

Kendelse af 17. januar 2023 i faglig voldgift 2022-1124:

Malerforbundet i Danmark

Nyropsgade 14

1602 København V

(forbundssekretær Jesper Carl)

mod

Dansk Industri Overenskomst III

for

Maks Byg 1 ApS

Klostergade 80, 3

8000 Aarhus C

CVR nr. 38595520

(chefkonsulent, advokat Mette Q. Væggemose)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår den indklagede virksomheds beskæftigelse af medarbejdere fra Polen på en byggeplads i by 1. Spørgsmålet er, om medarbejderne for så vidt angår overarbejde, SH-godtgørelse og køretid er blevet aflønnet med mindre end, hvad der efter Maleroverenskomsten mindst skulle betales, således at Malerforbundet kan gøre et differencekrav svarende til virksomhedens besparelse gældende.

Klager har nedlagt påstand om, at den indklagede virksomhed, Maks Byg 1 ApS, til Malerforbundet skal betale 224.761,98 kr. med procesrente fra klageskriftets dato.

Indklagede har påstået frifindelse.

Den påståede besparelse angår manglende overtidsbetaling 186.974,44 kr., manglende siddepenge 20.703,45 kr. og manglende SH-betaling 17.084,09 kr.

Klageskrift er indgivet den 16. december 2022.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 16. januar 2023 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: hovedkasserer René Jensen, Malerforbundet, og konsulent Søren H. Handberg, Dansk Industri (DI).

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af A, adm. direktør i den indklagede virksomhed.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer var enighed om en afgørelse, træffes denne af opmanden. Parterne er enige om, at det kan ske ved kendelse med en begrundelse for resultatet uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af den afgivne forklaring og parternes procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

3. Sagsforholdet kort fortalt

3.1. Parterne er enige om, at den indklagede virksomhed som medlem af DIO III er bundet af den mellem DIOIII (tidligere Dansk Byggeri) og Malerforbundet indgåede overenskomst, Maleroverenskomsten 2020.

3.2. Den indklagede virksomhed har oplyst, at den i en periode i 2020-2021 under udførelse af arbejde på en byggeplads i by 1 havde 3-6 malere beskæftiget på pladsen. Virksomheden har fremlagt ansættelsesbevis og ansættelsesaftale for 5 medarbejdere med angivelse af ansættelsesdato i ansættelsesbeviset og samme dato som begyndelsesdato i ansættelsesaftalen. Virksomheden har oplyst, at arbejdet foregik fra den 16. november 2020 til den 11. juli 2021. Virksomheden har ikke fremlagt timesedler, og de lønsedler, som virksomheden har fremlagt vedrørende 6 medarbejdere, angår følgende perioder – den oplyste ansættelsesdato er angivet i parentes:

- B (ansat 14. september 2020):
20. oktober 2020 – 19. august 2021
- C (ansat 11. juni 2020):
20. oktober 2020 – 19. august 2021, 20. november – 19. december 2021,
- D (ansat 3. august 2020):
20. juni 2020 – 19. april 2021,
- E (ansat 3. august 2020):
20. juni 2020 – 19. april 2021,
- F (ansat 5. oktober 2020):
20. februar 2020 – 19. april 2020, 20. november 2020 – 19. august 2021,
20. november – 19. december 2021,
- G (ansættelsesdato ikke oplyst):
20. december 2020 – 19. februar 2021, 20. april 2021 – 19. juli 2021,
20. november – 19. december 2021.

3.3. Der er en række forskelle mellem indholdet i ansættelsesaftalerne, ”Ansættelsesaftale for timelønnede”, og ansættelsesbeviserne, som er forsynet med Dansk Byggeris logo og titlen ”Ansættelsesbevis for timelønnede”. Virksomhedens direktør har forklaret, at de har anvendt ansættelsesaftaleteksten gennem længere tid for efter et møde med 3F også at anvende ansættelsesbeviseteksten. Medarbejderne er i ansættelsesaftalerne ansat som bygningsarbejdere, i ansættelsesbeviserne som bygningsmalere. Ansættelsesaftalerne indeholder i pkt. 12.1 et vilkår: ”Ansættelsesforholdet er ikke reguleret af kollektive overenskomster eller aftaler”. Ifølge ansættelsesbeviserne er medarbejderne ansat til udførelse af arbejde ”under ovennævnte overenskomstforhold” – hvor overenskomst og lønmodtagerorganisation skulle være angivet er det imidlertid angivet, at ”For ansættelsesforholdet gælder den mellem Dansk Byggeri og Maks Byg ApS” og ikke yderligere; firmanavnet står på en stiplede linje, hvorunder der står: ”lønmodtagerorganisation”. Der er i ansættelsesbeviserne en angivelse af den personlige timeløn, i ansættelsesaftalerne en angivelse af løn pr. time. For tre af medarbejderne er timelønnen 140 kr. i begge dokumenter, for en medarbejder er den 140 kr. i ansættelsesbeviset og 145 kr. i ansættelsesaftalen, for en medarbejder 145 kr. i ansættelsesbeviset og 150 kr. i ansættelsesaftalen.

Om arbejdstid indeholder ansættelsesbeviset følgende vilkår: "Antal arbejdstimer ved deltidbeskæftigelse: 37 timer/uge".

I ansættelsesaftalen er der et vilkår, pkt. 6, med overskriften "Arbejdstidsaftale", hvorefter medarbejderen arbejder efter følgende 4 ugers-plan:

- Uge 1: mandag- fredag 10 timer pr. dag,
- Uge 2: mandag til fredag 10 timer pr. dag,
- Uge 3: mandag til torsdag 10 timer pr. dag, fredag 8 timer,
- Uge 4: ophold i Polen.

4. Opmandens bemærkninger

4.1. Krav vedrørende overarbejde

4.1.1. Efter **Maleroverenskomstens** § 2, stk. 2, kan arbejdstiden efter aftale med medarbejderne varieres, blot den gennemsnitlige arbejdstid inden for en 12 måneders periode er 37 timer. Aftalen "skal være skriftlig og skal ligge inden for kl. 06.00 og kl. 18.00".

4.1.2. Klager er af den opfattelse, at der ikke foreligger en gyldig aftale om variabel ugentlig arbejdstid. Ansættelsesbeviserne indeholder en aftale om en ugentlig arbejdstid på 37 timer og ingen aftale om variabel ugentlig arbejdstid. Ansættelsesaftalerne indeholder pkt. 12.1, hvorefter ansættelsesforholdet ikke er reguleret af en kollektiv overenskomst, og må som følge heraf anses som ugyldige. Der foreligger således ikke en gyldig aftale om variabel ugentlig arbejdstid indgået i henhold til Overenskomstens § 2, stk. 2. Når der ikke er overenskomst, kan der ikke laves en overenskomstmæssig aftale om variabel ugentlig arbejdstid. Uden en overenskomstmæssig aftale om variabel ugentlig arbejdstid indebærer arbejde efter det arbejdsmønster, som fremgår af ansættelsesaftalerne og er beskrevet foran i afsnit 3.3, at timer ud over 37 om ugen skal afregnes som overarbejde. Malerforbundet har foretaget en beregning af besparelsen ved at fordele timerne i de fremlagte lønsedler efter det angivne arbejdsmønster; resultatet af beregningen er en besparelse på 186.974,44 kr.

4.1.3. Indklagede har anført, at medarbejderne har arbejdet i overensstemmelse med arbejdstidsaftalen i ansættelsesaftalerne, og at denne arbejdstidsaftale er i overensstemmelse med Overenskomstens § 2, stk. 2. Der er derfor ikke noget differencekrav vedrørende overarbejde.

4.1.4. Hertil bemærker opmanden:

Det skriftlige ansættelsesgrundlag, som den indklagede virksomhed har anvendt over for medarbejderne, er mangelfuldt og indbyrdes modstridende og indeholder i ansættelsesaftalerne et vilkår om, at ansættelsesforholdene ikke er omfattet af en kollektiv overenskomst. Det er imidlertid uomtvistet, at de pågældende medarbejders ansættelsesforhold er omfattet af Maleroverenskomsten. Der måtte derfor ikke i ansættelsesbevis og ansættelsesaftale være vilkår, som strider mod Overenskomsten. Det forhold, at en ansættelsesaftale indeholder et overenskomststridigt vilkår, indebærer i almindelighed ikke, at aftalen om ansættelse som sådan bliver ugyldig, men i overensstemmelse med dansk rets almindelige aftaleretlige principper at det pågældende vilkår sættes til side og erstattes af overenskomstens ordning.

Vilkåret i ansættelsesaftalerne, hvorefter ansættelsesforholdene ikke var reguleret af kollektive overenskomster eller aftaler, er overenskomststridigt og ugyldigt. Tilsidesættelse af dette af dette vilkår i ansættelsesaftalerne kan imidlertid efter det anførte ikke føre til, at ansættelsesaftalerne i øvrigt bliver ugyldige, men har den konsekvens, at der ses bort fra vilkåret, og således at Maleroverenskomsten er gældende for ansættelsesforholdet.

Uanset misforholdet mellem ansættelsesbeviser og ansættelsesaftaler må det efter det fremkomne lægges til grund, at både medarbejderne og virksomheden har opfattet reguleringen af arbejdstid i ansættelsesgrundlaget som en aftale om en variabel ugentlig arbejdstid på 37 timer, som skulle præsteres efter det arbejdsmønster, som er angivet i ansættelsesaftalernes pkt. 6, og som medarbejderne faktisk har arbejdet i overensstemmelse med.

Der er herefter ikke anført noget, som kan føre til en tilsidesættelse af arbejdstidsaftalerne, og da der er arbejdet efter mønstret i disse, ses der ikke at være grundlag for et differencekrav vedrørende overarbejde.

4.2. Øvrige krav

4.2.1. Uoverensstemmelsen og parternes synspunkter

4.2.1.1. Det fremgår af de lønsedler, som virksomheden har fremlagt, at medarbejderne er godskrevet SH-betaling med en sats på 9,9 %.

Malerforbundet har til støtte for, at den indklagede virksomhed har opnået en besparelse, som kan begrunde et differencekrav, anført, at satsen efter Maleroverenskomsten var 10,75 % til og

med februar 2021 og herefter 11,75 %. Klager har opgjort besparelsen, inkl. pensionsbidrag af SH-godtgørelsen, til 17.084,09 kr.

Indklagede har alene haft den bemærkning hertil, at der kun kan indgå løn vedrørende den periode, som virksomheden har oplyst at have arbejdet på pladsen.

4.2.1.2. Maleroverenskomsten indeholder i § 4 en bestemmelse om, at medarbejderne, når arbejdsgiveren stiller fri bil til rådighed for transport til arbejdsstedet, har krav på betaling for forbrugt tid (siddepenge) med 2,53 kr. pr. km, dog ikke for de første 12 km hver vej. Ifølge § 4, stk. 6, skal medarbejdere, der har krav på siddepenge, skriftligt rejse kravet over for arbejdsgiveren senest 3 måneder efter kravets opståen – ellers fortabes kravet.

Den indklagede virksomhed har oplyst, at medarbejderne kørte til arbejdspladsen i virksomhedens biler uden for arbejdstiden.

Klager har anført, at medarbejderne på den baggrund har krav på betaling for forbrugt tid efter Overenskomstens § 4. Klager har opgjort besparelsen til 20.703,45 kr. ud fra afstanden fra virksomhedens adresse til byggepladsen og 218 manddage. Antallet af manddage er optalt ud fra en timeopgørelse, som virksomheden har fremlagt.

Indklagede har anført, at krav om siddepenge er fortabt, da det først er rejst i klageskriftet, dvs. efter udløbet af fristen i Overenskomstens § 4, stk. 6.

Indklagede har endvidere anført, at der kun kan indgå siddepenge vedrørende den periode, som virksomheden har oplyst at have arbejdet på pladsen.

4.2.2. Hertil bemærker opmanden:

Det er ubestridt, at den indklagede virksomhed har afregnet SH-godtgørelse med en for lav procentandel sammenholdt med Overenskomstens procentsatser. Virksomheden har således opnået en besparelse, som Malerforbundet kan kræve betalt.

Det krav, som Malerforbundet gør gældende vedrørende siddepenge, er ligeledes et differencekrav og opgjort til det, som virksomheden har sparet ved ikke at betale siddepenge som mindst foreskrevet i Overenskomsten. Der er altså ikke tale om et siddepenge-

efterbetalingskrav rejst af den eller de enkelte medarbejdere eller på nogen eller alle medarbejders vegne. Reglen om fortabelse af krav i Overenskomstens § 4, stk. 6, omfatter efter ordlyden af bestemmelsen ikke et sådant differencekrav, som tilkommer Malerforbundet, og der er sådanne forskelle mellem den enkelte medarbejders efterbetalingskrav og Malerforbundets differencekrav, at der ikke er grundlag for en udvidende tolkning og forståelse af bestemmelsen. Virksomheden har således også vedrørende siddepenge opnået en besparelse, som Malerforbundet har krav på betaling af som et differencekrav, jf. herved også Arbejdsrettes afgørelse af 17. august 2022 i sag 2022-134.

Klager har opgjort, hvad virksomheden vedrørende SH-godtgørelse har sparet i forhold til satserne i Overenskomsten til 17.084,09 kr. ud fra de lønbeløb, som indklagede har oplyst med de fremlagte lønsedler. Klager har opgjort, hvad virksomheden vedrørende siddepenge har sparet i forhold til Overenskomsten til 20.703,45 kr. ud fra afstanden fra virksomhedens adresse til byggepladsen og 218 manddage – antallet af manddage er optalt ud fra en timeopgørelse, som virksomheden har fremlagt. Indklagede har ikke haft andre bemærkninger til de talmæssige opgørelser end, at opgørelserne rækker ud over den periode, hvor virksomheden arbejdede på pladsen i by 1. Af betydning for opgørelse af besparelsen vedrørende siddepenge foreligger der da også uklarhed om arbejdsperiode og arbejdsmængde, bl.a. fordi virksomheden ikke har fremlagt timesedler, og fordi det er uklart, hvilket arbejde lønsedlerne angår, og eksempler på løn for arbejde forud for det oplyste ansættelsestidspunkt. Denne uklarhed må imidlertid lægges den indklagede virksomhed til last og komme denne til skade.

Ud fra en samlet bedømmelse findes den samlede besparelse passende at kunne ansættes til 35.000 kr.

Thi bestemmes:

Maks Byg 1 ApS, CVR nr. 38595520, skal til Malerforbundet i Danmark inden 14 dage betale 35.000 kr. med procesrente fra den 16. december 2022.

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

Børge Dahl