

## D O M

Afsagt den 26. september 2014 af Østre Landsrets 7. afdeling  
(landsdommerne Tuk Bagger, Karen Hald og Ina Darby Iwersen (kst.)).

7. afd. nr. B-3286-13:

Dansk Metalarbejderforbund s.m.f.

A

(advokat Mads Bendix Skelbæk-Knudsen)

mod

DGS af 2011 A/S under konkurs

(advokat Louise Krarup Simonsen)

Sø- og Handelsrettens Skifterets dom af 4. oktober 2013 (P-36-12) er anket af A med påstand om, at indstævnte, DGS af 2011 A/S under konkurs, tilpligtes at anerkende, at appellanten har et privilegeret krav på 39.431,53 kr. i konkursboet.

DGS af 2011 A/S under konkurs har påstået stadfæstelse.

### **Supplerende sagsfremstilling**

A har for landsretten yderligere fremlagt de aftalegrundlag for løn og provision, som var gældende mellem parterne i perioden fra den 1. marts til den 30. september 2010 og perioden fra den 1. oktober 2011, det vil sige de to perioder henholdsvis før og efter den periode, der er omhandlet af sagen.

I forhold til aftalegrundlaget for den tidligere periode skete der med det aftalegrundlag, der gjaldt for perioden fra den 1. oktober 2010 til den 30. september 2011, navnlig den ændring,

at der i aftalegrundlagets pkt. 3.11 blev indført en bestemmelse om løbende provisionsopgørelse, hvorved manglende indtjening en måned skulle indtjenes i de følgende måneder, inden der kunne udbetales provisionsløn. Man fik således ikke udbetalt provision, før man havde indtjent sin grundløn.

I aftalegrundlaget angives følgende eksempel på beregning af provision efter den ændrede model:

Provisionsats: 12,00 %

Beregnet løn januar =  $200.000 \cdot 12,00\% = 24.000$   
Provision januar =  $24.000 - 22.800 = 1.200$   
Udbetalt løn = 24.000

Beregnet løn februar =  $150.000 \cdot 12,00\% = 18.000$   
Provision februar =  $18.000 - 22.800 = -4.800$  (og dermed kun grundløn)  
Udbetalt løn = 22.800

Beregnet løn marts =  $250.000 \cdot 12,00\% = 30.000$   
Provision marts =  $30.000 - 22.800 - 4.800 = 2.400$   
Udbetalt løn = 25.200

Med aftalegrundlaget for den efterfølgende periode med start den 1. oktober 2011 blev indført den ændring i targetsætningen, at konsulenter ansat pr. 1. oktober 2010 nu kunne vælge, om de ønskede at blive modregnet ved afholdt ferie, eller om de ikke ønskede at blive modregnet. Hvis en konsulent ikke ønskede at blive modregnet, ville provisionsatsen blive korrigeret herfor.

## **Forklaringer**

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaringer af A, C og B.

A har forklaret blandt andet, at han ikke ønskede a conto provision, fordi han derved kunne komme til at skylde selskabet penge, hvis han ikke levede op til a conto udbetalingerne. Hans feriegodtgørelse af provision blev udregnet på grundlag af hans individuelle salg. Feriegodtgørelse af provision blev opgjort i maj på grundlag af optjent provision i det forudgående ferieår. Derudover fik han den almindelige procentsats i ferietillæg af grundlønnen. Hans provision er beregnet på grundlag af de underskrevne kontrakter, som han indleverede til selskabet

efter at have fået kundens underskrift. Provisionen kom oftest til udbetaling i den efterfølgende måned.

C har forklaret blandt andet, at han i forbindelse med forhandlingerne om provisionsordningen ikke havde til hensigt at indføre en ordning, der var i konflikt med ferieloven. Initiativet til at ændre provisionsberegningen kom fra selskabets ledelse, hvor der i øvrigt ofte var udskiftninger i disse år. De var godt opmærksomme på, at ansatte i perioder efter ferier ville have en lavere løn på grund af manglende indtjening af provision under ferien, men de mente for så vidt, at det var fair nok. Feriegodtgørelsen blev alene beregnet af provisionen. Herudover modtog man sin grundløn under ferie. Ordningen pr. 1. oktober 2011, hvorefter nyanførte konsulenter kunne vælge, om de ønskede at blive modregnet, blev vedtaget som følge af et ønske fra konsulenterne.

Man kunne i 2010 aftale en a conto ordning vedrørende provision, selvom det først blev skrevet ind i aftalegrundlaget for den efterfølgende periode. Virkningen af a conto ordningen var, at man fik udbetalt sin targetløns hver måned, og der blev så løbende holdt øje med, om det udbetalte stemte med det faktisk indtjente. Meningen var, at der skulle ske en årlig opgørelse. A conto betalingerne blev aftalt individuelt med den enkelte sælger. Han husker ikke, hvad der gjaldt for A. Han deltog som eneste tillidsmand fra virksomheden i forhandlingerne bag aftalegrundlaget pr. 1. oktober 2010, men han var i løbende kontakt med Dansk Metal. De var i forbindelse med forhandlingerne godt klar over, at der skulle ske modregning. Ledelsen ønskede ordningen for at få større likviditet. Det indgik i hans overvejelser, at der altid vil være en grænse for, hvor meget den enkelte sælger på længere sigt vil kunne indtjene. Der ville aldrig kunne blive modregnet i grundlønnen, hvis der via a conto provisionen opstod et minus for den enkelte ansatte.

B har forklaret blandt andet, at en "targetløns" er en forventet månedlig indtjening, både grundløns og provision. Targetlønnen blev opgjort på grundlag af tidligere opgjorte indtjeninger. Han har arbejdet med alle de tre aftalegrundlag, der nu indgår i sagen. Efter aftalen fra marts til oktober 2010 blev provisionen opgjort løbende. Satsen var på det tidspunkt sat i forhold til den forventede omsætning med den enkelte kunde. Hvis man fulgte sit budget fuldstændig, ville man tilsvarende følge sin targetløns. Da aftalegrundlaget pr. oktober 2010 blev vedtaget, var der nogle forståelsesspørgsmål, der skulle afklares, men han følte ikke, at der

var større uro. Med modregningsmekanismen skulle grundlønnen være optjent, før der kunne beregnes provision. En for lille indtjening blev ikke modregnet i grundlønnen, men blev overført som negativ til næste måned og skulle så tjenes hjem, før der kunne oparbejdes provision. As indtjening fra oktober 2010 til september 2011 lå lidt under det gennemsnitlige.

Man kunne sagtens komme til at skyldte provision til selskabet, hvis man havde valgt a conto provisionen. Man måtte så sørge for løbende at få udbetalingerne justeret ind. Det gjorde ingen forskel i den endelige beregning, om man havde en a conto ordning eller ej. Konsulenterne havde udtrykt ønske om ikke at blive modregnet under ferie, og man indføjede derfor bestemmelsen herom i aftalegrundlaget pr. oktober 2011. Hvis man valgte ikke at blive modregnet, ville man til gengæld få en lavere provisionssats. Også i den situation ville beregningen i gennemsnit over et år dog føre til fuldstændig samme resultat.

Et salg ville typisk komme med i provisionsgrundlaget for den efterfølgende måned. Feriegodtgørelsen på 12,5 procent blev vist udbetalt i maj måned og blev beregnet således, at ferietillægget på 1,5 procent blev beregnet af grundlønnen og provisionen, og 11 procent blev beregnet af den samlede provision for det forudgående ferieår.

At aftalegrundlagets punkt 3.7 ikke omfatter ferie, har han fået at vide af flere ledende personer i virksomheden. Det er meningen med provisionssatsen, at man indtjener en lidt højere provision i de perioder, hvor man ikke holder ferie som kompensation for de perioder, hvor man holder ferie og derfor ikke optjener provision. Da A blev afskediget, blev der i alt afskediget omkring 200 konsulenter i virksomheden.

## **Procedure**

Parterne har for landsretten gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

A har herudover anført, at det er i strid med arbejdstidsdirektivets (dir. 2003/88/EF) artikel 7, således som denne er fortolket af EU-domstolen senest ved dom af 22. maj 2014 i sag C-539/12, Lock, at en arbejdsgivers fortolkning af en aftalt provisionsordning reelt indebærer, at en arbejdstager betaler for sin egen løn under ferien, som tilfældet var for A i sommeren 2011.

DGS af 2011 under konkurs A/S har heroverfor anført, at aftalegrundlaget, der er forhandlet med Dansk Metal, samt selskabets beregninger på grundlag heraf ikke er i strid med arbejdstidsdirektivets artikel 7, idet A er kompenseret for, at der ikke i ferieperioder blev optjent provision ved udbetaling af grundløn under ferien samt feriegodtgørelse på 12,5 % af provisionen. A havde endvidere mulighed for at udjævne provisionen ved at vælge en a conto ordning, hvilket han fravalgte.

### **Landsrettens begrundelse og resultat**

Arbejdstidsdirektivet (Europaparlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF) angiver i artikel 7, at medlemsstaterne har pligt til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed.

Det er herom i EU-Domstolens dom af 22. maj 2014 i sag C-539/12, Lock, præmis 24, udtalt, at bestemmelsen skal fortolkes således, at

”den er til hinder for nationale bestemmelser og en national praksis, hvorefter en arbejdstager, hvis løn er sammensat af dels en grundløn, dels en provision, hvis størrelse fastsættes i forhold til de kontrakter, der indgås af arbejdsgiveren som resultat af denne arbejdstagers realiserede salg, kun har ret til en løn, der udelukkende består af hans grundløn, i forbindelse med hans årligt betalte ferie.”

Det er i dommens præmis 35 overladt til den nationale ret på grundlag af de regler og kriterier, der er opstillet i Domstolens praksis og i lyset af det formål, der forfølges med artikel 7 i arbejdstidsdirektivet, at vurdere metoderne for beregningen af den provision, som en sådan arbejdstager har ret til i forbindelse med sin årlige ferie.

Efter ferielovens § 23, stk. 2, 3. pkt., har en provisionslønnen under sin ferie krav på en compensation for den provision, der mistes som følge af ferieafholdelsen.

Af lovforslagets bemærkninger til § 23 (1999/1 LSF 178) fremgår:

”Hvis aflønningen er sammensat af en fast grundløn samt en ikke ubetydelig provision, og arbejdsvilkårene indebærer, at provisionsdelen reduceres som følge af ferieafholdelse, vil den pågældende være berettiget til under ferieafholdelse at

kombinere den faste løn med feriegodtgørelse af provisionen i det forudgående optjeningsår.”

Hermed opfylder de danske regler formålet i arbejdstidsdirektivets artikel 7 som senest fortolket af Domstolen i dom af 22. maj 2014 i sag C-539/12, Lock.

A modtog under sin ferie i sommeren 2011 både sin grundløn og en feriegodtgørelse på 12,5 procent af provisionsindtjeningen i det forudgående indtjeningsår som kompensation for manglende optjening af provision under ferien.

Herefter og i øvrigt af de grunde, som Sø- og Handelsrettens Skifteret har anført, er landsretten enig i, at beregningen af As provision er i overensstemmelse med parternes aftale og ferieloven.

Landsretten stadfæster på denne baggrund byrettens dom.

Dansk Metalarbejderforbund som mandatar for A skal inden 14 dage betale sagsomkostninger for landsretten til konkursboet med i alt 20.000 kr. Beløbet omfatter 18.384 kr. til udgifter til advokatbistand ekskl. moms og 1.616 kr. til transportudgifter til vidnet B. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens værdi taget hensyn til dens omfang og varighed.

#### T h i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Dansk Metalarbejderforbund som mandatar for A betale 20.000 kr. til DGS af 2011 A/S under konkurs.

Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.