsøgte sig, at alle medarbejdere var sikret de overenskomstmæssige rettigheder og kunne få den nødvendige hjælp. Sagsøgte havde overfor hotellerne forpligtet sig til, at sagsøgtes medarbejdere kunne få hjælp hos 3F, og når der var indgået overenskomst hjalp 3F også de ansatte som ikke var medlem af 3F. Overenskomsten sikrede, at produktiviteten gled, og at sagsøgte kunne opfylde sin kontraktretlige forpligtelser overfor hotellerne.

Ved betaling af administrationsbidraget fik medarbejderen en forsikring, som gav medarbejderen mulighed for at henvende sig til 3F og få juridisk hjælp i de tilfælde, hvor medarbejderen ikke ville henvende sig direkte til arbejdsgiveren. Medarbejderne blev orienteret om dette.

Som kompensation for bidragsbetalingen til 3F fik medarbejderne et anciennitetstillæg på 7,13 kr. pr. time, således som det er anført på lønsedlen under pkt. 8B. Anciennitetstillægget fremgik ikke af overenskomsten og var et tillæg, som alle ansatte fik, uanset om de var medlem af 3F eller ej. Ved en arbejdstid på godt 40 timer om ugen og tillagt feriegodtgørelse og pension og fratrukket skat udgjorde tillægget omkring 188,00 kr. pr. måned svarende til administrationsbidraget til 3F. For de ansatte, som ikke var medlem af 3F, var der således ingen udgift forbundet med administrationsbidraget til 3F.

De ansatte arbejdede som udgangspunkt på et hotel, med der var også medarbejdere, som arbejdede på flere hoteller for at få flere arbejdstimer. Aftalerne på de enkelte hoteller var ens.

Sagsøgtes HR afdeling var mindst et par gange om ugen i kontakt med 3F vedrørende spørgsmål i relation til medarbejdernes ansættelsesforhold, og når

3F rettede henvendelse til sagsøgte om et problem var det uden betydning, om medarbejderen var medlem af 3F eller ej.

Om fredagen blev der på de enkelte hoteller afholdt møder med medarbejderne. Ved møderne deltog en repræsentant fra sagsøgte og som regel tillige en repræsentant for hotellet. På de enkelte hoteller var der opslag på engelsk med oplysning om lønsatser, og oldfruen hjalp medarbejderne med skattekort og lign. 3F var endvidere ofte på besøg på hotellerne, hvor 3F orienterede medarbejderne om deres rettigheder og iøvrigt hjalp dem.

Vidnet har kun hørt om en eller to medarbejdere, som ikke har villet betale administrationsbidraget. Han huskede ikke præcist, hvornår administrationsbidraget blev indført.

Formularen til ansættelseskontrakt, som sagsøgte brugte ved indgåelse af ansættelsesaftaler, var udarbejdet af Horesta og 3F. Det var et krav for at blive ansat, at medarbejderen forstod engelsk, og vidnet formodede, at ansættelseskontrakten var blevet oversat for sagsøgeren, når han havde underskrevet den.

I sagsøgtes virksomhed var alt oversat til engelsk, og på sagsøgtes hjemmeside var der tillige en engelsk oversættelse af ansættelseskontrakten.

Så vidt det var vidnet bekendt, havde sagsøgeren ikke tidligere stillet spørgsmål ved trækket af administrationsbidrag på lønsedlen, og vidnet var overbevist om, at sagsøgeren havde forstået det.

Administrationsbidraget, som blev trukket over lønnen, sendte sagsøgte ubeskåret videre til 3F.

[REDACTED] har forklaret blandt andet, at han er afdelingssekretær i 3F København, hvor han har været ansat siden 1990'erne. Han beskæftiger sig med alt vedrørende løn- og arbejdsvilkår. Han har kendt den sagsøgte virksomhed i omkring 10 år og har forhandlet overenskomster med sagsøgte. Aftalen i områdeoverenskomsten vedrørende et administrationsbidrag blev indgået på et tidspunkt efter eksklusivaftalerne var ophørt.

Områdeoverenskomsten var god og gav overordnet set bedre løn og arbejdsvilkår end Horesta overenskomsten. Alle medarbejdere hos sagsøgte fik således - uanset organisationsforhold - et tillæg på 7,13 kr. i timen og feriepenge, som ikke var hjemlet i Horesta overenskomsten. Områdeoverenskomsterne fulgte periodemæssigt Horesta overenskomsten.

3F har overenskomst med omkring 95 % af hotellerne og omkring 90 % af de selskaber, som gør rent på hotellerne. I branchen rengøring på hoteller har 3F omkring 1.500 medlemmer, som er fordelt på 2 overenskomster.

Når 3F bliver bekendt med et rengøringselskab, som ikke har overenskomst, stiller 3F krav om indgåelse af overenskomst overfor selskabet, og 3F er indstillet på om nødvendig at anvende konfliktmidler for at opnå en overenskomst for at hindre social dumping, menneskehandel m.v.

3F har fokus på rengøringsbranchen og bruger mange ressourcer på dette område for at sikre løn- og arbejdsforholdene for de ansatte og samtidig sikre rengøringsvirksomhederne mod en ulige og urimelig konkurrence.

Alle ansatte har de samme rettigheder i forhold til løn- og arbejdsvilkår, således som det fremgår af Horestas overenskomsten og de særlige fordele, som fremgår af områdeoverenskomsten. Administrationsbidraget på 188,50 kr. går til vedligeholdelse af overenskomsten, som kommer alle ansatte til gode uanset organisationsforhold. Uden en overenskomst ville lønnen for rengøringsansatte udgøre 80 kr. i timen, og sagsøgte ville ikke kunne drive virksomhed. Det følger af overenskomsten, at sagsøgte skal trække administrationsbidraget over lønnen.

Arbejdsmarkedet har ændret sig de senere år, herunder med en stor tilgang af østeuropæere. Administrationsbidraget sikrer gode løn- og arbejdsvilkår i branchen.

Vidnet beskæftiger sig udelukkende med opgaver relateret til rengøring på københavnske hoteller, og herunder indgåelse og vedligeholdelse af overenskomster. Halvdelen af sagsøgtes arbejdstid gik med opgaver vedrørende sagsøgte.

De indbetalte administrationsbidrag gik til samarbejdet med sagsøgte og den samlede indsats. Både administrationsbidrag og kontingenter gik ind i driften. Han var ikke bekendt med, om 3F havde en særskilt konto til administrationsbidrag.

Kontingenter for medlemmer af 3F udgjorde omkring 487 kr. om måneden. Vidnet vidste ikke, hvor stor en del af det beløb, som blev indbetalt af sagsøgte til 3F, som kom fra henholdsvis medlemmer og ikke medlemmer.

Baggrunden for, at 3F ved sagsøgtes indbetaling af administrationsbidrag skulle have en liste med navne m.m. på de berørte ansatte var ikke for at hverve medlemmer. Hvervning af medlemmer skete på arbejdspladsen.

3F var ofte ude på arbejdspladserne og tale med de ansatte. Kontakten med de ansatte foregik på en blanding af dansk og en engelsk, og hovedsproget var engelsk. 3F oversatte alle informationer til engelsk, når bortset fra juridiske dokumenter. Tillidsrepræsentanterne orienterede endvidere de ansatte om forståelsen af lønsedler mm.

Da ansatte, som betalte administrationsbidrag havde de samme rettigheder

vedrørende ansættelsesforholdet som medlemmer af 3F. Dette var tillige et krav i følge hovedoverenskomsten med Horesta. Når ikke-medlemmer havde generelle eller konkrete spørgsmål vedrørende ansættelsesforholdet blev de således behandlet på samme måde som medlemmer. Der var stort set ligeså mange ikke-medlemmer som medlemmer, som henvendte sig med spørgsmål.

3F havde pligt til at sikre, at sagsøgte overholdt overenskomsten overfor alle ansatte uanset organisationsforhold. Overenskomsten er stadig gældende.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren, Fagforeningen 2B som mandatar for [REDACTED] har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument, hvori det er anført:

"...

Spørgsmålet i denne sag er, om det efter dansk ret og ikke mindst Menneskerettighedskonventionen, som er inkorporeret i dansk ret, er lovligt hos sagsøger via lønnen at opkræve et gebyr, som tilfalder en faglig organisation, som sagsøger ikke har noget ønske om at være medlem af, og som sagsøger ikke har bedt om at repræsentere sig.

Lov om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet fastslår - i overensstemmelse med retten til foreningsfrihed i Menneskerettighedskonventionen, jf. nærmere nedenfor - princippet om fagforeningsfrihed på det danske arbejdsmarked. Ingen kan således pålægges medlemskab af en bestemt fagforening og kan i sagens natur heller ikke pålægges at betale til en bestemt forening, som man ikke er medlem af.

Menneskerettighedskonventionen fastslår i artikel 11 retten til foreningsfrihed forstået ikke alene som retten til at deltage i foreninger, men i høj grad også som retten til at stå uden for en forening (negativ foreningsfrihed). Det var på grundlag af denne bestemmelse, af Menneskerettighedsdomstolen i en dom fra januar 2006 i sagen Sørensen og Rasmussen mod Danmark underkendte brugen af eksklusivaftaler på det danske arbejdsmarked.

I tillægsprotokol 1, artikel 1, til Menneskerettighedskonventionen er det fastsat, at "Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse (...)".

...

Tillægsprotokol 1, artikel 1, var grundlaget for en dom fra Menneskerettighedsdomstolen fra 13. maj 2007, Evaldsson and others v Sweden. I dommen tilsidesatte domstolen en ordning fuldstændig svarende til den af denne sag omhandlede, nemlig en ordning hvor en svensk fagforening fra nogle ikke-organiserede lønmodtagere opkrævede et beløb på cirka 30 euro om måneden til brug for arbejdet med at kontrollere, at overenskomstens lønvilkår blev overholdt. Domstolen udelukkede ikke, at en sådan ordning principielt kunne anerkendes, hvis den vel at mærke var proportional, men fandt i sagen, at der var tale om et ulovligt indgreb i ejendomsretten navnlig henset til, at

opkrævningen og anvendelsen af midlerne herfra var uigennemskuelig for de pågældende lønmodtagere, som var afskåret fra at efterprøve, hvad gebyrerne trukket i deres løn blev brugt til.

I en dom fra Arbejdsretten fra 4. april 2007, ... var spørgsmålet om en arbejdsgiver i en tiltrædelsesoverenskomst kunne forpligtes til at betale en afgift pr. måned til fagforeningen TIB, for medarbejdere, der ikke var medlemmer. Arbejdsretten fandt, at dette ikke nødvendigvis var ulovligt, hvis beløbet ikke var urimeligt. Imidlertid fandt retten herefter, at beløbet reelt skulle kompensere forbundet for tab af medlemskontingent og derfor havde karakter af en omgåelse af forbuddet mod eksklusivbestemmelser i foreningsfrihedslovens § 4c.

Endelig er også aftalelovens § 36 af betydning for afgørelsen af denne sag.

ANBRINGENDER

Indledningsvist gøres det gældende, at sagsøgte - og ikke 3F - er rette sagsøgte i denne sag. Det omhandlede gebyr er opkrævet af sagsøgte på sagsøgers lønseddel på grundlag af et vilkår herom i ansættelseskontrakten. Det er uden betydning, at sagsøgte har videresendt beløbet ubeskåret til 3F.

Til støtte for den nedlagte påstand gøres det principalt gældende, at opkrævningen af et gebyr/administrationsbidrag til 3F er i strid med princippet om foreningsfrihed i Menneskerettighedskonventionens artikel 11 samt er en indirekte eksklusivbestemmelse i strid med foreningsfrihedslovens § 4c.

Det gøres herved nærmere gældende, at gebyret/bidraget udgør godt 40 % af et normalt kontingent til 3F og dermed er af en størrelsesorden, hvor der reelt er tale om kontingent og dermed indirekte medlemskab af en fagforening, som sagsøger udtrykkeligt ikke har ønsket medlemskab af. Dette er vel at mærke sket uden at sagsøger på noget tidspunkt har modtaget eller haft mulighed for at opnå de for et medlemskab sædvanlige ydelser i form af rådgivning, vejledning, juridisk hjælp m.v. eller nogen anden af de øvrige serviceydelser, som tilbydes af 3F som led i et sædvanligt medlemskab. I "gamle" dage", før forbuddet mod eksklusivaftaler blev indført i foreningsfrihedsloven i 2006, havde den som bilag A fremlagte overenskomst givetvis indeholdt en egentlig eksklusivaftale, hvorefter sagsøgte alene kunne have ansat medarbejdere, som var eller straks ved ansættelsen blev medlemmer i 3F. I stedet har man nu søgt at sikre sig, at 3F i vidt omfang holdes økonomisk skadesløs for eksklusiv-forbuddet ved at sørge for, at alle medarbejdere bidrager økonomisk til 3F, selv om ikke-medlemmerne såsom sagsøger får en mindre rabat i forhold til prisen for et fuldgyldigt medlemskab (hvilket modsvares af, at ikke-medlemmer ikke har adgang til individuel bistand eller andre medlemsgoder hos 3F). I realiteten er alle medarbejdere som betingelse for at opnå ansættelse hos sagsøgte - og i vidt omfang i branchen generelt - således stadig stavnsbundet til 3F i økonomisk henseende. Det er klart udtryk for omgåelse og derfor i strid med foreningsfrihedslovens § 4c, stk. 1, samt

Menneskerettighedskonventionens artikel 11 om negativ foreningsfrihed.

Ordningen i ansættelsesaftalens punkt 16 er således et klart indgreb i sagsøgers ret til foreningsfrihed og skal derfor tilsidesættes som ugyldig med den konsekvens, at beløbet skal tilbagebetales.

Subsidiært gøres det gældende, at opkrævningen af et gebyr/administrationsbidrag til 3F er i strid med Menneskerettighedskonventionens tillægsprotokol 1, artikel 1, jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 13. maj 2007. Aftalen om gebyr er således utvivlsomt i konventionens forstand et indgreb (berøvelse) i den private ejendomsret, og indgrebet er ikke proportionalt eller retfærdiggjort af overordnede samfundsmæssige interesser. Sagsøger har aldrig fået nærmere orientering om, hvad administrationsbidraget anvendes til, og hvordan indtægterne fra disse bidrag hos 3F holdes økonomisk adskilt fra fagforeningens øvrige aktiviteter. Det er således og har hele tiden været helt uigennemskueligt for sagsøger, hvad han i realiteten betalte for, og det er helt udokumenteret, at sagsøger har fået en reel modydelse. Det gøres herved nærmere gældende, at den ydelse, som bidraget angiveligt skulle dække, nemlig vedligeholdelse og administration af den for sagsøgers ansættelse gældende overenskomst, er en ydelse eller en aktivitet, som 3F udfører af egen fri vilje og uden at sagsøger har anmodet om det, og at udgifterne forbundet hermed er udgifter som 3F under alle omstændigheder ville skulle afholde. Det er således 3F's valg at indgå en overenskomst, der dækker alle medarbejdere beskæftiget hos sagsøgte, og ikke kun egne medlemmer.

Endelig gøres det gældende, at aftalen i ansættelseskontrakten om opkrævningen af gebyr/administrationsbidrag er urimelig og skal tilsidesættes efter aftalelovens § 36. Der er tale om en ordning, hvor sagsøger betaler et gebyr uden at få en reel og dokumenteret modydelse, herunder sædvanlige medlemsydelser, og hvor det under alle omstændigheder ikke er klart, om gebyret alene har været anvendt til at hjælpe med at sikre sagsøgers ansættelsesvilkår eller også har været anvendt til andre formål hos 3F. Risikoen herfor påhviler sagsøgte, uanset at sagsøgte ikke selv direkte har haft vinding ud af ordningen.

Det bør ved bedømmelse af sagen efter aftalelovens § 36 indgå, at sagsøger er udenlandsk statsborger og ikke taler dansk og ikke har haft kendskab til dansk arbejdsmarkedslovgivning eller overenskomstpraksis og derfor ikke har haft mulighed for at vurdere lovligheden af ordningen. Sagsøgte har i den forbindelse ved indgåelse af ansættelsesaftalen og dennes punkt 16 haft en skærpet oplysningsforpligtelse, som klart er tilsidesat. Det gøres herved nærmere gældende, at det er sagsøgte, der som den stærke part i aftaleforholdet har bevisbyrden for, at sagsøger har været fuldt oplyst om ordningen. Det gælder ikke mindst, når der er tale om en ordning, som gør indgreb i sagsøgers formue.

Det bestrides, at det har betydning for bedømmelsen af sagsøgers krav, at sagsøgte overfor 3F har forpligtet sig til at opkræve det ulovlige gebyr. Dette

er i det hele et anliggende mellem sagsøgte og 3F, og sagsøger er naturligvis ikke forpligtet af disse to parter ulovlige aftaler.

Det bestrides, at der er indtrådt passivitet. Sagsøgers faglige organisation fik først tilsendt ansættelseskontrakten og lønsedlerne ultimo 2012/primo 2013 og havde før dette tidspunkt ikke kendskab til sagsøgers ansættelsesforhold. Heller ikke sagsøger har udvist passivitet, da han ikke før han fik rådgivning fra sin fagforening vidste eller burde have vidst, at gebyrordningen var ulovlig."

Sagsøgte, [REDACTED], har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument, hvori det er anført:

"

ANBRINGENDER

...

Til støtte for den nedlagte påstand om frifindelse gøres det gældende:

- at sagsøgte har været forpligtet til at foretage fradrag til dækning af administrationsomkostninger i henhold til den mellem 3F København og sagsøgte indgåede overenskomst,
- at sagsøgers pligt til at betale dette bidrag har været oplyst overfor sagsøger i forbindelse med dennes ansættelse, og at sagsøger har accepteret dette, hvorfor betaling af bidraget ikke kan udgøre en tilsidesættelse af sagsøgerens ejendomsret i henhold til Menneskerettighedskonventionens tillægsprotokol, idet sagsøgeren ikke er "berøvet" en ret til sin ejendom,
- at det påhviler sagsøger at løfte bevisbyrden for, at den indgåede aftale om tilbageholdelse af administrationsbidrag ikke er forstået at sagsøger, hvilken bevisbyrde sagsøger ikke har løftet eller kan løfte,
- at denne pligt til at betale bidrag ej heller er i strid med hverken den positive eller negative organisationsfrihed i henhold til Foreningsfrihedsloven §§ 1 og 2,
- at kravet om betaling af et tilskud til 3F som forudsætning for sagsøgers ansættelsesforhold hos sagsøgte ikke er en indirekte eksklusivbestemmelse, idet den obligatoriske betaling ikke kan sidestilles med et påtvunget medlemskab,
- at Lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold § 4C, stk. 3 ikke indebærer et generelt forbud mod indirekte eksklusivbestemmelser,
- at sagsøger ikke kan rette et eventuelt tilbagebetalingskrav mod

sagsøgte, men at sagsøger derimod må rette et sådant krav mod 3F Hotel og Restauration, som har modtaget det opkrævede beløb til dækning af udgifter til oprettelse og vedligeholdelse af overenskomsten til gavn for medarbejdere, der ikke er medlemmer af 3F Hotel og Restauration,

- at biintervenienten overfor sagsøgte (og sagsøger) har tilkendegivet at ville sørge for, at forhold vedr. overholdelse af overenskomsten overfor alle medarbejdere – organiserede og uorganiserede - ville kunne behandles mellem sagsøgte og biintervenienten, bl.a. fordi der blev betalt et administrationsbidrag til biintervenienten,
- at hvis retten måtte finde, at der mellem sagsøgeren og sagsøgte er indgået aftale om sagsøgtes opkrævning af administrationsbidrag, så er denne ikke i strid med aftalelovens § 36, idet sagsøgte ikke på nogen måde i øvrigt er blevet gjort opmærksom på, at sagsøger ikke forstod denne del af ansættelsesaftalen sprogligt eller indholdsmæssigt,
- at sagsøger ved at være overenskomstdækket har opnået en række goder i ansættelsen, som sagsøger, må det antages, i øvrigt ikke ville have opnået. Der henvises i den forbindelse særligt til vilkårene i overenskomstens § 1, stk. 3-7 og til §§ 2 og 4-6,
- at sagsøger bærer bevisbyrden, for at sagsøger uden overenskomstdækning ville kunne have oppebåret tilsvarende løn og ansættelsesvilkår hos sagsøgte, og at sagsøger ikke har løftet sin bevisbyrde i så henseende, og
- at sagsøger under alle omstændigheder er afskåret fra at gøre krav om tilbagebetaling mod sagsøgte gældende på grund af passivitet."

Retten's begrundelse og afgørelse

Efter sagens oplysninger kan det lægges til grund, at sagsøgte havde indgået en områdeoverenskomst med 3F Hotel & Restauration København, og at overenskomsten både omfattede arbejdstagere, der var organiseret i 3F Hotel & Restauration og arbejdstagere, der ikke var organiseret i 3F Hotel & Restauration.

Sagsøgeren, som i perioden maj 2010 til maj 2012 var ansat hos sagsøgte i tidsbegrænsede ansættelser, var og er efter det oplyste organiseret i Fagforeningen 2B.

Ansættelsesforholdet blev indgået mellem sagsøgte som arbejdsgiver og sagsøgeren som arbejdstager, og af ansættelsesbeviset, som er underskrevet af

sagsøgeren, fremgår, at det er en betingelse for ansættelsesforholdet, at der over lønnen hver måned trækkes enten fagforenings-kontingent til 3F Hotel & Restauration, eller hvis medlemskab af fagforeningen 3F Hotel & Restauration ikke ønskes, at der trækkes et administrationsbidrag til vedligeholdelse af overenskomsten.

Det er under sagen oplyst, at der i sagsøgerens løn blev fratrukket et beløb til vedligeholdelse og administration af overenskomsten, som i starten udgjorde 184,50 kr. om måneden og senere udgjorde 188,50 kr. om måneden.

Da sagsøgte har opkrævet administrationsbidraget ved at fratække administrationsbidraget i lønnen, kan et eventuelt tilbagebetalingskrav rettes mod sagsøgte.

Det forhold, at det efter [redacted] og [redacted] forklaringer lægges det til grund, at sagsøgte overfor 3F havde forpligtet sig til at opkræve administrationsbidrag hos de arbejdstagere, der ikke var organiseret i 3F, og at sagsøgte ubeskåret videresendte administrationsbidraget til 3F kan ikke føre til et andet resultat.

Sagen er derfor anlagt mod rette sagsøgte.

Sagsøgeren har ikke personligt givet møde under hovedforhandlingen, og de nærmere omstændigheder ved indgåelsen af de konkrete ansættelsesaftaler er uoplyst, herunder om sagsøgeren måtte have forstået betingelsen med hensyn til administrationsbidraget.

Uanset om sagsøgeren måtte have forstået den anførte betingelse for ansættelsen, er dette ikke til hinder for, at sagsøgeren kan påberåbe, at administrationsbidraget er i strid med grundlæggende friheds- og menneskerettigheder, eller at en prøvelse af sagsøgerens indsigelser skulle være fortabt på grund af passivitet.

Af artikel 1, i tillægsprotokol af 20. marts 1952 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fremgår:

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

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

Menneskerettighedsdomstolen har i dom af 13. maj 2007 i sag 75252/01 Evaldsson og andre mod Sverige truffet afgørelse om lovligheden af bestem-

melser i en overenskomst, som både dækkede organiserede og ikke organiserede ansatte, og som bestemte, at der hos ikke organiserede ansatte skulle ske fradrag på 1,5 % af lønnen til dækning af fagforeningens udgifter til kontrol af lønvilkårene. De 1,5 % udgjorde for klagerne ca. 30 euro pr. måned.

I dommen giver Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udtryk for, at opkrævning af gebyrer/afgifter i de ansattes løn for at dække udgifterne til fagforeningens kontrolarbejde, som sådan kan forfølge et sagligt formål "i samfundets interesse" da kontrolarbejdet har til formål beskytte alle arbejderes interesser. Domstolen udtaler samtidig, at gebyrerne ikke bør anvendes som bidrag til fagforeningens generelle aktiviteter. Det fremgår af dommen, at opkrævningen af gebyret på ca. 30 euro udgjorde et indgreb i ejendomsretten, jf. artikel 1 i tillægsprotokollen, da det ikke var dokumenteret, at gebyret stod i rimeligt forhold til de faktiske udgifter, som fagforeningen havde med hensyn til lønkontrollen. Domstolen fandt sammenfattende, at fagforeningens kontrolforanstaltninger manglende den fornødne gennemsigthed, da der ikke var reel mulighed for de ansatte til at efterprøve, hvordan beløbene blev brugt, og at der forelå en krænkelse af artikel 1 i tillægsprotokollen.

Af [redacted] forklaring fremgår, at de beløb, som blev indbetalt til 3F i henholdsvis administrationsbidrag fra ikke medlemmer og i kontingent fra medlemmer indgik i driften, og at han ikke var bekendt med, om 3F havde en særskilt konto til administrationsbidragene.

Da det efter sagens oplysninger ikke er godtgjort, at de månedlige administrationsbidrag, som blev trukket i sagsøgerens løn, stod i rimeligt forhold til de faktiske udgifter, som 3F havde til vedligeholdelse af overenskomsten, og da ordningen efter sagens oplysninger findes at mangle den fornødne gennemsigthed, finder retten, at opkrævningen af administrationsbidraget - efter det foreliggende - må findes at stride mod art 1 i tillægsprotokollen, således som bestemmelsen fortolkes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til, om bestemmelsen om administrationsbidraget måtte stride mod foreningsfrihedslovens § 4 c og artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Med disse bemærkninger tages sagsøgerens påstand til følge som nedenfor bestemt.

Sagsøgte skal betale 18.500 kr. i sagsomkostninger til sagsøgeren. Heraf dækker 500 kr. udgift til retsafgift og 18.000 kr. udgift til advokatbistand.

Retten har ved omkostningsfastsættelsen lagt vægt på sagens værdi sammenholdt med sagens karakter, omfang og resultat.

Det bemærkes i tilknytning hertil, at beløbet til dækning af sagsøgerens

advokatombkostninger ikke er tillagt moms, da sagsøgeren, som ikke er momsregistreret, er mødt ved en hos mandataren ansat advokat.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, [REDACTED], skal inden 14 dage betale 3.790,50 kr. med tillæg af procesrente fra den 27. juni 2013 til betaling sker.

Inden samme frist skal sagsøgte, [REDACTED], betale 18.500,00 kr. i sagsomkostninger til Fagforeningen 2B.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Janne Rostrup Hansen
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Glostrup, den 28. november 2014.

Kim Bønnelycke Knudsen, kontorfuldmægtig