

Kendelse af 31. marts 2022 i faglig voldgiftssag 2021-1103:

Fagligt Fælles Forbund (3F)

for

Tømrersjak v/A

(forhandlingssekretær Svend-Aage Poulsen)

mod

DIO III v/Dansk Industri (DI)

for

Julstrøm Entreprise ApS

(chefkonsulent Troels Lauge Nielsen)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår et tømrersjaks arbejde på et omfattende nybyggeri. Hovedspørgsmålet er, om der er indgået en aftale om omfang af akkordarbejde. Såfremt dette ikke er tilfældet, er spørgsmålet, om sjakket kan sige op og forlange akkordbetaling for det udførte arbejde efter opmåling efter gældende prislister.

Klager har nedlagt påstand om, at Julstrøm Entreprise ApS til tømrersjak v/A skal afregne skyldigt akkordoverskud på i alt 73.581,50 kr. med tillæg af feriepenge, SH og pension.

Indklagede har påstået frifindelse og har endvidere nedlagt nogle subsidiære påstande om betaling af mindre beløb end påstået af klager.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 28. marts 2022 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: forhandlingssekretærerne Johnny Frimann Storm og Mark Christensen, begge 3F, chefkonsulent Henrik Olsen og konsulent Søren Bech, begge DI.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af tømrersvend A, faglig medarbejder B, 3F Bygningsarbejdernes Fagforening Fyn, og indehaver C, Julstrøm Entreprise ApS.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer var flertal for en afgørelse, træffes denne af opmanden.

3. Overenskomstgrundlaget

I 2020 Bygningsoverenskomsten mellem Dansk Byggeri (nu DIO III) og 3F hedder det bl.a.:

"Kapitel 7

Akkord/lønssystemer

§ 32 Akkordgrundlag

Akkord

1. Såfremt en af parterne ønsker det, udføres alt nyt arbejde i akkord og betales efter de til enhver tid mellem Dansk Byggeri og Fagligt Fælles Forbund gældende prislisters samt tilhørende bestemmelser.

...

§ 33 Indgåelse af akkord

Tildeling

1. Akkordens omfang fastlægges skriftligt, og underskrives af begge parter, før arbejdet påbegyndes, såfremt en af parterne ønsker dette. På tildelingen henvises, så vidt muligt til daterede udleverede tegninger og beskrivelser.

...

Opmålte akkordregnskaber

2. Det er parternes ret løbende under arbejdets gang, eller ved arbejdets afslutning at lade den samlede mængde af arbejde opmåle efter gældende prislisters.

...

Akkordaftaler som bygger på standardpriser eller slumpakkorder m.v.

3. Såfremt en af parterne ønsker at indgå en akkordaftale som bygger på standardpriser eller en slumpakkord, fremsættes forslag hertil - baseret på akkordregnskaber udarbejdet med baggrund i organisationernes prislisters og/eller akkorderingsforslag - skriftligt til modparten, inden halvdelen af arbejdet, der forhandles om, er udført. Hvis parterne inden halvdelen af arbejdet er udført ikke har fremsat forslag til standardpris eller slumpakkord udføres arbejdet ikke i akkord efter indholdet i stk. 3. Modparten kvitterer for modtagelsen og skal i løbet af 10 arbejdsdage svare skriftligt på forslaget. ...

Herefter forhandles forslag og svar mellem parterne. Svares der ikke inden for den nævnte frist, er forslaget gældende.

Akkordaftale om en standardpris eller slumpakkord skal for at være gældende, være skriftligt, og underskrevet af begge parter.

Opnås der ikke enighed, afgøres uoverensstemmelsen i henhold til regler for behandling af faglig strid.

Hvis der mellem virksomheden og medarbejderne opstår uenighed, når parterne har udvekslet akkordforslag, som bygger på standardpriser eller slumpakkorder m.v. skal der ved mægling mellem parterne fremlægges et regnskab baseret på prislisterne, udarbejdet af medarbejdersiden og virksomhedens beregningsgrundlag. Som lægges til grund for løsning af striden.

Akkordering

4. Hvis en af parterne ønsker det, kan der for akkordarbejde, som ikke kan udledes af de mellem organisationerne aftalte prislister, indgås akkorderingsaftale.

Forslag herom fremsættes skriftligt til modparten, under arbejdets gang, der i løbet af 5 arbejdsdage skal svare skriftligt på forslaget, hvorefter forslag og svar forhandles mellem parterne. Parterne er pligtige til at kvittere for modtagelsen. Svares der ikke inden for de nævnte 5 arbejdsdage, betragtes forslaget som godkendt. ...

...

Hvis der mellem parterne er udvekslet akkorderingssedler, eller kritik heraf, betragtes arbejdet som værende udført i akkord.

...

§ 34 Akkordforhold

Bindende aftaler

1. En akkord mellem virksomheden og medarbejderne er gensidigt bindende.

Afskedigelse af medarbejder i akkord

2. En virksomhed kan ikke uden påviselig grund afskedige medarbejderne, før arbejdet er fuldført. Sker dette, skal medarbejderne have akkordbeløbet fuldt udbetalt.

Bortgang i akkord

3. Såfremt en medarbejder forlader en akkord, hvor 2 eller flere deltager, vil et eventuelt overskud, udover det udbetalte, tilfalde den eller de øvrige deltagere i akkorden.

...

§ 36 Opgørelse af akkorder

Akkordopgørelse

1. Akkordopgørelser skal indeholde den aftalte akkordsum, opgørelse over akkorderinger, opgørelse over timeforbrug og udbetalte acontobeløb samt være forsynet med fordeling pr. medarbejder.

...

Akkordopgørelser skal være virksomheden i hænde senest 15 arbejdsdage, efter akkorden er afsluttet. Overholdes indleveringsfristen ikke, er krav om akkordafregning for sent fremsendt.

Kritik af regnskaber / Akkordopgørelser

2. Kritik af indleveret akkordregnskab / akkordopgørelser, skal være afleveret senest 10 arbejdsdage efter akkordregnskabets / akkordopgørelsens modtagelse.

Kritikken skal være skriftlig og indeholde en specifikation over de posteringer, der kritiseres, og skal udvise det beløb, der er til udbetaling. ...”

Som bilag 12 til Bygningsoverenskomsten er medtaget følgende:

*”Akkordbestemmelser
Ordforklaring til Kapitel 7 Akkordbestemmelser*

Tildeling

Er en skriftlig aftale mellem virksomheden og medarbejderne om hvor meget arbejde medarbejderne skal udføre, på den pågældende byggeplads. ...

Akkordaftale

En skriftlig aftale indgået mellem virksomheden og medarbejderne som indeholder, en beskrivelse af arbejdet, forudsætningerne for udførsel og en pris på arbejdet. ...”

Der foreligger et betydeligt antal afgørelser om akkord. Parterne har inddraget en del under sagen til støtte for deres respektive standpunkter.

Det fremgår af praksis bl.a., at den, som hævder, at der er indgået en akkordaftale, har bevisbyrden derfor, som det siges i Faglig voldgift af Mogens Hornslet, bind I s. 210 (DA Forlag 2008) s. 210. Med andre ord: Den part, der påstår at have en akkordaftale, skal i almindelighed kunne godtgøre dens eksistens, som det siges i Jens Kristiansen: Ansættelsesret (1. udg. 2020) s. 346. Fra overenskomstområdet kan bl.a. nævnes kendelse af 27. december 2019 i faglig voldgift 2019.0047.

I afgørelse af 6. april 2017 i faglig voldgiftssag 2016.0184 udtales: ”I og med, at der ikke er godtgjort nogen akkordtildeling, kan der ikke foreligge en fratagelse af akkord som hævdet af klager.” I Arbejdsrettens afgørelse af 23. september 2002 i sag 2001.609 hævdede arbejdsgiversiden, at nogle svende havde forladt en akkord, og påstod idømmelse af bod; svendene blev frifundet, da arbejdsgiver ikke havde fremlagt fornøden dokumentation for, at der var indgået en aftale om akkord.

Foreligger der en akkordaftale, og forlader svendene efter ensidig beslutning det aftalte arbejde, inden det er færdigt, er det i kendelse af 27. august 2013 i faglig voldgiftssag 2013.0092 udtalt,

at det får den i Overenskomstens § 34, stk. 3, angivne konsekvens, medmindre svendene kan godtgøre, at de med virksomheden har aftalt, at deres bortgang ikke skal have den konsekvens, at de ikke skal have akkordbetaling.

I faglig voldgiftskendelse af 6. juni 2018 i sag 2017.0147 er det udtalt, at en part i en akkord-aftale ikke ensidigt kan afbryde akkorden før akkordarbejdets færdiggørelse, men at parterne i en akkordaftale kan aftale at afslutte og opgøre akkorden tidligere end oprindeligt aftalt, hvortil er føjet: ”I mangel af skriftlig aftale må der kræves et sikkert bevis for, at en mundtlig aftale er indgået.”

I Arbejdsrettens afgørelse af 16. august 2011 i sag 2010.0812 er det udtalt, at det følger af Bygningsoverenskomsten, ”at en slumpakkord ikke kan aftales til en lavere pris, end den kan opmåles til i organisationernes prisliste”.

4. Begivenhedsforløbet

Den indklagede virksomhed, Julstrøm Entreprise, fik i 2021 en ordre på tømrerarbejdet på ny-byggeri af et seniorbofællesskab på X-adresse omfattende 74 boliger og et fælleshus.

Et tømrersjak v/A havde været ansat hos Julstrøm Entreprise i et par år, hvor de havde arbejdet på slumpakkord eller timeløn. I begyndelsen af 2021 var sjakket – som A og C samstemmende har forklaret – ved at færdiggøre en opgave i Fredericia og fik mulighed for at vælge at fortsætte på opgaven i Svendborg eller en anden opgave og valgte at tage opgaven i Svendborg, som indtjeningsmæssigt skønnedes at være den mest attraktive. A har forklaret, at sjakket mente, at de var mere værd end 200 kr. i timen. C har forklaret, at opgaven i Fredericia havde været lang og bøvlet, det var sjakkets tur til at få en god opgave, hvorfor de fik mulighed for at vælge, hvilken opgave de ville have på akkord.

Sjakket gik i gang på pladsen på X-adresse i marts 2021 og havde adgang til tegningsmateriale mv. på en ipad udleveret af firmaet. De har for timerne på projektet modtaget 200 kr. pr. time.

Sjakket afleverede akkorderingsaftaler til virksomheden for arbejde udført i marts og april 2021, som ifølge den udfyldte formular angår ”arbejde der ikke kan udledes af prislisterne, og/eller ikke er beskrevet i den indgåede akkordaftale”.

Den 11. april 2021 afleverede sjakket til firmaet et forslag til "Tildeling og akkordaftale" omfattende tømrerarbejdet i hele byggeriet og en samlet akkordsum indeholdende akkorderinger på en række ensartede opgaver i samtlige blokke på 1.427.043 kr.

Firmaet besvarede dette forslag med et forslag til "Akkordtildeling" vedrørende "X-adresse – 74 boliger + fælleshus", dateret 26. april 2021 og omfattende "Alt Tømrerarbejde jf. tegningsmateriale" og nogle opregnede merydelser og en samlet pris på 986.941,64 kr.

Sjakket fremkom herefter, efter de afgivne forklaringer formentlig den 2. maj 2021, med et revideret forslag til "Tildeling og akkordaftale" med en samlet akkordsum på 1.196.092,24 kr.

Firmaet svarede herpå i en e-mail af 4. maj 2021, at de var "langt fra hinanden", og foreslog, at "vi sætter os sammen og kigger jeres priser kontra vores priser efter, for der må være nogle store udsving enten hos jer eller os".

Sjakket anmodede herefter om et møde med mester. Efter de forklaringer, som er afgivet af A og C, lægges det til grund, at der blev holdt et møde, hvor sjakket ønskede at komme ud af ansættelsesforholdet, hvad C af hensyn til bevarelse af deres personlige venskab mente nok var bedst og derfor gik med til.

Sjakket fratrådte et par uger senere, den 21. maj 2021, efter at have færdiggjort de lofter, de var i gang med, og have sat nye medarbejdere ind i arbejdet.

Den 10. juni 2021 kl. 13:24 sendte A en e-mail til firmaet med emneangivelsen "Opgørelse X-adresse". Mailen indeholdt ikke yderligere tekst, men var vedhæftet to filer, "Regnskab_120_Udskrift.rtf" og "Regnskab_128_Udskrift.doc".

C skrev i en svar-mail samme dag kl. 13:34: "Det kan ikke åbnes." Efter bevisførelsen lægges det til grund, at det var rtf-filen indeholdende den foretagne opmåling og samlede sum, som ikke kunne åbnes, mens doc-filen indeholdende fordelingen på sjakdeltagerne kunne åbnes.

C skrev yderligere en svar-mail samme dag kl. 16:53, hvori det hedder:

”Opgørelsen er afvist, da I er smuttet undervejs i byggeriet. Byggeriet er ikke færdiggjort ved opsigelse og dermed frafalder evt ret til akkord – Modsat havde vi ret til 2000,- pr mand til oplæring af nye medarbejdere til overtagelse af projektet. Ønsker I udbetaling af akkord er I velkommen til at komme og færdiggøre byggeriet.”

C modtog ikke noget svar på mailen om ikke at kunne åbne eller den anden mail, men blev orienteret om, at 3F Fyn den 6. juli 2021 i et brev til DI anmodede om afholdelse af mæglingsmøde om, at firmaet skulle ”betale iht. afleverede akkordopgørelse”. Lokalmæglingsmøde blev afholdt den 5. august 2021. Det hedder i referatet bl.a.:

”Der er mellem organisationerne enighed om, at der har været arbejdet på akkord.

Der er derimod ikke enighed om hvorvidt den manglende enighed mellem akkordparterne – firma og svende – giver svendene lov til at forlade akkorden inden færdiggørelse.

Det er 3F’s opfattelse at der i akkord hvor der ikke er udført tildeling eller omfangsaftale er det til enhver tid svendenes ret at opmåle udført arbejde. Det er 3F’s opfattelse at der i den aktuelle sag ikke er indgået en akkord tildeling.

Heroverfor tager DI forbehold.”

3F Fyn var på mødet repræsenteret af faglig medarbejder B, som har forklaret, at det på mødet kom frem, at firmaet godt kunne åbne doc-filen, men ikke rtf-filen. Opmålingen blev fremlagt på mødet, og firmaet fik tilbudt, at fristen for kritik kunne løbe fra dette tidspunkt, men firmaet ville stå på, at der forelå bortgang i akkord.

Den 15. september 2021 blev der afholdt organisationsmøde. Af referatet fremgår, at 3F var af den opfattelse, at der ikke var indgået en endelig aftale om tildeling, og at medarbejderne derfor havde ret til at forlange betaling for udført arbejde efter organisationernes prisliste, jf. Overenskomstens § 33, stk. 2, 1. afsnit, mens DI var af den opfattelse, at det fra starten var aftalt, at sjakket skulle udføre arbejdet på samtlige 74 boliger og fælleshuset, og at der forgæves var søgt indgået aftale om en slumpakkord, hvorfor svendene var forpligtet til at udføre arbejdets fulde omfang.

5. Parternes hovedsynspunkter

5.1. Klager har navnlig anført, at sjakket på pladsen i Svendborg har arbejdet på akkord, men at indklagede ikke har godtgjort, at der foreligger en aftale om tildeling eller omfang af akkord, som skal være skriftlig – skriftlighedskravet er et gyldighedskrav, og et akkordsjak kan ikke blive bundet til et akkordomfang ved passivitet eller stiltiende. Et akkordsjak er ved manglende aftale om tildeling eller omfang af en akkord berettiget til at afslutte ansættelsesforholdet og få det udførte arbejde opmålt efter prislisterne i henhold til Overenskomstens § 33, stk. 2, idet prislisterne er mindstebetaling, når der ikke foreligger en endelig tildeling. Når der ikke er en tildeling, er ingen af parterne bundet til udførelse af et bestemt stykke arbejde, det står arbejdsgiver og ansatte frit for at bringe ansættelsesforholdet til ophør i overensstemmelse med Overenskomstens opsigelsesregler. I øvrigt har indklagede ikke kritiseret sjakkets akkordopgørelse fyldestgørende, hvilket betyder, at den skal udbetales.

5.2. Indklagede har navnlig anført, at der mellem sjakket og firmaet, inden sjakket i marts 2021 gik i gang på pladsen i Svendborg, var enighed om, at de skulle udføre hele arbejdet i firmaets entreprise på pladsen i akkord. Det aftalte parterne mundtligt, og skriftlighed er ikke en gyldighedsbetingelse efter § 33, stk. 1, i Overenskomsten. Omfanget skal kun nedfældes på skrift, hvis en af parterne ønsker det, og det har der ikke været noget ønske om i den foreliggende sag. Sjakket skulle herefter udføre tømrerarbejdet i hele entreprisens 74 boliger og fælleshus. Sjakket forlod imidlertid arbejdet, før det var afsluttet. Sjakket har derfor ikke efter Overenskomsten krav på noget akkordoverskud, og sjakket har ikke godtgjort en aftale med firmaet om, at de kunne forlade akkorden i utide med krav på akkordoverskud. I øvrigt kan der ikke blive tale om, da regnskab er indleveret for sent.

6. Opmandens begrundelse og resultat

Efter Bygningsoverenskomstens § 32, stk. 1, udføres alt nyt arbejde, såfremt en af parterne ønsker det, i akkord efter de til enhver tid mellem Dansk Byggeri, nu DIO III, og Fagligt Fælles Forbund gældende prislister.

Om indgåelse af akkord er der nærmere regler i Overenskomstens § 33. Det hedder i § 33, stk. 1, om tildeling, at akkordens omfang fastlægges skriftligt og underskrives af begge parter, før arbejdet påbegyndes, såfremt en af parterne ønsker dette. Efter ordlyden af stk. 1 er der vedrørende akkordens omfang krav om skriftlighed og underskrivelse af begge parter, såfremt en af parterne ønsker det. Efter ordlyden stilles der således ikke særlige krav til form eller andet til

indgåelse af en aftale om akkordomfang. Om den tilsvarende bestemmelse i 2007-Bygningsoverenskomsten er det i kendelse af 30. august 2010 udtalt, at der kun skal ske skriftlig fastlæggelse af akkordens omfang, hvis dette kræves af en af parterne. Der er ikke oplyst omstændigheder, som kan føre til at tillægge ordforklaringen i Overenskomstens bilag 12 betydning over for den utvetydige ordlyd af overenskomstbestemmelsen.

Det følger heraf, at det beror på dansk rets almindelige aftaleretlige regler, om der er indgået en aftale om akkordomfang. Det kan derfor ikke blot ske skriftligt, men også mundtligt. Det kan ikke blot ske udtrykkeligt, men også stiltiende ved at udvise en adfærd, som ikke består i ved ord eller tegn at afgive en løfteerklæring, men som i en kontraheringssituation med føje af en anden i situationen forstås som udtryk for vilje til at være bundet af en bestemt kontrahering.

Uanset hvorledes en aftale hævdes at være kommet i stand, påhviler det imidlertid i almindelighed den, som vil påberåbe sig en aftale, at føre bevis for dens eksistens. Jo længere væk det påberåbte grundlag er fra det udtrykkelige, skriftlige og underskrevne, des tungere bliver det at løfte denne bevisbyrde.

I den foreliggende sag er parterne imidlertid enige om, at sjakket på pladsen i Svendborg arbejdede på akkord. Af referatet fra mæglingssmødet fremgår, at organisationerne allerede da var enige om, at der havde været arbejdet på akkord. Og parternes standpunkter under den faglige voldgift bygger ligeledes på, at der har været tale om akkordarbejde.

Det må endvidere efter bevisførelsen lægges til grund, at sjakket og firmaet drøftede, hvilken opgave sjakket skulle have, når en igangværende i Fredericia var færdig, at sjakket fik to opgaver at vælge imellem, at de valgte opgaven i Svendborg, fordi den skønnedes at give dem de bedste muligheder for at tjene mere end timelønnen på 200 kr., at de gik i gang med arbejdet på pladsen i Svendborg, at de fra start afleverede akkorderingssedler, og at de derefter med ledelsen udvekslede forslag til slumpakkorder omfattende hele firmaets tømrentreprise på pladsen.

Under disse omstændigheder må det anses for godtgjort, at parterne har været enige om, at sjakket på akkord skulle udføre alt tømrerarbejde i den entreprise, som firmaet havde fået i opdrag at udføre på pladsen i Svendborg.

Det bemærkes herved, at forløbet må anskues på baggrund af Bygningsoverenskomsten, som i § 33, stk. 1 og 3, bygger på, at det er et på forhånd afgrænset arbejde, som en aftale om akkord angår. Heri ligger ikke, at Overenskomsten er til hinder for, at det kunne være aftalt f.eks., at sjakket fik opgaven i akkord med ret til, indtil der var indgået en aftale om slumpakkord, at slutte samarbejdet med ret til opmåling og akkordopgørelse efter gældende prislister for det udførte arbejde. Det er imidlertid ikke gjort gældende, at der er indgået en sådan aftale. Synspunktet er, at en sådan ret følger af Overenskomsten, når der arbejdes på akkord og ikke er indgået en aftale om akkordomfang – et synspunkt, som der ikke er anledning til at tage stilling til, eftersom der foreligger en aftale om akkordomfang.

Det forhold, at parterne ikke kunne blive enige om en slumpakkord, ændrede ikke ved, at den aftalte akkord var gensidigt bindende som angivet i Overenskomstens § 34, stk. 1. At en akkordaftale er gensidigt bindende, er imidlertid ikke til hinder for, at parterne aftaler at ændre den.

Efter de herom afgivne forklaringer lægges det til grund, at ledelsen på et møde gik med til, at sjakket efter eget ønske stoppede på pladsen. Der foreligger ingen oplysninger om, at parterne drøftede konsekvenserne heraf. Der foreligger heller ingen oplysninger om, at sjakket skulle have forbeholdt sig retten til efterfølgende at foretage opmåling og kræve akkordopgørelse for det udførte arbejde, eller at ledelsen skulle have præciseret, at godkendelsen af, at sjakket kunne forlade arbejdet, ikke indebar nogen ret for sjakket til akkordopgørelse og –overskud.

Under disse omstændigheder og under hensyn til princippet i Overenskomstens § 34, stk. 3, ses der ikke at være fornødne holdepunkter for at tolke det passerede som indeholdende en aftale om efterfølgende opmåling og akkordbetaling af det udførte arbejde. Hvis det i øvrigt antoges, at noget sådant var aftalt, måtte det i mangel af anden aftale antages, at akkordopgørelse skulle være virksomheden i hænde senest 15 dage efter, at sjakket sluttede arbejdet på pladsen. Akkordopgørelsen blev imidlertid først gjort tilgængelig for virksomheden i læsbar stand på mæglingmødet den 5. august 2021, flere måneder efter at sjakket havde forladt pladsen den 21. maj 2021.

Resultatet bliver herefter, at indklagede må frifindes.

Thi bestemmes:

Indklagede frifindes.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og havdelen af udgift til opmand.

Børge Dahl