

## "Gældende ret"

### Følger af:

- Lovgivningen
- De med hjemmel i lov indgåede aftaler inden for de ufravigelige retsprincippers grænser
- De af lovgiver gennem passivitet accepterede retssædvaner

### "Aftaler" vil sige:

- Udtrykkelige, klare vedtagelser
- Vedtagelser og tolkninger ud fra de almindelige regler om tolkning og udfyldning af aftaler samt om stiltiende aftaleindgåelse, herunder ud fra retssædvaner

## Retssædvaner i arbejdsretten:

### Udgangspunktet:

- De traditionelle kutymekriterier: En praksis der er fulgt 1) *almindeligt*, 2) stadig og 3) *længe* 4) *ud fra en følelse af retlig forpligtelse*

Problem eksempelvis Arbejdsretligt Tidsskrift (AT) 1985 s. 219 (FV 18/11 1985) hvor nogle typografiske medarbejdere 8/5 1985 arbejdede over efter sædvanlig arbejdstids ophør iht. virksomhedens anmodning herom, forårsaget af en forsinkelse, der var opstået i kraft af et (overenskomststridigt) fagligt møde af ca. 2 timers varighed om formiddagen samme dag. Ifølge en husaftale var medarbejderne forpligtet til at gøre produktionen (en avis) færdig, hvis der af en eller anden grund måtte opstå forsinkelse, og både den 2/5 og den 6/5 havde virksomheden ydet overarbejdsbetaling til medarbejdere, der havde deltaget i overenskomststridige arbejdsnedlæggelser, og som iht. aftalen arbejdede over. Disse medarbejdere antoges at måtte herefter forudsætte, at virksomhedens anmodning til dem om på ny at arbejde over den 8/5 også indebar et tilsagn om betaling af denne art.

- De praktiske "kutyme" kriterier i lyset af aftaleretten:
  - o Hvad har parterne konkret foretaget sig i relation til hinanden, som begrunder berettigede forventninger - det være sig enkeltstående handlinger, undladelser eller partspraksis?
  - o Svarer den påståede bindende ordning til dansk rets sædvanemæssige, almindelige (uskrevne) retsprincipper, som parterne kan antages at have henholdt sig til? Eksempler: De obligationsretlige principper om virkningen af individuel misligholdelse, passivitet, omgåelse, svigtende forudsætninger, skadevoldende adfærd og .modregning (i løn)

- Svarer den påstået bindende ordning til det sædvanligt gældende i arbejdsaftaler af den pågældende art inden for området eller i kollektive arbejdsoverenskomster som sådan?
- På det *kollektive* plan tillige: Svarer den påstået bindende praksis til det kollektive overenskomstsyste ms eller den gældende hovedaftales overordnede principper og de særligt på de kollektive overenskomsters område sædvanemæssigt udfældede principper - altså overenskomsternes "naturalia negotii"? Eksempler: Overenskomstens lønregler sikrer lønmodtagerne mod indtægtsnedgang inden for de rammer, der ligger i den enkelte medarbejders tidsvilkår, medmindre andet fremgår klart af overenskomsten; parternes dispositioner over for hinanden i henhold til en i overenskomsten hjemlet handlefrihed skal have saglige grunde; parterne skal respektere hinandens erhvervsfrihed; der påhviler overenskomstparterne en særlig, indbyrdes loyalitetspligt: den almindelige ordning/tendens, som kommer til udtryk i kollektive arbejdsoverenskomster (eksempelvis frihed 1. maj og bordsordningens anvendelighed ved overenskomstbrud.

## Konkretisering: Hvor har specielt *sædvanemomenter* betydning i arbejdsretten?

### *Individualaftaleplanen*

- Hvad er parternes egen praksis?
- Hvad er den almindelige praksis i virksomheden (som kan antages at være kendt af begge parter)?
- Hvad er det almindeligt gældende i tjenesteforhold på det pågældende faglige område eller i stillinger af den pågældende art (ansættelseskontraktens naturalia negotii)?

### *Det kollektive plan – overenskomstkutymen:*

#### **Udgangspunktet:**

Er der på et *defineret overenskomstområde konsekvent* – så at det altså ikke fremstår som et udslag af tilfældigheder – fulgt en *ensartet* fremgangsmåde i en *periode*, vil denne praksis *efter omstændighederne* kunne konstituere en retlig forpligtelse ("kutyme").

#### **Grundspørgsmål:**

- 1) Befinder vi os på det individuelle eller det kollektive plan eller måske på dem begge?

Eksempel: I FV 7/9 1992 indebar en opsigelse og deraf følgende bortfald af en bestående kutyme for betalt spisepause en så væsentlig ændring af ansættelsesforholdet for de medarbejdere, overenskomsten omfattede, at bortfaldet også måtte varsles over for

medarbejderne med det opsigelsesvarsel, som var gældende i det enkelte ansættelsesforhold.

- 2) På hvilket område og/eller overenskomstniveau (hovedaftaleniveau, fagoverenskomstniveau eller lokalaftaleniveau) befinder vi os?
- 3) Kan den pågældende ordning evt. afvikles iht. lempelige frigørelsesregler, herunder med et kortere varsel end det sædvanlige varsel for opsigelse af pågældende overenskomst? (Dette vil kunne tale for at slække de krav, der kan stilles til praksis for at anse den som en retligt bindende kutyme).

**De generelle kriterier for, om der foreligger en retligt bindende kutyme på det kollektive plan:**

- 1) Tidsvarigheden:  
Jo *længere* fremgangsmåden er fulgt på det givne område, desto sikrere holdepunkt er der for at antage, at der er tale om en retligt forpligtende kutyme. *Hvor lang* varighed, der kræves, er imidlertid vanskeligt at afgøre. *Dels* flyder kutymeelementet over i de sædvaner og retsprincipper, der på overordnet plan danner udfyldende grundlag for arbejdslivets retsforhold i al almindelighed. Og *dels* er der tilfælde, hvor »kutymen« i realiteten repræsenterer en passivitetsvirkning eller et andet moment, der evt. sammen med andre momenter virker retsstiftende efter de almindelige regler om aftalers indgåelse, fortolkning og udfyldning, herunder om stiltiende aftaleindgåelse.
- 2) Afgørende: Den berettigede forventning. Hvilken *berettiget forventning* har den pågældende *praksis* altså *i sammenhæng med andre faktorer* skabt?

Se f.eks. FV 7/9 1992 om et tilfælde, hvor der i en årrække havde været praksis for betalt spisepause: Medarbejderne havde *med føje* opfattet arbejdsgiversidens holdning således, at arbejdsgiveren mente sig retligt forpligtet til at følge denne praksis, og herefter forelå en bindende kutyme – endog uanset at denne ikke var medtaget i en oversigt over lokalaftaler og kutyper, som var vedhæftet overenskomsten

Dvs.

- Kan der eftervises noget, der peger på, at der i konsekvens af forudgående forhandlingsforløb, afviklede fagretlige sager og/eller andet på har været en fælles forståelse mellem parterne svarende til den påståede kutyme, eller andet, der dog kunne give den, der påstår sig kutymeberettiget, indtryk af en sådan forståelse? Herunder: udgør praksis blot en fortsættelse af en allerede før overenskomstens tilblivelse praktiseret ordning, som var kendt ved overenskomstindgåelsen, uden at dette altså førte til etableringen af en modsatrettet regel i overenskomsten? Eller lader det sig påvise, at den påstået forpligtede har opnået modtydelser i anledning af den forpligtende praksis?

- Eftersom der ikke stilles noget skriftlighedskrav til kollektive overenskomster vil det være relevant at afklare *alle omstændigheder, som er egnede til at skabe berettiget forventning*:

- 3) Påpasselighedskravet: *Hvilket kendskab har den påstået kutymbundne altså til den pågældende praksis, eller dog opfordring til at indse dens eksistens uden at reagere heroverfor?*

Eksempel: AT 1993/78 (AR 92209), hvor arbejdsgiveren ansås at være i god tro mht. lovligheden af en overenskomststridig praksis, hvorfor denne havde betydning for bodsudmålingen: *Uanset* denne gode tro kunne en bindende kutyme i strid med overenskomsten ikke retsgyldigt stiftes uden lønmodtagerorganisationens *vidende* om den pågældende praksis.

Dvs.:

- Har den påberåbte praksis eksempelvis givet sig udslag i jævnlige eller blot i lejlighedsvis dispositioner?
- Er praksis sammenfaldende eller i modstrid med den almindelige ordning i samfundet, med almindelige retsregler, med almindelige arbejdsretlige principper eller med den pågældende overenskomsts almindelige ordning?

Eksempel: FV 4/6 1997 anser Grundlovsdag efter kl. 12 som sædvanemæssig frihed; dette gjaldt, *uanset* at man i branchen var *undtaget* fra bestemmelsen i den tidligere lovgivnings regel om grundlovsfri indtil ændringen af loven i 1976/77. Der antoges at være tale om en overenskomstmæssig kutyme, der kun kunne opsiges sammen med overenskomsten.

Følgelig skærpes kravene i relation til en fast praksis for ledelsesrettens udøvelse, idet en sådan praksis i realiteten blot behøver være udtryk for arbejdsgiverens overenskomstmæssige, ensidige beslutning mht. ledelsesrettens uforandrede udøvelse på en bestemt måde gennem selv en lang periode.

- Har man passeret én eller ligefrem flere overenskomstfornyelser?

Eksempel: FV 16/12 1987 hvor en mangeårig kutyme vedr. løntillæg efter gentagne overenskomstfornyelser toges som udtryk for parternes mening.

- Har den berettigede markeret sin opfattelse af, at kutymen er retligt forpligtende, uden at blive mødt med protest?
- Har den påstået kutymeforpligtede opgivet tidligere forsøg på at få ændret praksis?

- 4) Kutymens funktion

- Praksis vil e.o. i sig selv kunne konstituere en *stiltiende overenskomst*.
- Tilsvarende kan en praksis konstituere en stiltiende vedtagelse om *fortolkning, nødvendig komplettering* eller *supplering ud over det nødvendige* eller endog en *ændring* af en eksisterende overenskomst. Dette vil påvirke de krav, der må stilles, for antagelsen af en retligt forpligtende kutyme.
- *Des større uklarheder og mere iøjnefaldende huller, desto større krav må der derfor stilles til parternes påpasselighed* mht., hvilken praksis der udvikler sig.

Eksempler: I FV 26/9 2006 noteres, at i mangel af klarhed i overenskomsten måtte det forhold, at aflønning på overenskomstrådet uden indsigelse var sket på en bestemt måde i en årrække, tages som udtryk for, at denne aflønning var i overensstemmelse med parternes fælles forståelse, således som denne havde udviklet sig i praksis. I FV 3/12 1926 siges, at kutymen netop er egnede til at præcisere forståelsen af svævende udtryk; tvisten drejede sig i det konkrete tilfælde om forståelsen af udtrykket "*af lignende omfang*".

- Også en *praksis*, som er *anderledes end selv den klare overenskomsttekst og overenskomstens tilblivelseshistorie tilsiger*, kan e.o. blive retligt forbindende, såfremt praksis er uimodsagt. Men der må her mere til i henseende til varigheden af praksis og evt. andre momenter, der kan bidrage til at konstituere et stiltiende aftaleindhold.

Eksempel: FV 1/3 1935: En "*langvarig og fast*" kutyme kan godt fortrænge en udtrykkelig overenskomstbestemmelse.

- Tilsvarende gælder om en praksis, der er i modstrid med de overordnede principper, overenskomsten hviler på, eller med det samlede koncept for regulering af parternes relationer, den repræsenterer
- 5) *Lokal praksis for konkrete begunstigelser for de ansatte* ud over, hvad overenskomsten efter sit ordrette indhold forpligter en arbejdsgiver til, skaber dog nok ret hurtigt tillid hos medarbejderne til, at praksis er udtryk for, hvad de har retligt krav på.
  - 6) *Bevisbyrden*  
Den, der hævder *ikke* at være forpligtet af en praksis, som har sandsynligheden og rimeligheden for sig, f.eks. fordi falder ind i overenskomstens almindelige system, i de udfyldende retsregler, almindelige retsprincipper og i, hvad der er foregået mellem parterne, har bevisbyrden for, at praksis ikke er retligt forpligtende.
  - 7) *Andre virkninger af praksis*  
Afgørelsen af, at der eventuelt består eller ikke består en retligt forpligtende »kutyme«, kan være mindre interessant, idet de retsvirkninger, der knyttes til samme, e.o. blot er, at ordningen kan bringes ud af verden efter lempelige frigørelsesregler. I nogle underbetalingssager har »kutymen« (dvs. henvisning til betalingspraksis) f.eks. blot den effekt, at der ikke kan kræves efterbetaling for den forløbne tid i kraft af det overenskomstbrud, praksis har indebåret, men kun overenskomstmæssig betaling for fremtiden. På tilsvarende vis kan eksistensen af en vis praksis og den passivitet over for den, som den krænkede part har udvist, indebære en reduktion eller bortfald af det normale bodsansvar for overenskomstbrud.

## Nærmere om overenskomstkutymen i

*Den Danske Arbejds- og Foreningsret: Schultz Arbejdsretsportal*. Overordnet om sædvaner som retskilde afsnit VI, 3.5 (3 manussider), praksis mellem individualparterne som grundlag for aftalepositioner mellem disse i afsnit X, 3 (3 sider), praksis som grundlag for fortolkning og udfyldning af ansættelseskontrakten

afsnit X, 4 (forskellige steder), kutymen som grundlag for tolkning og udfyldning af kollektive overenskomster mere generelt afsnit XX (flere steder) , mere specifikt i afsnit XXII, 1.2 om stiltiende overenskomstoprettelse (flere steder), samt afsnit XXII, 3.2 om kutymen som grundlag for overenskomstens fortolkning og udfyldning (flere steder). Endelig afsnit XXV, 1.2.3.5 om afvikling af kutymen (16 sider).

## **Kutymediskussionen**

Allan Rise, Overenskomstfortolkning ved Faglig Voldgift (1983) s. 123

Per Jacobsen, Juristen 1985 s. 157 ff., noget modificeret Den Kollektive Arbejdsret, 3. udg. s. 286 f.

Ruth Nielsen, Dansk Arbejdsret, 3. udg. s. 75 f.

Mogens Hornslet, Faglig Voldgift, bind 1, 2008, s. 122 ff.

Jens Kristiansen, Den Kollektive Arbejdsret, 2. udg. s. 269 f.

Sten Edlund, Svensk Juristtidning 1981 s. 306

Stein Evju, Lov og Rett 1981, hæfte 1, s. 47.

H.G. Carlsen, UfR 1980 B s. 52.

Ole Krarup, Juristen & Økonomen 1981 s. 33 ff

Folke Schmidt, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1908 s. 262 f.

Preben Stuer Lauridsen, Juristen & Økonomen, 1981 s. 185 ff.