

Kendelse af 2. november 2020 i faglig voldgift FV2020-516:

Fagligt Fælles Forbund (3F)
(forhandlingssekretær Svend-Aage Poulsen)

mod

DI Dansk Byggeri
for
X A/S
(seniorchefkonsulent, advokat Thorsten Wilstrup)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår virksomheden X A/S' anvendelse af selvstændige erhvervsvirksomheder til udførelse af nærmere angivne arbejder. Spørgsmålet er, om der har foreligget en omgåelse af Gulvoverenskomsten ved, at arbejdet er udført i et lønmodtagerlignende ansættelsesforhold.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 30. oktober 2020 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: næstformand Palle Bisgaard og konsulent Michael C. Severinsen, begge 3F, seniorchefkonsulent, advokat (H) Kia Philip Dollerschell og fagleder, advokat Tina Lind-Larsen, begge DI Dansk Byggeri.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af:

- A, der om sig selv har forklaret, at han er uddannet gulvlægger og siden 2014 har været projektansat af Gulvlægernes Landsbrancheklub til afdækning af branchens udfordringer med "arme og ben"-virksomheder. Inden da var han i 30 år ansat hos den indklagede virksomhed X A/S, hvor han deltog aktivt i det faglige arbejde som medlem

af diverse udvalg, som sikkerhedsrepræsentant og som tillidsrepræsentant i perioden 2004-2014. Han er næstformand i Brancheklubben for gulvlæggere i regionen, medlem af Landsbrancheklubbens bestyrelse og overenskomstudvalg, næstformand for gulvskolen i by 1 og medlem af lærlingegodkendelsesudvalget.

- B, der om sig selv har forklaret, at han er direktør i og medejer X A/S.
- C, der om sig selv har forklaret, at han er uddannet gulvlægger og ejer af J ApS, som han etablerede i 2015, og som beskæftiger 6 medarbejdere, heraf 3 svende. Virksomheden er hjemmehørende i by 2, de arbejder hovedsageligt i Vestjylland, hvor de har deres egen kundekreds, men tager også opgaver som underentreprenør for andre virksomheder, bl.a. X A/S. Han har ikke været ansat i X A/S.
- D, der om sig selv har forklaret, at han er uddannet gulvlægger og har lavet gulvarbejde i 30 år. Han har de seneste 15 år drevet enkeltmandsvirksomheden K. Inden da var han i 15 år ansat i X A/S. Han har sin egen kundekreds, men tager også opgaver som underentreprenør for andre virksomheder, bl.a. X A/S.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret var flertal for en afgørelse, træffes denne af opmanden. Parterne er enige om, at det kan ske uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5, 2. pkt.

3. Påstande

Klager, Fagligt Fælles Forbund (3F) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med L virksomhed og M virksomhed på byggeplads 1 i ugerne 37-40 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 2

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med M virksomhed på byggeplads 2, i uge 45 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 3

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med N virksomhed og O virksomhed på byggeplads 3, i ugerne 39-40 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med P virksomhed på byggepladserne 4 og 5 i uge 39 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med Q virksomhed på byggepladserne 6, 7, 8, 9 og 10 i ugerne 39-41 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 6

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med K virksomhed på byggeplads 11, i uge 40 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 7

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med J virksomhed på byggeplads 12 i ugerne 30-35 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 8

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med J virksomhed på byggeplads 13 i ugerne 1-41 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 9

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med Q virksomhed på byggeplads 13 i sommeren 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 10

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med R virksomhed på byggeplads 13 i hele byggeperioden 2018 - 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Påstand 11

Indklagede tilpligtes at anerkende, at X A/S' samarbejde med S virksomhed på byggeplads 13 i fra uge 42 2019 er i strid med Gulvoverenskomstens § 4.

Indklagede, DI Dansk Byggeri (Dansk Byggeri) for X A/S har påstået frifindelse.

4. Overenskomstgrundlaget

Gulvoverenskomsten indeholder bl.a. følgende bestemmelse:

”§ 4 Omgåelse af overenskomsten

1. Der er mellem parterne enighed om, at det kan betragtes som en omgåelse af overenskomsten, hvis selvstændige erhvervsvirksomheder udfører et bestemt angivet arbejde i et lønmodtagerlignende ansættelsesforhold såkaldte ”arme og ben virksomheder”.

2. Det betragtes dog ikke som en omgåelse af overenskomsten, når to eller flere virksomheder i et reelt forretningsforhold indgår aftale om et bestemt angivet arbejde, eller hvor en underentreprenør eller et specialfirma antager medarbejdere til at udføre arbejdet.

3. Uoverensstemmelser om hvorvidt der er tale om en omgåelse af overenskomsten kan behandles i henhold til de fagretslige regler.

4. Ved bedømmelsen af, om der er tale om en omgåelse af overenskomstens bestemmelser, indgår det som en vejledning, om den selvstændige

- udøver ledelsesretten ved udførelsen af arbejdet
- er ansvarlig for arbejdets kvalitet
- er økonomisk ansvarlig
- bærer den økonomiske risiko ved arbejdet.”

5. Sagens oplysning

Klager har fremlagt en telefonliste udarbejdet af X A/S, som ud over navne og telefonnumre på virksomhedens medarbejdere indeholder et afsnit med overskriften ”Underleverandører” omfattende navne og telefonnumre på de fleste af de firmaer, som klagers påstande under denne sag angår, og yderligere nogle navne og numre (sagens bilag E).

Klager har endvidere fremlagt et fotografi af ”Arbejdsplan for uge 39 E person”, hvori der ud for mandag er skrevet ”byggeplads 4” med en lodret streg under ned i tirsdag, ud for tirsdag er skrevet ”byggeplads 5” med en lodret streg under ned gennem onsdag og torsdag til fredag (sagens bilag M). Der er desuden fremlagt et fotografi af ”Arbejdsplan for uge 39 F person”, hvori der ud for mandag er skrevet byggeplads 6, ud for tirsdag ”byggeplads 8”, ud for onsdag byggeplads 7, ud for torsdag ”byggeplads 9” med en lodret streg under ned i fredag (sagens bilag Q).

Klager har yderligere fremlagt fotografier af et antal arbejdssedler ”Montør” (sagens bilag J, K, N, O og P). De er udfyldt med arbejdssted, og på de fleste af fotografierne kan det ses, hvad arbejdsstedet er. Et par af fotografierne er taget, så der kan ses en arbejdsbeskrivelse (f.eks. bilag N: Arbejdssted byggeplads 6, Arbejdets beskrivelse: Lejlighed, let slibning af nye spånplader, klæbe, Spacia SS5W2549, ca 45 kvadratmeter).

Af referat af mæglingsmøde den 7. november 2019 fremgår, at Dansk Byggeri ”forbeholder sig på vegne sit medlem retten til at inddrage myndighederne i sagen”.

A har forklaret, at der ikke er nogen forskel i måden, hvorpå der sker tildeling af arbejde til fastansatte og underentreprenører. Der var tidligere i virksomheden en reol med en oversigt over, hvad såvel de fastansatte som underentreprenørerne lavede. Ud for den enkelte ville der forrest være en ugeplan (med navn), bag denne montørsedler (uden navn) på de enkelte opgaver opført på ugeplanen. Montørsedler blev brugt både til de fastansatte og til underentreprenørerne. Bilag Q er en arbejdsseddel for en underentreprenør, F. Bag denne ville ligge 4 montørsedler for de 4

opgaver. Oplysningerne om underentreprenørerne er nu flyttet til et aflåst rum, hvortil de fastansatte ikke har adgang.

A har endvidere forklaret, at underentreprenører tidligere blev anvendt som brandslukkere. De kom ind, når der var behov, og røg ud som de første. Det har ændret sig, nu får underleverandørerne de store, gode ordrer, som kunne have givet en god akkord.

A har yderligere forklaret, at ingen ansatte fra X A/S har turdet møde op og afgive forklaring, da virksomheden har truet med at inddrage myndighederne.

Indklagede har fremlagt diverse underentreprenøraftaler og underentreprisekontrakter, fakturaer og montørtimesedler samt en e-mail til G, virksomhed R, hvorefter ”tilbagehold i faktura begrundes i at virksomhed R ikke har udført mangeludbedring i sine områder”.

Indklagede har endvidere fremlagt en oversigt, som viser timelønnen for alle de fastansatte i X A/S (sagens bilag 22).

De fremlagte underentreprenøraftaler er indgået mellem X A/S og henholdsvis L virksomhed, M virksomhed, Q virksomhed, K virksomhed, J virksomhed, R virksomhed og S virksomhed. De fremlagte underentreprisekontrakter er indgået mellem X A/S og henholdsvis J virksomhed, R virksomhed og S virksomhed. B har forklaret, at aftalematerialet ikke er komplet, idet en mappe er forsvundet.

Underentreprenøraftalernes indhold er i det væsentlige det samme, og B har forklaret, at der er tale om en aftale med standardvilkår. Den har endvidere karakter af en rammeaftale, som angiver de vilkår, der skal gælde, når underentreprenøren påtager sig en opgave for X A/S. Der er således ingen opgavebeskrivelse eller tidsplan – hvad og hvornår aftales, når der indgås aftale om, at underleverandøren skal udføre et stykke arbejde. Efter rammeaftalen sker der afregning med en aftalt timeløn og et aftalt overarbejdstillæg (for så vidt der er aftalt overarbejde). Der er således tale om regningsarbejde. Priserne genforhandles en gang om året. X A/S betaler ikke for transporttid, medmindre det er aftalt i det enkelte tilfælde. Kørsel afregnes efter statens takster.

Forplejning er for egen regning, aftalt overnatning for X A/S' regning. Reklamationer, som kan henføres til underentreprenørens arbejde, skal udbedres af denne uden omkostninger for X A/S. Underentreprenøren skal have en erhvervs- og produktansvarsforsikring. B har forklaret, at underentreprenørerne skal have egen forsikring og stå inde for det hele.

Underentreprisekontrakterne har en anden karakter. De angår arbejde på byggeplads 13 og indeholder en nøje beskrivelse af det arbejde, som den enkelte aftale omfatter, og der er aftalt en pris for de elementer, som indgår i arbejdet (pr. stk., pr. kvadratmeter osv.). Kontrakterne er baseret på AB92, som indgår i aftalegrundlaget med byggeplads 13 tilføjelser og fravigelser.

B har forklaret, at mindre opgaver er udført inden for de rammer, der er fastlagt i underentreprenøraftalerne. Det er enkelt inden for den fastlagte ramme at aftale, hvad der skal laves (opgave, sted og tid). Arbejdet på byggeplads 13 var imidlertid så omfattende, at de valgte at lave entreprisekontrakter med arbejdsbeskrivelse og faste priser.

B har endvidere forklaret, at underentreprenørerne selv sørger for værktøj og maskiner, i 80 % af sagerne er det X A/S, som leverer materialerne.

B har i øvrigt forklaret, at X A/S beskæftiger 14 funktionærer, 31 svende og 3 lærlinge. Generelt mangler de gulvmontører. De har forbindelse til 10-12 underentreprenører. De står på deres telefonliste, så telefonnumrene er ved hånden, når de har brug for dem. De har ikke konstant underentreprenører i arbejde, de bruger underentreprenører, når der er behov for det.

Underentreprenørerne har altid været brugt som det tynde øl, der er ikke noget med, at de får de gode opgaver. X A/S har ikke truet nogen til at holde sig fra at afgive forklaring. Det eneste, han føler sig krænket over, er, at der i sagen er et bilag i form af et fotografi af en aftale, som lå på hans private skrivebord.

Forholdene nævnt i de enkelte påstande er herudover belyst med de afgivne forklaringer.

6. Opmandens bemærkninger

6.1. Det arbejdsretlige udgangspunkt

Det forhold, at en virksomhed er omfattet af en kollektiv overenskomst, indebærer, at virksomheden skal følge overenskomsten, når den har ansatte, som udfører arbejde omfattet af overenskomsten. Det står imidlertid virksomheden frit for i stedet at lade sådant arbejde udføre af en anden, selvstændig virksomhed. Sker sådan overladelse af arbejde til ikke-ansatte, som ikke reelt er selvstændige, kan der foreligge en omgåelse af og et brud på overenskomsten.

Når imidlertid en gulvvirksomhed som X A/S, der er CVR-registreret, momsregistreret og selvstændig i skattemæssig henseende, indgår en aftale om at få udført et gulvarbejde med en anden gulvvirksomhed, som er CVR-registreret, og som fakturerer arbejdet med moms og selvangiver sig som selvstændig i skattemæssig henseende, er det arbejdsretlige udgangspunkt, at der foreligger et aftaleforhold mellem to selvstændige virksomheder. Den, der vil anfægte dette udgangspunkt, har bevisbyrden derfor. Der skal normalt meget til at løfte bevisbyrden, når den arbejdsudførende har indrettet sig som selvstændig ved at lade sig CVR-registrere og fakturere med moms samt selvangive sig som selvstændig i skattemæssig henseende.

Det hedder således i Arbejdsrettens dom af 18. december 2015 i sag AR2014.0596 (SSP Technology): ”Som det fremgår, er spørgsmålet, om der som hævdet af DA var tale om et entrepriseforhold, eller om der som hævdet af LO i realiteten var tale om et ansættelsesforhold, fordi de pågældende medarbejdere var underlagt SSP Technologys ledelsesret.

I overensstemmelse med almindelige principper om bevisbyrdefordeling er det som udgangspunkt den part, der gør gældende, at et påstået entrepriseforhold reelt er et ansættelsesforhold, der skal bevise, at det forholder sig således. Det beror på en samlet vurdering af beviserne i sagen, om denne bevisbyrde er løftet, der skal normalt meget til at løfte bevisbyrden, når entreprenøren har skatteretlig status som selvstændig og udfører arbejdet med egne ansatte.”

I sagen forelå der ikke nogen skriftlig entrepriseforførelse, og det kunne efter bevisførelsen ikke lægges til grund, at det var sædvanligt i branchen at indgå entrepriseforførelser mundtligt, hvilket i øvrigt heller ikke var normalt i samarbejdsforholdet mellem de to virksomheder i sagen. Selv om dette lempede kravene til LO's bevis for, at der reelt var tale om et ansættelsesforhold, blev Arbejdsrettens konklusion, at LO ikke havde løftet bevisbyrden for, at entrepriseforførelset ikke var reelt.

Det indgår som et centralt element i sager om omgåelse, hvilken af de to virksomheder der reelt har stået for ledelse og instruktion.

Arbejdsrettens sag AR2013.0640 er afgjort ved en retsformandsafgørelse af 15. januar 2015. Hovedspørgsmålet under sagen var, om arbejde på et gartneri blev udført i henhold til entrepriseaftaler eller af mandskab, som reelt måtte anses for arbejdsudlejet til gartneriet og dermed af mandskab, der som vikarer var omfattet af gartneriets overenskomst. Der forelå skriftlige entrepriseaftaler, og efter indholdet i disse måtte udgangspunktet for bedømmelsen af tvisten være, at der var tale om entreprisarbejde. Spørgsmålet var herefter, om der var grundlag for at fravige udgangspunktet. Det var klager, som havde bevisbyrden herfor. Klager var af den opfattelse, at entreprenørens ansatte i praksis havde arbejdet under gartneriets ledelse og instruktion ganske som gartneriets egne medarbejdere. Dette støttedes af udsagn fra nogle af entreprenørens medarbejdere, men blev modsagt af forklaringer afgivet af de ansatte i gartneriet og lederen af entreprenørvirksomheden. Klager fik ikke medhold. Retsformanden bemærkede herved, ”at klager ønsker skriftlige entrepriseaftaler tilsidesat i det væsentlige alene ud fra vidneforklaringer fra 4 medarbejdere i en situation, hvor forklaringerne fra disse vidner ikke er underbygget af skriftligt materiale ... og modsiges af forklaringerne fra de ansatte i gartneriet og lederen af entreprenørvirksomheden”.

Også i Arbejdsrettens sag AR2013.0405 afgjort ved retsformandsafgørelse af 25. november 2014 om arbejde på et gartneri var udgangspunktet, at der efter de fremlagte entreprisekontrakter var tale om entreprisarbejde, og klager havde ikke godtgjort, at gartneriet havde blandet sig i arbejdet på en sådan måde eller i et sådant omfang, at gartneriet måtte anses for de pågældende medarbejders reelle arbejdsgiver. En tilsvarende afgørelse er truffet ved Arbejdsrettens dom af 26. september 2008 i sag AR2007.642 (Arbejdsretligt tidsskrift 2008 s. 105) om champignonplukning, hvis nærmere omfang skulle angives dag for dag – der var ikke ført bevis for, at gartneriet havde blandet sig i arbejdet på en sådan måde, at det måtte anses for de pågældende champignonplukkeres reelle arbejdsgiver.

I Arbejdsrettens dom af 5. februar 2009 i sag AR2008.041 (Arbejdsretligt tidsskrift 2009 s. 55) om udførelse af tømrer- og snedkerarbejde ved opførelse af to prøvehuse lå ledelses- og instruktionsretten hos tømrer- og snedkerentreprenøren, som også var den, der i praksis havde udøvet den. At der var tale om regningsarbejde med fakturering for det registrerede antal mandetimer på projektet kunne ikke tages til indtægt for, at entreprisforholdet ikke var reelt.

I Arbejdsrettens dom af 31. august 2006 i sag AR2005.022 (Arbejdsretligt tidsskrift 2006 s. 79) indgik en dansk virksomhed, der havde entreprisen på ombygning af en ejendom, en aftale med et litauisk malerfirma om udførelse af malerarbejde. De to litauiske malere,

som blev sat til arbejdet, måtte imidlertid anses for at have arbejdet under det danske firmas ledelse og instruktion ganske som dets egne folk. Underentrepriseraftalen blev derfor anset for reelt at være en aftale om indleje af vikarer.

Der er i alle tilfælde tale om en konkret bedømmelse, hvori kan indgå yderligere momenter, herunder om der er tale om en enkeltstående opgave eller et længerevarende forhold, om arbejdet er opgave- eller tidsbestemt, om vederlæggelse sker efter resultat eller tid, og om den arbejdsudførende efter sin stilling på markedet naturligt må anses for selvstændig eller lønmodtager.

Klager har f.eks. påberåbt sig kendelse af 21. oktober 2005 i en faglig voldgiftssag mellem 3F og Dansk Byggeri for Cisco Partners A/S, hvor spørgsmålet var, om der var et reelt entrepriseforhold til en polsk virksomhed, hvis ansatte udførte arbejdet. Det fastslås i afgørelsen, at det var Cisco, der havde ledelsesretten. Hertil føjes, at entrepriseraftalen på flere punkter adskilte sig fra en sædvanlig underentreprisekontrakt. Den indeholdt således ingen nærmere angivelse af arbejdets tidsmæssige udførelse og færdiggørelse. Der gives herefter 3F medhold i, at der forelå en aftale om leje af arbejdskraft, der i det hele var underlagt Ciscos og ikke den polske virksomheds ledelsesret.

Klager har endvidere påberåbt sig tilkendegivelse af 27. september 2017 i en faglig voldgiftssag FV2017.0097 mellem 3F og Dansk Byggeri for CC Fliser ApS om underentrepriseraftaler med en række polske firmaer. Det hedder i denne afgørelse: "Der foreligger mellem CC Fliser og de polske virksomheder kontrakter, der betegner sig som underentrepriseraftaler, og det udførte arbejde er efter det foreliggende blevet faktureret og betalt i overensstemmelse med de indgåede aftaler. Som underentrepriseraftale betragtet må det imidlertid navnlig anses for usædvanligt, at aftalerne intet indeholder om tiden for underentreprenørens ydelse, ej heller i form af en tidsplan. Den manglende angivelse heraf i forbindelse med den manglende angivelse af arbejdets omfang sammenholdt med oplysningen om, at CC Fliser uge for uge meddeler, hvad der skal laves den følgende uge, trækker i retning af at anse forholdet som et medarbejderlignende ansættelsesforhold. Det gælder så meget desto mere, når realiteten efter bevisførelsen må antages at være, at CC Fliser ved formanden ... i praksis udøver væsentlig indflydelse på udførelsen af de polske virksomheders arbejde på pladsen, jf. herved overenskomstens § 80, stk. 3. Hertil kommer, at arbejdet er af en karakter, som CC Fliser udfører med egne ansatte – de polske virksomheder kan ikke anses for specialfirmaer i overenskomstens forstand, jf. herved § 80, stk. 2. Det må endvidere anses for tvivlsomt, hvilken økonomisk risiko der reelt påhviler de polske firmaer som underentreprenører for ikke-opfyldelse af kravene til tid og kvalitet, jf. herved § 80, stk. 3. Det må også anses for tvivlsomt, om der

i vederlaget indgår betaling for andet end den personlige arbejdsydelse, og hvilken driftsherregævinst prissætningen faktisk giver mulighed.

På denne baggrund findes de polske virksomhedsejere ud fra en samlet bedømmelse at have udført arbejderne på pladsen i ”medarbejderlignende ansættelsesforhold (såkaldte ”arme og ben virksomheder”)” i overenskomstens forstand. Der foreligger således en omgåelse af overenskomsten, jf. dennes § 80, stk. 1.”

Indklagede har henvist til kendelse af 18. november 2013 i en faglig voldgiftssag FV2013.0157 mellem 3F og Dansk Byggeri for Tækkefirmaet Segall ApS. Et ungarnsk firma havde i henhold til entreprisekontrakter påtaget sig at udføre hele tækkearbejdet på to ejendomme til fast pris, og der fandtes herved at være indgået en underentrepriseaftale i et reelt forretningsforhold.

Den konkrete vurdering og bevisbedømmelse vil blive påvirket af, om der ved en aftale mellem to selvstændige virksomheder foreligger særlige omstændigheder, som peger i retning af, at en aftalt ordning har til formål at komme uden om overenskomsten, eller om dette ikke er tilfældet.

6.2. Bevisværdien af det skriftlige materiale, som klager har fremlagt

Klager har som et anbringende fremført, at det fremgår af X A/S’ telefonliste (sagens bilag E), at underentreprenørerne i sagen ”har været en integreret del af indklagedes ansatte”. Et bevis for en sådan realitet kan imidlertid ikke anses for ført alene ved fremlæggelse af en sådan telefonliste, og der er efter det, som er forklaret om telefonlisten, i det hele intet grundlag for fra denne liste at drage den slutning, at underentreprenørerne ”har været en integreret del af indklagedes ansatte”.

Klager har endvidere som et anbringende anført, at ”bilag M og bilag Q dokumenterer, at underentreprenørerne indgik i bemanningen på lige fod med indklagedes ansatte”. Et bevis for en sådan realitet kan imidlertid ikke anses for ført alene ved fremlæggelse af fotografier, som viser, at X A/S sørger for at have en oversigt uge for uge over igangværende arbejder omfattende både de arbejder, som udføres af virksomheden selv ved egne medarbejdere, og de arbejder, som udføres af underentreprenører, og der er efter det, som er forklaret om disse bilag, i det hele intet grundlag for fra disse fotografier at drage den slutning, ”at underentreprenørerne indgik i bemanningen på lige fod med indklagedes ansatte”.

6.3. Arbejde i sjaklignende forhold

Klager har som et anbringende anført, at ”der mellem de overenskomstbærende organisationer er enighed om, at arbejde i sjaklignende forhold er brud på § 4” i overenskomsten.

Klager har herved henvist til et referat af et 48-timers møde vedrørende virksomheden T ApS afholdt den 22. september 2020. Det fremgår af referatet, at 3F var af den opfattelse, ”at der er brud på overenskomstens § 5”, dvs. Bygningsoverenskomstens § 5, som svarer til Gulvoverenskomstens § 4. Det hedder videre i referatet: ”Dansk Byggeri anerkender der er brud på overenskomstens § 5 da der er tale om sjaklignende forhold, hvilket betyder at virksomheden betaler en bod på kr. 1.000,- til 3F ...”

Der foreligger ikke yderligere oplysninger til belysning af sagen, som blev afsluttet på mødet den 22. september 2020. Det er således uoplyst, hvad der menes med ”sjaklignende forhold” i referatet. Ifølge klager foreligger der overenskomststridig sjaklignende forhold, når arbejdet udføres af flere underentreprenører i forening, og når arbejdet udføres af en underentreprenør og en ansat i X A/S i forening. Indklagede derimod bestrider, at der foreligger nogen enighed om en sådan forståelse af overenskomsten. Det må da også medgives indklagede, at en sådan forligsmæssig afslutning på en konkret sag ikke uden særlige holdepunkter kan antages at indeholde en aftale om overenskomstens forståelse generelt, og der foreligger ikke oplysning om sådanne holdepunkter. Der kan derfor ikke tillægges dette anbringende om enighed mellem parterne nogen betydning ved afgørelsen af sagen.

6.4. Underentreprenøraftalerne

Klager har anført, at underentreprenøraftalerne i det væsentlige regulerer de samme forhold som overenskomsten, bare mindre gunstigt. Efter overenskomsten skal der således betales for transporttid og forplejning. Aflønning efter overenskomsten sker også med timeløn og overarbejdsbetaling. Som underentreprenøraftaler er indholdet således usædvanligt. Der mangler beskrivelse af opgave, tid og sted samt samlet pris. Indholdet er meget lig en ansættelsesaftale, når bortses fra ansvaret for mangler og pligten til at tegne forsikring. Indholdet er så forskelligt fra entreprise og så lig ansættelse, at der foreligger lønmodtagerlignende ansættelsesforhold.

Indklagede har anført, at der ikke findes nogen forskrift om indholdet i en underentreprisef aftale. Der er intet i vejen for at operere med en fast ramme med timepriser. Det er muligt, at det er usædvanligt, men det lovligt og i orden, der er aftalefrihed.

Hertil bemærker opmanden:

Det lægges i overensstemmelse med B's forklaring til grund, at underentrepriseraftalerne er blevet anvendt til mindre opgaver, ved større opgaver er der indgået underentreprisekontrakter for den enkelte opgave. Mindre opgaver er således udført som regningsarbejde, større opgaver er der aftalt en pris for. Ifølge B har det været enkelt på den måde at få en aftale om en mindre opgave på plads, når det var aktuelt, fordi spørgsmålet i hovedsagen var, om den pågældende underentrepriser havde mulighed for at udføre opgaven inden for den tidsramme, der var til rådighed. Med en sådan driftsmæssig begrundelse for de indgåede rammeaftaler ses der ikke i deres indhold, herunder vederlagsbestemmelsen, at være noget grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt.

6.5. Timeprisen

Klager har med udgangspunkt i en faktureret timepris på 352,00 kr. fremlagt en beregning, hvorefter det svarer til en timeløn for en almindelig medarbejder på 256,42 kr. med tillæg af SH-betaling, feriepenge og pension. Der er efter klagers opfattelse ikke økonomi til selvstændig virksomhedsdrift med en sådan timepris.

Indklagede har fremlagt en oversigt over, hvad hver enkelt fastansat medarbejder i X A/S har i gennemsnitlig timeløn. Oversigten viser, at langt de fleste har en timeløn, som er mindre en 256 kr. Indklagede bestrider, at der er et misforhold mellem den fakturerede betaling og timelønnen hos X A/S.

Hertil bemærker opmanden:

Der ses ikke med de foreliggende oplysninger om timebetaling og timeløn at være grundlag for en antagelse af, at der med prissætningen tilstræbes underbetaling i forhold til overenskomsten, eller for en antagelse af, at det skulle være økonomisk ulønsomt at påtage sig mindre opgaver mellem andre til de timepriser, som har været anvendt af firmaer, som har eksisteret gennem en

længere årrække. Der er således heller ikke i det her fremførte grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt.

6.6. Bedømmelsen af de enkelte underentreprenører og påstande

6.6.1. Virksomhed J – klagers påstande 7 og 8

Virksomhed J er et selvstændigt gulvfirma med eget personale, som har drevet virksomhed siden 2015.

Det lægges i overensstemmelse med C's forklaring til grund, at firmaet har sin egen kundekreds, men også tager opgaver som underentreprenør for andre virksomheder, bl.a. X A/S. Det understøttes af en fremlagt oversigt over virksomhed J's medarbejderes ugesedler med angivelse af arbejdsopgaver.

Det lægges i overensstemmelse med C's forklaring til grund, at virksomhed J som underentreprenør for X A/S inden for rammerne af en underentrepriseraftale har udført gulvarbejde i to blokke på byggeplads 12 og i henhold til en underentreprisekontrakt har udført særskilte dele af gulvarbejdet på byggeplads 13.

Klager har anført, at virksomhed J ved udførelsen af arbejdet er underlagt X A/S' ledelsesret og indgår i arbejdsplanlægningen på linje med øvrige ansatte i X A/S. Det må imidlertid i overensstemmelse med de samstemmende forklaringer herom afgivet af B og C lægges til grund, at virksomhed J's arbejde på de to pladser har været udført under virksomhed J's ledelse. Der er intet fremkommet, som understøtter det, som klager har gjort gældende. Det forhold, at X A/S og ikke virksomhed J optræder på byggepladsskiltet på byggeplads 12, og at virksomhed J på sin hjemmeside omtaler byggeplads 12 "i samarbejde med X A/S", har ingen bevisværdi i forhold til det, som hævdes af klager.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og virksomhed J. Indklagede skal derfor frifindes for klagers påstand 7 og påstand 8.

6.6.2. Virksomhed K – klagers påstand 6

Virksomhed K er et gulvfirma i form af en enkeltmandsvirksomhed, som har drevet selvstændig virksomhed i 15 år.

Det lægges i overensstemmelse med D's forklaring til grund, at firmaet har sin egen kundekreds, men også tager opgaver som underentreprenør for andre virksomheder, bl.a. X A/S. Det understøttes af fremlagte fakturaer udstedt af virksomhed K.

Det lægges i overensstemmelse med B's og D's forklaringer til grund, at K virksomhed som underentreprenør for X A/S inden for rammerne af en underentreprisefortale har udført gulvarbejde på byggeplads 11.

Klager har anført, at virksomhed K's arbejde på byggeplads 11 blev udført i samarbejde med en ansat i X A/S, H, uden afgrænsning af ansvar, økonomi og risiko. A har forklaret, at han har set D og H spise frokost sammen i bil ved byggeplads 11; han har imidlertid ikke set dem arbejde sammen. D har forklaret, at hans opgave var gulvlægning i et klasselokale, og at H samtidig arbejdede på en anden opgave et andet sted på skolen – der er ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at tilsidesætte den forklaring.

Klager har endvidere anført, at virksomhed K under arbejdet var underlagt X A/S' ledelsesret og indgik i arbejdsplanlægningen på lige fod med de øvrige ansatte i X A/S. Det må imidlertid i overensstemmelse med de samstemmende forklaringer herom afgivet af B og D lægges til grund, at D har udført arbejdet som selvstændig erhvervsdrivende uden ledelsesmæssig indblanding fra X A/S' side. Der er intet fremkommet, som understøtter det, som klager har gjort gældende.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og virksomhed K. Indklagede skal derfor frifindes for påstand 6.

6.6.3. Virksomhed Q, virksomhed R og virksomhed S – klagers påstande 9, 10 og 11

Disse firmaer er omfattet af sagen vedrørende deres arbejde på byggeplads 13. Det lægges i overensstemmelse med B's forklaring til grund, at der er indgået underentreprisekontrakter med de enkelte firmaer og X A/S om udførelse af særskilte arbejdsopgaver på byggeplads 13, som har kunnet udføres sideløbende, men separat af hvert enkelt firma for sig.

Klager har anført, at det er B og entrepiseleder I, som udøver ledelsesretten, og at det er uklart for klager, om der har været afgrænsning af ansvar, økonomi og risiko. B har imidlertid forklaret, at der er tale om reel underentreprise, hvor ledelsen udøves af de respektive underentreprenører. Klager er ikke fremkommet med noget, som giver grundlag for at tilsidesætte denne forklaring.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og de tre nævnte underentreprenører. Indklagede skal derfor frifindes for klagers påstand 9, påstand 10 og påstand 11.

6.6.4. Virksomhed L og virksomhed M – klagers påstand 1

Denne påstand angår en tæppepålægningsopgave på byggeplads 1, som blev udført i et samvirke mellem de to underentreprenører.

Klager har anført, at de to firmaer var underlagt X A/S' ledelse og indgik i arbejdsplanlægningen i X A/S på lige fod med de øvrige ansatte i X A/S. B har imidlertid forklaret, at X A/S ikke disponerer over de to firmaers arbejdskraft, de kan sige ja eller nej til opgaver, som det passer dem. Han har endvidere forklaret, at X A/S på ingen måde blander sig i arbejdets udførelse, der er ingen ledelsesret for X A/S. Klager er ikke fremkommet med noget, som giver grundlag for at tilsidesætte denne forklaring.

Klager har endvidere anført, at de to firmaer har udført arbejdet i fællesskab uden afgrænsning af ansvar, økonomi og risiko mellem de to firmaer i et sjaklignende forhold, hvilket i sig selv er i strid med overenskomstens § 4. A har forklaret, at han en morgen har set dem på X A/S' adresse, hvor den ene parkerede sin bil, hvorefter de sammen kørte i den andens bil – senere samme dag så han dem spise frokost sammen på byggeplads 1.

Indklagede bestrider, at overenskomstens § 4 er overtrådt, blot fordi to selvstændige virksomheder i fællesskab tager udførelsen af en underentreprise på sig.

Hertil bemærker opmanden:

Afgørende efter overenskomstens § 4 er, om det arbejde, som en underentreprenør udfører, i forhold til opdragsgiver bliver udført i et lønmodtagerlignende forhold. Bestemmelsen giver ikke grundlag for en forståelse, hvorefter det forhold, at to selvstændige virksomheder i fællesskab påtager sig en underentreprise i sig selv indebærer et underordningsforhold til opdragsgiver. Om der foreligger et underordningsforhold er i øvrigt uafhængigt af, hvorledes de to underentreprenører indbyrdes ordner deres forhold. Synspunktet om overtrædelse af § 4 alene i kraft af samarbejdet mellem de to underentreprenører fører således ikke frem.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og de to nævnte underentreprenører for så vidt angår arbejdet omfattet af klagers påstand 1. Indklagede skal derfor frifindes for klagers påstand 1.

6.6.5. Virksomhed M – klagers påstand 2

Virksomhed M påtog sig en opgave med udskiftning af køkkengulv. B har forklaret, at de havde en lærling, som ikke havde noget at lave den dag, hvorfor det blev aftalt, at han kunne tage ud og hjælpe.

Klager har anført, at virksomhed M var underlagt X A/S' ledelse og indgik i arbejdsplanlægningen på lige fod med de øvrige ansatte i X A/S. Det må imidlertid i overensstemmelse med B's forklaring lægges til grund, at virksomhed M har udført arbejdet som selvstændig erhvervsdrivende uden ledelsesmæssig indblanding fra X A/S' side. Der er intet fremkommet, som understøtter det, som klager har gjort gældende.

Klager har endvidere anført, at arbejdet er udført i samarbejde med en ansat i X A/S i et sjaklignende forhold uden indbyrdes afgrænsning af ansvar, økonomi og risiko.

Hertil bemærker opmanden:

Afgørende efter overenskomstens § 4 er som nævnt, om det arbejde, som en underentreprenør udfører, i forhold til opdragsgiver bliver udført i et lønmodtagerlignende forhold. At en selvstændig underentreprenør indvilliger i at lade en lærling fra opdragsgiver bistå, indebærer ikke i sig selv en ændring af forholdet mellem underentreprenør og opdragsgiver. Synspunktet om overtrædelse af § 4 alene i kraft af sådan lærlingebistand fører således ikke frem.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og virksomhed M for så vidt angår arbejdet omfattet af klagers påstand 2. Indklagede skal derfor frifindes for klagers påstand 2.

6.6.6. Virksomhed N og virksomhed O – klagers påstand 3

Denne påstand angår et gulvarbejde på byggeplads 15. Klager hævder, at arbejdet er udført af virksomhed N, virksomhed O og en ansat hos X A/S, U.

B har forklaret, at arbejdet er udført af virksomhed O alene. Faktura fra virksomhed O er fremlagt. Virksomhed N havde ifølge B ikke noget med denne opgave at gøre. I perioden arbejdede U andre steder, hvilket fremgår af dennes fremlagte lønsedler for perioden. Klager er ikke fremkommet med noget, som imødegår denne forklaring. Allerede derfor skal indklagede frifindes for klagers påstand 3 for så vidt angår virksomhed N.

Klager har anført, at virksomhed M var underlagt X A/S' ledelse og indgik i arbejdsplanlægningen på lige fod med de øvrige ansatte i X A/S. Det må imidlertid i overensstemmelse med B's forklaring lægges til grund, at virksomhed M har udført arbejdet som selvstændig erhvervsdrivende uden ledelsesmæssig indblanding fra X A/S' side. Der er intet fremkommet, som understøtter det, som klager har gjort gældende.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og virksomhed O for så vidt angår arbejdet omfattet af klagers påstand 3. Indklagede skal derfor i det hele frifindes for klagers påstand 3.

6.6.7. Virksomhed P – klagers påstand 4

Klager har anført, at virksomhed P under udførelsen af arbejdet omfattet af påstanden var underlagt X A/S' ledelse og indgik i arbejdsplanlægningen på lige fod med de øvrige ansatte i X A/S. Det må imidlertid i overensstemmelse med B's forklaring lægges til grund, at virksomhed P har udført arbejdet som selvstændig erhvervsdrivende uden ledelsesmæssig indblanding fra X A/S' side. Der er intet fremkommet, som understøtter det, som klager har gjort gældende.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og virksomhed P for så vidt angår arbejdet omfattet af klagers påstand 4. Indklagede skal derfor frifindes for klagers påstand 4.

6.6.8. Virksomhed Q – klagers påstand 5

Det er oplyst, at virksomhed Q har eksisteret i mange år, og at virksomheden ud over F beskæftiger dennes søn Y som montør.

Om arbejdet på byggeplads 6 kan det efter A's og B's forklaringer lægges til grund, at det blev udført af Y, som efter aftale fik bistand af en lærling fra X A/S. Som anført foran under 6.6.5 er det imidlertid ikke et forhold, som i sig selv kan føre til at anse overenskomstens § 4 for overtrådt.

Indklagede har fremlagt en række timeopgørelser fra virksomhed Q til X A/S fra perioden 3. juni- 20. december 2019 (sagens bilag 3). Der er ingen timer i ugerne 29-31, 42-43 og 46-49. Den helt dominerende opgave i perioden er byggeplads 1 med timer i ugerne 23-28, 32-41, 44-45 og en enkelt dag i uge 51. På 12 dage med arbejde på byggeplads 1 har der yderligere været arbejde for X A/S nogle timer hos en anden kunde. 16 dage har der udelukkende været arbejde hos andre kunder for X A/S. Indklagede har herom anført, at det viser, hvordan F bliver dirigeret rundt af X A/S som en ansat. Der har imidlertid ikke under sagen været søgt nogen nærmere afklaring af indholdet i bilaget i forhold til den nedlagte påstand, hverken gennem afhøring eller på anden måde.

Der er herefter ikke fremkommet noget, som giver grundlag for at fravige det arbejdsretlige udgangspunkt, hvad angår forholdet mellem X A/S og virksomhed Q for så vidt angår arbejderne omfattet af klagers påstand 5. Indklagede skal derfor frifindes for klagers påstand 5.

6.6.9. Samlet konklusion

Efter det anførte vil indklagede i det hele været at frifinde.

Thi bestemmes:

DI Dansk Byggeri for X A/S frifindes.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmand.

Børge Dahl