

UDSKRIFT

af

Arbejdsrettens dom af 7.september 2007

Sag nr. A2005.721:

Landsorganisationen i Danmark

for

Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark

(advokat Pernille Leidersdorff)

mod

Dansk Arbejdsgiverforening

for

Dansk Byggeri på egne vegne og

for

Bach & Søndergaard I/S,

Emiliehøj 1, 8270 Højbjerg

(advokat Helge Werner)

Dommere: Peter Andersen, Børge Dahl (formand), John Dahl, Oluf Engell, Erik Kjærgaard, Lene Pagter Kristensen (retsformand), Knud Erik Linius, Poul Sørensen (næstformand) og Nicolai Westergaard.

Det hedder i Hovedaftalens § 9, stk. 2:

”Der må ikke fra nogen side lægges hindringer i vejen for, at en arbejdstager udfører så meget og så godt arbejde, som hans evner og uddannelse tillader ham.”

Hovedtvisten i sagen angår, om Bach & Søndergaard I/S – som driver en vikarbureauvirksomhed – har handlet i strid med Hovedaftalens § 9, stk. 2, ved i sin samarbejdsaftale med sine kunder at have gjort brug af et aftalevilkår, hvorefter kunden – og virksomheder med en nærmere tilknytning til kunden – i indtil 12 måneder efter samarbejdsaftalens ophør ikke måtte ansætte de vikarer, som blev udlejet i henhold til samarbejdsaftalen.

Parterne er tillige uenige om, hvorvidt en anvendelse af det omtvistede aftalevilkår også strider mod opsigelsesreglerne i § 64 i parternes overenskomst. Spørgsmålet herom er henvist til afgørelse ved faglig voldgift.

1. Påstande

Klager, Landsorganisationen i Danmark for Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark, har nedlagt følgende påstande:

- 1) Indklagede, Bach & Søndergaard I/S, skal for overenskomstbrud betale en efter Arbejdsrettens skøn fastsat alvorlig bod til Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark.
- 2) Indklagede, Dansk Byggeri, skal for delagtighed i overenskomstbrud betale en efter Arbejdsrettens skøn fastsat bod til Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark.

Indklagede, Dansk Arbejdsgiverforening for Dansk Byggeri på egne vegne og for Bach & Søndergaard I/S, har nedlagt påstand om frifindelse.

2. Sagsfremstilling

I forsommeren 2005 blev Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark bekendt med, at den indklagede virksomhed, Bach & Søndergaard, havde indgået en samarbejdsaftale med en anden virksomhed indeholdende en klausul, som forhindrede medlemmer af forbundet i at opnå ansættelse i andre virksomheder. Bach & Søndergaard er et vikarbureau, der leverer arbejdskraft inden for byggesektoren, og samarbejdsaftalen angik 5 af virksomhedens svende. Det hedder i samarbejdsaftalen, der er underskrevet af Bach & Søndergaard den 24. februar 2005, bl.a.:

”§ 1.

B&S udlejer til [...] følgende antal [...] Tømrere

...

§ 12.

I indtil 12 mdr. fra nærværende samarbejdsaftales ophør, må [...] eller selskaber (moder-, søster- og datterselskaber) og personer (anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer og direktører) med tilknytning til [...] ikke ansætte personer omhandlet af nærværende aftales § 1. I tilfælde af overtrædelse betales for hvert tilfælde en konventionalbod på kr. 50.000,- pr. medarbejder.

Nærværende bestemmelse finder alene anvendelse, såfremt B&S kan dokumentere (ved lønsedler, faktura eller lignende), at den pågældende medarbejder indenfor 3 måneder før ansættelsen hos [...], har været ansat hos B&S.”

Da samarbejdsaftalens § 12 efter klagers opfattelse er i strid med arbejdskraftens fri bevægelighed, begærede klager fællesmøde afholdt. På denne baggrund blev der den 13. juni 2005 afholdt fællesmøde. I referatet fra mødet hedder det:

”Ved et fællesmøde d.d. i Dansk Arbejdsgiverforening behandledes en af Landsorganisationen i Danmark på vegne af Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark rejst klage vedrørende en opstået uoverensstemmelse mellem forbundet og medlem af Dansk Byggeri, Bach & Søndergaard I/S, Emiliehøj 1-2, 8270 Højbjerg, angående en af virksomheden udarbejdet samarbejdsaftale.

Sagen forhandlede.

Fra arbejdsgiverside pålagde man virksomheden straks at ophøre med at anvende § 12 i samarbejdsaftalen og virksomheden erklærede sig indforstået hermed.

Fra arbejdstagerside forbeholdt man sig at indbringe spørgsmålet om bod for Arbejdsretten.”

Klager indbragte herefter ved klageskrift af 26. juli 2005 sagen for Arbejdsretten med påstand om, at Bach & Søndergaard for overenskomstbrud skal betale en efter Arbejdsrettens skøn fastsat alvorlig bod til Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark. Det blev i den forbindelse gjort gældende bl.a., at virksomheden havde erkendt at have begået brud på overenskomstens § 64.

Ved svarskrift af 20. oktober 2005 påstod indklagede frifindelse, idet indklagede bestred, at bestemmelsen i samarbejdsaftalens § 12 var i strid med opsigelsesbestemmelserne i overenskomsten eller forudsætninger om arbejdskraftens frie bevægelighed.

Ved klagers replik af 28. november 2005 blev også Dansk Byggeri indklaget under den verserende sag i Arbejdsretten, idet klager i tillæg til påstanden i klageskriftet nedlagde påstand om, at Dansk Byggeri for overenskomstbrud – ved ikke at anerkende, at anvendelse af en klausul som den nævnte § 12 strider mod overenskomstens opsigelsesbestemmelser – skal betale en efter Arbejdsrettens skøn fastsat bod til Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark.

Efter yderligere skriftveksling blev der den 22. november 2006 på ny afholdt fællesmøde mellem repræsentanter fra parterne. Det hedder i referat fra dette fællesmøde:

”Ved et fællesmøde d.d. i Dansk Arbejdsgiverforening behandledes en af Landsorganisationen i Danmark på vegne af Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark rejst klage over Bach & Søndergaard ApS, Emiliehøj 1-2, 8270 Højbjerg, medlem af Dansk Byggeri, vedrørende en uoverensstemmelse om en samarbejdsaftales forenelighed med Hovedaftalens § 9, stk. 2, jf. fællesmødebegæring af 2. november 2006.

Sagen forhandlede.

Arbejdstagersiden gjorde gældende, at anvendelsen af samarbejdsaftalen var et brud på Hovedaftalens § 9, stk. 2, jf. fællesmødebegæring af 2. november 2006.

Arbejdsgiversiden bestred grundlaget for klagen i sin helhed og gjorde herunder gældende, at arbejdstagersiden havde udvist retsfortabende passivitet, og at Hovedaftalens § 9, stk. 2, ikke finder anvendelse på den omstridte klausul i samarbejdsaftalen.

Arbejdstagersiden bestred, at der foreligger passivitet og tog forbehold for at gøre et organisationsansvar gældende.

Arbejdsgiversiden bestred, at der var grundlag for et organisationsansvar.

Afslutningsvis tog arbejdstagersiden forbehold for at videreføre sagen i Arbejdsretten.”

3. Parternes argumentation

Klager har anført, at det må anses for at være erkendt på fællesmødet den 13. juni 2005, at Bach & Søndergaard har begået overenskomstbrud ved at have indgået samarbejdsaftalens § 12, idet det ellers savner mening, at Dansk Byggeri pålagde virksomheden at ophøre med at anvende bestemmelsen, og at virksomheden erklærede sig indforstået hermed. På fællesmødet forbeholdt klager sig da også alene at indbringe spørgsmålet om bod for Arbejdsretten og ikke spørgsmålet om sagens realitet.

Samarbejdsaftalens § 12 er i strid med Hovedaftalens § 9, stk. 2, jf. herved Arbejdsrettens dom af 7. april 1986 i sag nr. 10.822 (AT 1986 s. 92), hvor Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening var enige om, at det var overenskomststridigt at indgå en aftale svarende til bestemmelsen i samarbejdsaftalens § 12 i den foreliggende sag. Det fremgår ganske vist ikke klart af dommen, hvori overenskomstbruddet nærmere bestod, men den valgte terminologi viser, at det drejer sig om Hovedaftalens § 9, stk. 2.

Aftalevilkår som det omtvistede er endvidere i strid med grundlæggende aftaleretlige principper, som også gælder på det kollektivarbejdsretlige område, idet der uden om arbejdstagerne lægges hindringer i vejen for disses adgang til ansættelse, hvilket må kræve udtrykkelig hjemmel, jf. herved Henry Ussing, Aftaler (3. udg. 1950) s. 188.

Bestemmelsen i Hovedaftalens § 9, stk. 2, er ikke kun rettet mod arbejdstagersiden, men også arbejdsgiversiden er omfattet heraf. Bestemmelsen kan ikke antages alene at omfatte f.eks. aktioner fra en flerhed af arbejdstagere, dvs. uden indblanding fra arbejdstagernes organisation, men må på samme måde omfatte en eller flere arbejdsgivere. Anvendelsen af klausuler svarende til den foreliggende samarbejdsaftales § 12 er et nyt fænomen. I litteraturen er alene beskrevet den hidtidige praksis for anvendelsen af bestemmelsen i Hovedaftalens § 9, stk. 2, men det betyder ikke, at bestemmelsen skal læses således, at den alene angår arbejdstagersiden. Det følger udtrykkeligt af bestemmelsens ordlyd – ikke ”fra nogen side” – at alle de parter, som Hovedaftalen tilsigter at forpligte, er

omfattet. Ud fra en naturlig sproglig forståelse af Hovedaftalens § 9, stk. 2, er den omhandlede samarbejdsaftales § 12 i strid hermed, og indklagede har ikke godtgjort, at bestemmelsen skal forstås i strid med ordlyden. En anvendelse af § 9, stk. 2, i en situation som den foreliggende er ikke i strid med hidtidig praksis for anvendelse af bestemmelsen, men en naturlig konsekvens af hidtidig praksis overført til denne hidtil ukendte form for arbejdshindring.

Rapporten fra udvalget om brugen af hemmelige klausuler mv., der begrænser lønmodtagermobiliteten på arbejdsmarkedet (april 2007), kan ikke tillægges betydning, da den reelt ikke behandler kollektive overenskomster nærmere. Der var endvidere tale om et embedsministerielt udvalg, som måtte gøre brug af de oplysninger, som udvalget fik. Dertil kommer, at det lovforslag, som blev udarbejdet på baggrund af udvalgets rapport, indtil videre er blevet trukket tilbage bl.a. efter henstilling fra arbejdstagernes organisationer, som fandt, at det ville føre til en forringelse af arbejdstagernes forhold.

I relation til udmåling af bod bør bruddet på Hovedaftalen undergives en skærpet vurdering, idet hemmelige aftaler tilsidesætter grundlæggende aftaleretlige principper og indebærer knægtelse af den grundlovssikrede ret til fri og lige adgang til arbejde. Sådanne aftaler indgået mellem arbejdsgivere begrænser arbejdstageres adgang til ansættelse og er dermed bebyrdende for arbejdstagerne som tredjemand, hvorfor aftalerne kun kan indgås med arbejdstagerne selv som part, jf. herved aftalelovens § 38. Ved bodsudmålingen bør det særligt tillægges betydning, at aftalerne holdes hemmelige for arbejdstagerne. Der er som følge heraf meget ringe mulighed for at opdage og sanktionere arbejdsgivernes indgåelse af aftalerne, og der bør derfor fastsættes en præventiv afskrækkende bod. Derudover bør der lægges vægt på, at samarbejdsaftalens bestemmelse har karakter af et standardvilkår og derfor har begrænset et ukendt antal af forbundets medlemmer i deres erhvervsudøvelse, uden at disse er gjort bekendt hermed eller kompenseret herfor. Det ligger forudsætningsvist i aftalelovens § 38, at det skal afspejles i arbejdstagernes løn, hvis der indgås aftaler om begrænsninger for arbejdstagerne.

Dertil kommer, at den potentielle skadevirkning er ganske betydelig i den foreliggende sag, idet arbejdstagerne ikke alene er afskåret fra at opnå ansættelse i rekvirentvirksomheden, men også i tilknyttede selskaber (moder-, søster- og datterselskaber) og hos personer med tilknytning til denne virksomhed (anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer og direktører). Endvidere var det en del af samarbejdsaftalen, at der ved overtrædelse af aftalen skulle betales en konventionalbod på 50.000 kr. pr. medarbejder. På denne baggrund er der forskyldt en alvorlig bod.

Dansk Byggeri har gjort sig delagtig i overenskomstbrud ved ikke at vedstå det på fællesmødet den 13. juni 2005 givne pålæg til Bach & Søndergaard samt ved heller ikke efterfølgende at retlede virksomheden.

Indklagede har anført, at formuleringen i fællesmødeprotokollatet af 13. juni 2005 ikke kan tages som udtryk for arbejdsgiversidens erkendelse af, at der er begået overenskomstbrud, herunder et brud på Hovedaftalens § 9, stk. 2. En sådan erkendelse må fremgå direkte og utvetydigt, hvis det skal kunne påberåbes, jf. herved Arbejdsrettens retsformandsafgørelse af 22. juni 2006 i sag nr. A2006.129.

Indklagede bestrider, at Hovedaftalens § 9, stk. 2, er brudt. Dette følger allerede af, at bestemmelsen ikke regulerer forholdet mellem to arbejdsgivere, men alene er rettet mod en kollektivitet på arbejdstagersiden.

Bestemmelsen i Hovedaftalens § 9, stk. 2, udspringer af Septemberforliget. Den har sin baggrund i arbejdsgiversidens første egentlige udkast til Septemberforliget – gengivet i jubilæumsskriftet ”Arbejdsgiverforeningen gennem 25 år 1896-1921” s. 96 ff, hvor det i en afsluttende anmærkning s. 99 bl.a. hedder:

”I øvrigt forudsættes det som selvfølgelig, at De samvirkende Fagforbunds Hovedbestyrelse vil være villig til af al Magt sammen med Arbejdsgiverforeningen at virke for rolige, stabile og gode Arbejdsforhold, først og fremmest derved, at der ikke under nogen Omstændighed fra nogen som helst Organisations Side lægges Hindringer i Vejen for nogen som helst Arbejder til at benytte sin naturlige Ret til at udføre saa meget og saa godt Arbejde, som hans Evner og Uddannelse tillader ham ...”.

Denne anmærkning, som er klart rettet mod organiseret lønmodtageroptræden, kom stort set ordret ind i Septemberforliget og er ikke siden indholdsmæssigt ændret, jf. Allan Rise, Arbejdsmarkedets nye grundlov (1962) s. 43 og Per Jacobsen: Kollektiv Arbejdsret (5. udg. 1994) s. 309.

Bestemmelsen udspringer af frygten for, at fagforeningen eller arbejderne indbyrdes skulle fastsætte maksimumsydelser for akkordarbejde, jf. herved Knud Illum, Den kollektive arbejdsret (3. udg. 1964) s. 176. Hensigten med bestemmelsen var således at imødegå frygten for, at kollektiviteten skulle fastsætte sådanne hindringer for akkordsystemet. Tilsvarende hedder det om bestemmelsen i Allan Rise og Jens Degerbøl: Grundregler i dansk Arbejdsret (8. udg. 1981) s. 117 f bl.a.:

”Denne bestemmelse ... er i virkeligheden ikke mindst gennem den omfattende retspraksis, den har givet anledning til, udslag af en almindelig retsgrundsætning, der da også ansås for at være gældende i den tid, der ikke fandtes nogen hovedaftale.

Bestemmelsen betyder i praksis, at der, hvad enten arbejdet udføres i akkord eller på tidløn, skal arbejdes godt og forsvarligt, og at forsømmelser ikke må finde sted uden fyldestgørende grund, jfr. også de fleste overenskomsters bestemmelser om, at arbejdstiden skal være effektiv og skal overholdes, således at der f.eks. ikke forekommer andre spise- eller andre pauser end dem, der er overenskomstmæssigt aftalt.

De forhold, der kan være i strid med § 9, stk. 2, og den bag denne liggende retsgrundsætning, er dels den såkaldte arbejdsobstruktion, d.v.s. en forsætlig kollektiv nedsættelse af arbejdsydelserne, dels ”loft” over akkorderne, d.v.s. en mellem arbejderne aftalt overgrænse for akkordfortjenesterne.”

C. Ove Christensen har i Juristen 1961 s. 263 bl.a. om bestemmelsen bemærket:

”Det er selvfølgelig, at der skal ydes godt og forsvarligt arbejde, samt at arbejdstiden skal overholdes og udnyttes effektivt på en sådan måde, at der ikke holdes drikke- eller hvilepauser, som ikke er hjemlet ved overenskomst eller kutyme. Med hjemmel i Septemberforligets pkt. 9 eller de i denne bestemmelse udtrykte grundsætninger, som svarer til stk. 3 i § 9, er det gældende retspraksis, at det anses som brud på bestemmelsen, at arbejdere indbyrdes træffer aftale om fastsættelse af maksimumspræstationer eller vedtager at lægge »loft« over akkordpræstationer”.

Der henvises herved til K. 4395 (UfR 1953 A p. 896), hvor det netop var kollektiviteten, der blev lagt vægt på.

På baggrund af litteraturen er der ingen tvivl om, hvad bestemmelsen sigter til. Arbejdsrettens dom i sag nr. 10.822 (AT 1986 s. 92) er ikke udtryk for et bredere anvendelsesområde for bestemmelsen. Hovedaftalen er slet ikke nævnt i dommen, og dommen er derfor uden relevans for den foreliggende sag. Der er i det hele ingen præjudikater, der peger i den retning, som klager ønsker.

Det er i Rapport fra udvalget om brugen af hemmelige klausuler mv., der begrænser lønmodtagermobiliteten på arbejdsmarkedet (Beskæftigelsesministeriet april 2007), anført (s. 17), at der i dag ikke kendes kollektive overenskomster eller aftaler, der direkte regulerer de hemmelige aftaler. Udvalgets kommissorium var at beskrive, hvorledes retsstillingen var for de hemmelige aftaler i forhold til eksisterende lovgivning, idet der skulle inddrages sager, som udvalget har eller fik kendskab til.

Dertil kommer, at den af Bach & Søndergaard indgåede aftale ikke udgør eller kan udgøre en utilbørlig begrænsning i lønmodtagerens adgang til erhvervsudøvelse i strid med Hovedaftalens § 9, stk. 2.

4. Arbejdsrettens begrundelse og resultat

Det er i Højesterets dom af 5. september 1997 (UfR 1997 s. 1495) lagt til grund, ”at et sædvanligt vikarbureauansættelsesforhold angår udlejning af arbejdskraft, hvis ansættelse hos udlejer kun omfatter det enkelte udlejningsforhold”, og ”at vikarerne anses for fritstillet over for bureauerne” og ”berettiget til at tage fast ansættelse hos den kunde, hvortil de er udlejet af et bureau”. Det er således et grundvilkår for vikarbureauansættelse, som Bach & Søndergaard I/S – skjult for de ansatte vikarer, som kan have valgt vikarbureauansættelse som en indgang til fast ansættelse – gennem samarbejdsaftalen søgte at begrænse i § 12, hvorved kunden – samt selskaber og personer med en nærmere tilknytning til kunden – påtog sig en forpligtelse til ikke at ansætte de udlejede vikarer i indtil 12 måneder fra samarbejdsaftalens ophør. Forpligtelsen var i tilfælde af overtrædelse sanktioneret med en konventionalbod på 50.000 kr. pr. medarbejder.

Twisten for Arbejdsretten angår, om Bach og Søndergaard herved har overtrådt Hovedaftalens § 9, stk. 2, og om Dansk Byggeri har delagtiggjort sig i overenskomstbruddet, således at hver af de indklagede skal betale en bod.

Der er ikke alene ved referatet af fællesmødet den 13. juni 2005 grundlag for at fastslå, at arbejdsgiversiden skulle have erkendt et sådant brud, og en sådan erkendelse kan heller ikke udledes af, at arbejdsgiversiden på fællesmødet gav virksomheden pålæg om at ophøre med at anvende samarbejdsaftalens § 12, hvilket virksomheden erklærede sig indforstået med.

Hovedaftalens § 9, stk. 2, som fik sin nuværende formulering i 1960, fastslår udtrykkeligt, at der ikke fra ”nogen side” må lægges hindringer i vejen for, at en arbejdstager udfører så meget og så godt arbejde, som hans evner og uddannelse tillader ham. Bestemmelsen gælder således efter sin ordlyd for alle, som er bundet af Hovedaftalen, og der er ikke i det under sagen oplyste grundlag for en anden forståelse. Det må tværtimod anses for bedst stemmende med den til Hovedaftalen knyttede gensidige loyalitetspligt at anse enhver, der er bundet af Hovedaftalen, for forpligtet til ikke unødigt at begrænse arbejdsmulighederne for de arbejdstagere, som er dækket af Hovedaftalen.

Det må, som sagen er oplyst for Arbejdsretten, lægges til grund, at arbejdsstyrken hos Bach & Søndergaard består af vikarer, dvs. ansatte, hvis arbejdsforhold bl.a. er karakteriseret ved, at de ikke er sikret vedvarende ansættelse. Det må endvidere lægges til grund, at de ansatte ikke var gjort bekendt med samarbejdsaftalens § 12, og at de ikke modtog nogen økonomisk kompensation på trods af, at bestemmelsen som følge af sin afgrænsning af det tidsrum og de virksomheder, som den var gældende for, var egnet til at påføre dem en ikke uvæsentlig begrænsning i deres muligheder for at opnå fastansættelse.

Det omtvistede aftalevilkår findes i hvert fald under disse omstændigheder at indebære en sådan urimelig og illoyal begrænsning af arbejdstagernes arbejdsmuligheder, at vilkåret må anses for stridende mod Hovedaftalens § 9, stk. 2.

Under hensyn til den fortolkningstvivl, som Hovedaftalens § 9, stk. 2, giver anledning til, samt til, at arbejdsgiversiden allerede på fællesmødet den 13. juni 2005 erklærede sig indforstået med at opføre sig i overensstemmelse med at gøre brug af det omtvistede aftalevilkår, findes der at foreligge sådanne undskyldende omstændigheder, at bod kan bortfalde.

De indklagede frifindes herefter for påstanden om betaling af bod.

Thi kendes for ret:

Bach & Søndergaard I/S og Dansk Byggeri frifindes for betaling af bod.

I sagsomkostninger skal Bach & Søndergaard I/S og Dansk Byggeri inden 14 dage efter denne doms afsigelse betale 2.000 kr. til Arbejdsretten.

Lene Pagter Kristensen