

Kendelse

Afsagt den 2. juli 2021

i

faglig voldgift FV2020-1379

3F Privat Service Hotel og Restauration

(advokat Mads Bendix Skelbæk-Knudsen)

mod

DFDS A/S

(konsulent Tove Schultz-Lorentzen)

1. Tvisten

Denne sag angår, om DFDS A/S var berettiget til at bestemme, at drikkepenge som modtages af tjenere og bartendere beskæftiget på passagerskibene på ruten København-Oslo fremover skal deles ligeligt mellem samtlige tjenere, bartendere og kokke mv., der er på arbejde i den pågældende 14 dages periode (tørn)

2. Påstande mv.

Klager, 3F Privat Service Hotel og Restauration har principalt nedlagt påstand om, at indklagede, DFDS A/S, skal anerkende, at tjenerne omfattet af den mellem parterne gældende overenskomst har ret til de drikkepenge, der modtages fra de gæster, som den enkelte tjener servicerer.

Subsidiært har klager nedlagt påstand om, at DFDS A/S skal anerkende, at de af den mellem parterne gældende overenskomst omfattede tjeneres ret til at oppebære de drikkepenge, der modtages fra de gæster, som den enkelte tjener servicerer, ikke er bragt til ophør.

Indklagede, DFDS A/S, har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 16. juni 2021 hos Danske Rederier, Amaliegade 33, 1256 København K for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: konsulent Ilse I. Werrenrath og tidl. forhandlingssekretær Kenneth Novak, begge 3F Privat Service Hotel og Restauration

Udpeget af indklagede: direktør Anne Windfeldt Trolle, Danske Rederier, og overenskomstchef Karina Lindewald, HORESTA.

Som opmand deltog højesteretsdommer Anne Louise Bormann.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af A, B, C, D, E, F og G.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden.

4. Sagens omstændigheder

Tjenerne i restauranterne på DFDS' passagerskibe på ruten København-Oslo er omfattet af Overenskomst for tjenere mellem DFDS og 3F Privat Service Hotel og Restauration. Overenskomsten indeholder ikke bestemmelser om drikkepenge. Parterne er enige om, at det indtil 2018 var praksis, at tjenerne kunne beholde de drikkepenge, de modtog. Den 16. marts 2018 skrev Henrik Holck, DFDS, til 3F følgende:

”Drikkepenge i rederiets passagerskibe.

Vi ser praksis omkring drikkepenge som en del af DFDS personalepolitik.

Denne praksis om fordeling af drikkepenge har eksisteret i en årrække og kan dermed betragtes som arbejdsmæssig kutyme.

Med nærværende skrivelse skal vi hermed meddele bortfald af denne med 12 ugers varsel pr. dags dato.

Det skal understreges, at drikkepenge fremadrettet stadig eksisterer i rederiets skibe, det er alene fordelingen af disse, der opsiges.

Drikkepengene skal i fremtiden deles solidarisk mellem serveringspersonale og faglært kabys.

Rederiet vil udarbejde en administrativ praksis i denne forbindelse.

Det skal understreges, at dette alene er en omfordeling af drikkepengene.”

3F protesterede herimod, idet drikkepengene efter 3F's opfattelse tilhører tjenerne, således at DFDS ikke kan bestemme over dem.

3F har fremlagt oversigter, der viser, hvad enkelte tjenere eller hold af tjenere har modtaget personligt som drikkepenge, og hvad de har fået udbetalt efter, at

drikkepengene er fordelt efter den nye ordning. De fremlagte oversigter viser, at nogle tjenere har måttet afgive op til ca. 60 % af deres drikkepenge som følge af fordelingen, og at drikkepenge for en enkelt tjener for en 14 dages periode lå mellem ca. 2.200 kr. og ca. 5.200 kr.

Af brev af 18. december 2007 fra SKAT til 3F angående ”Fairplay aktion, Silkeborg og Horsens, den 2. og 3. november 2007” fremgår bl.a.:

”I har i brev af 9. november 2007 gjort opmærksom på, at 3F ikke er enig i Skattecenter Horsens opfattelse af den skattemæssige behandling af drikkepenge. ...

SKAT har i forbindelse med aktionen i Silkeborg og Horsens den 2. og 3. november 2007 meddelt, at drikkepenge er A-indkomst, jf. kildeskattelovens § 43, og at de skal indgå i virksomhedens regnskab. I situationer, hvor arbejdsgiver har inddraget drikkepengene og anvendt beløbet til en personalefest, har vi godkendt, at medarbejderne ikke beskattes af drikkepengene. Arbejdsgiver skal indtægtsføre de inddragede beløb og har fradrag for den afholdte personaleudgift som en driftsomkostning.

3F oplyser, at det vil være i strid med gældende overenskomst på området, hvis en arbejdsgiver inddrager de af medarbejderne modtagne drikkepenge. Serveringspersonalet kan være aflønnet med fast løn eller provisionsløn, som udgør en procentdel af omsætningen. Drikkepenge er en gave eller påskønnelse, som frivilligt gives til den ansatte, typisk tjeneren, for en serviceydelse ud over det sædvanlige.

Vi beklager, at vores vejledning om drikkepenge ikke har været helt fyldestgørende.

...

Modtager en medarbejder – udover arbejdsgivers aflønning og uden arbejdsgiverens medvirken – drikkepenge fra andre, er der ikke tale om A-indkomst. Betaler kunder drikkepenge uden at være forpligtet til det, må det anses for at være et udslag af gavmildhed – en gave. Medarbejderen er skattepligtig af det modtagne beløb og skal selv sørge for at selvangive drikkepenge.”

Af SKAT's juridiske vejledning version 2018-2 pkt. C.A.3.3.2 om drikkepenge fremgår bl.a.:

”Drikkepenge, der betales direkte til medarbejderen selv

Beløb, som en ansat modtager direkte fra kunden i drikkepenge, er som udgangspunkt B-indkomst, som er arbejdsgiveren uvedkommende. ...

...

Drikkepenge, der deles mellem personalet

Hvis personalet selv laver en aftale indbyrdes om, at de deler de drikkepenge, som de samlet set modtager fra kunderne, skal den enkelte ansatte beskattes af de drikkepenge, som han eller hun selv har modtaget fra kunderne. Det skyldes, at når den ansatte giver nogle af pengene til andre kollegaer, er der tale om et dispositivt afkald.

De ansatte, der modtager mere fra fælleskassen, end de selv har modtaget fra kunderne, skal beskattes af det fulde beløb fra fælleskassen. ...

Hvis de ansatte fortæller kunderne, at drikkepenge går til deling mellem personalet, skal den enkelte ansatte beskattes af det beløb, som han eller hun modtager fra fælleskassen. En sådan oplysning kan gives til kunderne, når den ansatte modtager drikkepengene, eller det kan ske mere generelt ved, at personalet opsætter et tydeligt opslag på arbejdspladsen herom.

...

Drikkepenge, der betales med dankort

Hvis kunden betaler drikkepenge med sit dankort, fx ved at tillægge drikkepengene til det beløb, regningen lyder på, betales pengene direkte til arbejdsgiveren. Hvis arbejdsgiveren efterfølgende udbetaler pengene til medarbejderen, skal beløbet anses som løn.”

5. Forklaringer

A har forklaret bl.a., at han er faglært tjener og i de seneste seks år har været forhandlingssekretær i 3F, hvor han har deltaget i overenskomstforhandlinger med HORESTA. Der er ikke nogen overenskomster, der tager stilling til spørgsmål om drikkepenge. Det har aldrig været drøftet. Det har altid været opfattelsen, at drikkepenge er tjenerens. Hvis de gives kontant, beholder tjeneren dem, og hvis de gives ved kortbetaling, modregner tjeneren i modtagne kontanter, eller hvis det ikke er muligt, får tjeneren beløbet udbetalt af

arbejdsgiveren. Det er tjenerens beslutning, om den pågældende vil dele med kokken eller andet personale.

B har forklaret bl.a., at hun er faglært tjener og var ansat i DFDS, hvor hun var tillidsrepræsentant, fra 2013-2019. Hun deltog i overenskomstforhandlingerne i 2017 og 2020. Drikkepenge var ikke et tema. Drikkepenge har altid været tjenerens. Hun beholdt de kontante drikkepenge, og hvis der var betalt drikkepenge på kort, fik hun kontanter i en kuvert fra kontoret. Hvis der har været et godt samarbejde med køkkenet, kan tjeneren vælge at dele sine drikkepenge med køkkenpersonalet.

Der blev ikke opsat skiltning på færgerne, efter at ordningen med deling af drikkepenge blev indført. Rygterne ombord sagde, at ordningen med deling blev indført, fordi DFDS ville tiltrække Michelinkokke, som forlangte del i drikkepengene.

Før delingsordningen udgjorde drikkepenge ca. $\frac{1}{4}$ af hendes løn. Efter deling faldt det til $\frac{1}{6}$ af det tidligere, så det nu var $\frac{1}{24}$ af lønnen. Der skete samtidig en nedgang i mængden af drikkepenge, måske fordi tjenerne ikke har det samme incitament til at gøre sig fortjent til drikkepenge.

C har forklaret bl.a., at han er faglært tjener og har været tillidsrepræsentant hos DFDS siden 2003. Drikkepenge har altid været tjenerens. Det har aldrig været diskuteret, og de havde intet hørt om den planlagte ændring før DFDS' brev af 16. marts 2018. Han mistede ca. 4.000 kr. om måneden på grund af delingen af drikkepenge. Han får ca. 19.000 udbetalt om måneden i løn.

Ca. 70-80 % af drikkepengene betales på kort. Hvis en tjener delte drikkepenge, var det den pågældendes egen beslutning, og det var ikke noget, man talte om. Der er forskel på, om og hvor meget der gives i drikkepenge i de forskellige restauranter ombord, og derfor rokerede tjenerne mellem restauranterne for at opnå en lige adgang til drikkepenge.

D har forklaret bl.a., at han har arbejdet som tjener siden 1987 9-10 forskellige steder. Drikkepengene har alle steder været tjenerens. Han deler selv med sine elever, men det er hans beslutning. Han har ikke oplevet restauranter, der har blandet sig i fordelingen af drikkepenge.

E har forklaret bl.a., at hun er tidligere direktør i HORESTA og har været i branchen siden 1992. Der har aldrig været diskussion af drikkepenge i forbindelse med overenskomstforhandlinger. Traditionelt fik tjenerne en serveringsafgift på 12,5 % af omsætningen. Hvis kunden betalte mere end det, var det drikkepenge. For ca. 20 år siden begyndte man at gå over til fast løn for tjenerne, og i dag er ca. 85 % på fast løn.

Det er i dag almindeligt, at arbejdsgivere bestemmer over drikkepenge. Der er restauranter, der helt forbyder drikkepenge bl.a. for at undgå problemer i forhold til skattemyndighederne, og andre bestemmer forskellige fordelingsnøgler mellem forskellige personalegrupper. Der er ikke nogen kutyme.

F har forklaret bl.a., at han har været ansat i DFDS siden 1979, hvor han startede som radiotelegrafist. Indtil sin pensionering sidste år var han Crewing Director. Han har deltaget i overenskomstforhandlingerne siden 1990. Der har aldrig været talt om drikkepenge. Tjenerne i DFDS er godt aflønnet. Ordningen med deling af drikkepenge blev indført for at få en mere solidarisk ordning. Det har intet på sig, at det skulle skyldes krav fra Michelinkokke.

G har forklaret bl.a., at han er Commercial Head på skibet Pearl Seaways. Det indebærer, at han er den øverste ansvarlige for restauranter, barer og butikker. Der er ca. 100 tjenere på skibet i højsæsonen. I hvilket omfang der gives drikkepenge afhænger af, hvilken restaurant der er tale om, og tidspunktet på året. Tjenerne rokerer mellem restauranterne.

Ordningen med deling af drikkepenge blev indført for at få en mere solidarisk ordning. Det blev muligt at gennemføre ordningen, fordi ca. 90 % af drikkepengene nu bliver givet ved kortbetaling. Der er nu dobbelt så mange, der skal deles om drikkepengene, så det må indebære, at tjenerne i gennemsnit får

deres drikkepengeindtægter halveret. De tjenere, hvis oversigter over drikkepenge 3 F har fremlagt, var topscorere med hensyn til drikkepenge. En tjener, der arbejder i buffetrestauranten Seven Seas i sommersæsonen, hvor der hovedsageligt kommer større grupper af pakketurister, modtager flere drikkepenge end før som følge af deleordningen.

6. Anbringender

Klager, 3F Privat Service Hotel og Restauration, har anført navnlig, at drikkepenge i obligationsretlig henseende er en gave, der ydes af gæsten til tjeneren. En arbejdsgiver kan ikke uden et aftale- eller overenskomstmæssigt grundlag pålægge tjenerne at afgive eller videregive den modtagne gave.

Det centrale må være gavegivers – gæstens – intention, dvs. om gæsten har haft til hensigt at yde drikkepengegaven til tjeneren eller til restaurationsindehaveren. Den standardintention som SKATs juridiske vejledning tager sit udgangspunkt i, er, at drikkepengene ydes til den enkelte tjener, medmindre gæsten er informeret om en anden fordeling. Der er ikke på DFDS's skibe ved skiltning informeret om, at drikkepengene bliver fordelt. Det forhold, at drikkepengebeløbet af praktiske årsager betales via en restaurationsindehavers aftale med et kortselskab, i en slags depositum irregulare, kan ikke være afgørende for, hvem der har retten til beløbet eller dets skattemæssige behandling. DFDS har da også i årene forud for sin beslutning om at tilegne sig rådigheden over tjenernes drikkepenge, betalt tjenerne den andel af drikkepengene, der blev ydet ved kortbetaling.

Tjenernes ret til drikkepengene har eksisteret som en bindende forudsætning for den mellem parterne gældende overenskomst siden den oprindelige overenskomst blev indgået i 1958. Der er ikke siden da mellem parterne indgået aftale om fravigelse af forudsætningen eller indtruffet andre omstændigheder, som kan begrunde forudsætningens bortfald, og forudsætningen er efterlevet og bekræftet af DFDS frem til 2018.

Tjenernes ret til drikkepengene eksisterer herudover som en overenskomststudfyldende kutyme, som bevarer sin gyldighed sammen med overenskomsten.

Tjenernes adgang til selv at råde over en eventuelviderefordeling af modtagne drikkepenge udgør en fast etableret branchekutyme i restaurationsbranchen, uanset om denne er landbaseret eller maritim, og den kan ikke opsiges af DFDS.

For så vidt angår DFDS påstand om afvisning, har klager anført, at den bygger på det synspunkt, at klager får medhold i sit synspunkt om, at drikkepengene er tjenernes ejendom.

Indklagede, DFDS, har til støtte for påstande om afvisning anført navnlig, at klagers synspunkt er, at modtagne drikkepenge alene er et mellemværende mellem gæsten og den enkelte tjener og dermed ikke har nogen relation til aftaleforholdet mellem den enkelte tjener og DFDS. Som følge heraf skal sagen afvises fra behandling ved faglig voldgift, da retten til drikkepenge i så fald ikke har relation til parternes overenskomst.

Til støtte for påstanden om frifindelse, har DFDS anført navnlig, at DFDS med hjemmel i ledelsesretten kan fastlægge regler for, hvordan drikkepenge skal fordeles, på samme måde som øvrige ansættelsesvilkår. Hertil skal det bemærkes, at indførsel af den mere solidariske fordeling af drikkepenge var begrundet i, at det ikke alene er tjenerne, der bidrager til, at gæsterne får en positiv oplevelse, og at det i sidste ende er denne positive oplevelse, der i de fleste tilfælde får gæsterne til at give drikkepenge.

Det består ikke i branchen en kutyme, hvorefter tjeneren har ret til at beholde modtagne drikkepenge. Drikkepenge håndteres på mange forskellige måder i branchen. På Oslo-overfarterne bestod en kutyme, som er blevet behørigt opsagt til bortfald.

SKATs juridiske vejledning forudsætter, at der kan fastsættes ansættelsesvilkår, hvorefter drikkepenge ligeligt skal fordeles mellem relevante medarbejdere. Den

skattemæssige behandling af drikkepenge er dog ikke relevant for afgørelsen af sagen.

DFDS er ikke enig i, at drikkepenge i vore dagen kan karakteriseres som en gavmildshedsbaseret betaling. Gavmildshedsbaserede betalinger må forstås som ydelser, der gives uden, at der foreligger nogen relation mellem giver og modtager. Drikkepenge udspringer imidlertid af den relation, der er mellem tjeneren og gæsten. Der er således tale om en accessorisk ydelse, som gæsten betaler for den oplevelse, gæsten har haft ved besøget på restauranten og relationen med tjeneren.

Det klare udgangspunkt er, at en kutyme kan opsiges særskilt når som helst med passende varsel – medmindre der foreligger stærke holdepunkter for det modsatte. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag, og tre måneder må anses for et passende varsel. Hvis dette ikke er tilfældet, må kutymen anses for behørigt opsagt til bortfald ved udløbet af daværende overenskomstperiode den 29. februar 2020.

7. Opmandens begrundelse og resultat

Spørgsmålet om drikkepenge er ikke omtalt i parternes overenskomst.

Parterne er enige om, at det i hvert fald siden parternes første overenskomst i 1958 har været praksis, at tjenerne havde ret til at beholde drikkepenge, som de modtog i kontanter, og at de fik udbetalt de drikkepenge, som blev betalt med kort.

Spørgsmålet er, om denne praksis som hævdet af DFDS er en arbejdsretlig kutyme, der på dette punkt inddrænker DFDS' ledelsesret, og som kunne opsiges uafhængigt af overenskomsten, eller om det som hævdet af 3F slet ikke falder ind under DFDS ledelsesret at bestemme, at tjenerne skal dele de modtagne drikkepenge med andre.

Det afgørende er ikke, hvem der civilretligt har ejendomsretten til et beløb modtaget fra en kunde, eller hvem der skatteretligt må anses som rette

indkomstmodtager – hvilket ikke kan afgøres af en faglig voldgift – men om det falder inden for arbejdsgiverens ledelsesret at pålægge tjenerne at dele de modtagne drikkepenge med andre medarbejdere. Om der som påstået af DFDS er tale om en arbejdsretlig kutyme, der indskrænker ledelsesretten, og om denne kutyme er behørigt opsagt, falder ind under den faglige voldgiftsrets kompetence. Påstanden om afvisning tages derfor ikke til følge.

Når tjenere i DFDS' restauranter modtager drikkepenge, sker det i kraft af deres ansættelsesforhold som tjenere. DFDS har som arbejdsgiver betydelig adgang til at påvirke tjenernes mulighed for at modtage drikkepenge. DFDS kan således f.eks. ved skiltning frabede betaling af drikkepenge, og indretningen af automater, der anvendes ved kortbetaling, kan ske så kunderne i større eller mindre grad tilskyndes til betaling af drikkepenge. DFDS's tilrettelæggelse af arbejdet ved at bestemme, i hvilken restaurant en tjener skal arbejde på et givet tidspunkt har endvidere efter de afgivne forklaringer stor betydning for, om og i hvilket omfang tjeneren modtager drikkepenge.

DFDS har endvidere en legitim interesse i at træffe bestemmelse om fordeling af drikkepenge af hensyn til at forbedre samarbejdet mellem de forskellige personalegrupper og for at undgå de problemer med tilrettelæggelsen af arbejder, der kan opstå, fordi nogle restauranter giver bedre muligheder for drikkepenge.

Det er ikke godtgjort, at der eksisterer en branchekutyme, hvorefter tjenere altid har ret til at beholde modtagne drikkepenge.

På denne baggrund finder jeg, at DFDS i kraft af ledelsesretten kunne bestemme en fordeling af drikkepenge som sket, og at praksis, hvorefter tjenerne beholdt drikkepengene, havde karakter af en arbejdsretlig kutyme, der som udgangspunkt kunne opsiges med tre måneders varsel.

Som nævnt har den nævnte kutyme været praktiseret i mere end 60 år. Det er ikke bestridt, at de øvrige personalegrupper, som efter fordelingen skulle have del i drikkepengene, som forklaret af G udgjorde ca. lige så mange personer som tjenerne, og fordelingsordningen for tjenerne må derfor i gennemsnit have

medført en halvering af de modtagne drikkepenge. Det må dog efter forklaringerne og de fremlagte oversigter over modtagne drikkepenge lægges til grund, at tabet af drikkepenge for nogle tjenere var større.

Under hensyn til, at der har været tale om en meget langvarig praksis, hvis ophør har medført et ikke ubetydeligt indtægtstab for i hvert fald en del af tjenerne, finder jeg, at der er tale om en kutyme, som tjenerne i særlig grad har indrettet sig efter, og som må antages at være taget i betragtning ved overenskomstforhandlingerne. Under disse omstændigheder finder jeg, at kutymen i overensstemmelse med DFDS' subsidiære anbringende alene har kunnet opsiges til bortfald ved overenskomstperiodens ophør, således at kutymen bortfaldt den 29. februar 2020.

Jeg tager herefter DFDS' påstand om frifindelse til følge.

Thi bestemmes:

DFDS frifindes.

Hver part skal betale egne sagsomkostninger og halvdelen af opmandens honorar.

København, den 2. juli 2021

Anne Louise Bormann