

Til CO-industris medlemsforbund

5. august 2005
VE-HeK-sa
2004-02022

Sær VI
ansættelse

MEDDELELSE NR. 2005/073

Principiel afgørelse i faglig voldgift vedrørende vikarer indenfor funktionærområdet

I Industriens Funktionæroverenskomst findes der ikke en særskilt aftale, som i Industriens Overenskomst om, at vikarer der arbejder efter overenskomsten også er omfattet heraf. CO-industri har på baggrund af en afgørelse i Bravida-sagen forsøgt at få samme retsstilling på funktionærområder, men tabte den faglige voldgift med følgende begrundelse:

”... at parterne i en længere årrække har haft den fælles forståelse, at anvendeligheden af Industriens Funktionæroverenskomst på vikarbureauvikarer ville kræve en særskilt aftale i lighed med protokollatet fra 1995 vedrørende Industriens Overenskomst, og parterne ud fra denne fælles forståelse har forhandlet om indgåelse af en sådan aftale. Denne fælles forståelse er således en del af parternes overenskomst, som ikke påvirkes af, hvad der i Bravida-afgørelsen er udledt af andre parters overenskomstforhold.”

Kendelsen vedlægges til orientering.

Med venlig hilsen

Verner Elgaard / Henrik Kjærgaard

Kendelse

af

3. august 2005

i faglig voldgift:

CO-industri

for

Danske Metal og HK/Privat

for

LM

(juridisk konsulent Jesper Kragh-Stetting)

mod

Dansk Industri

for

TDC A/S

på vegne af

TDC Totalløsninger A/S

(chefkonsulent, advokat Annette Fæster Petersen)

1. Uoverensstemmelsen angår, om vikarer, som er knyttet til og aflønnes af et vikarbureau under udførelse af arbejde hos TDC i henhold til aftale mellem vikarbureauet og TDC, efter overenskomstgrundlaget gældende for TDC har krav på nøjagtig de samme vilkår som fastansatte hos TDC i samme jobfunktion.

Den er indbragt til afgørelse ved faglig voldgift med undertegnede højesteretsdommer Børge Dahl som opmand. Den faglige voldgiftsret har i øvrigt bestået af faglig sekretær Liselotte Højer, HK/Privat, og områdeleder Peter Rimfort, CO-i, udpeget af klager, og af personalejuridisk chef Sanne Claudius Stadil, DI, og underdirektør Henning Boe, TDC A/S.

2. Om TDCs **overenskomstforhold** er det oplyst, at der i forbindelse med, at Tele Danmark A/S - nu TDC A/S - meldte sig ind i Dansk Industri, blev indgået en række særftaler som led i en tilpasning af Landsoverenskomsten mellem Tele Danmark A/S og Telekommunikationsforbundet (TKF), der nu er fusioneret med Dansk Metal, til Funktionæroverenskomsten mellem DI og CO-i. Fra det herved etablerede overenskomstgrundlag har parterne fremdraget:

2.1. Industriens Funktionæroverenskomst, hvor det i § 1 om overenskomstens område bl.a. hedder:

"Nærværende overenskomst omfatter:

Stk. 1

Tekniske funktionærer ...

Stk. 2

- a) Funktionærer, som hovedsageligt er beskæftiget med handels- og kontorarbejde ... og funktionærer, der som speciale er beskæftiget med edb-arbejde ...
- b) Funktionærer, der er uddannet som laboranter eller som udfører arbejde, som forudsætter samme faglige kvalifikationer ...

Stk. 3

Overenskomsten omfatter foruden funktionærer tillige medarbejdere, hvis arbejde er af den ovenfor beskrevne karakter, men hvor medarbejderen ikke er beskæftiget gennemsnitligt mindst 15 timer ugentligt.

Endvidere omfatter overenskomsten arbejdsfunktioner, som på grund af arbejdets art ikke er omfattet af Funktionærloven, såsom kontorbetjent og piccolo/linearbejde.

Hvor der i denne overenskomst anvendes ordet funktionær, finder bestemmelsen tillige anvendelse på de i nærværende stk. beskrevne medarbejdere, dog ikke § 14, stk. 1.

Særregler for handels- og kontorområdet samt laboratorieområdet - 50 % -reglen (§ 1, stk. 2 og 3). Nærværende overenskomst er dog kun gældende for så vidt angår de under § 1, stk. 2, pkt. a og b, § 1, stk. 3, anførte medarbejdere, hvis overenskomsten er sat i kraft på virksomheden for disse områder.

Der henvises til protokollat nr. 1 vedrørende 50 % -reglen."

I det nævnte protokollat nr. 1 om oprettelse af overenskomst for handels- og kontorområdet samt laboratorieområdet hedder det bl.a.:

"For at overenskomsten kan træde i kraft for de af § 1, stk. 2, pkt. a og § 1, stk. 3, omfattede medarbejdere, er det en betingelse, at Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark på tidspunktet for fremsættelse af krav om, at overenskomst skal træde i kraft for de af bestemmelsen omfattede medarbejdere, organiserer mindst 50 % af de beskæftigede inden for § 1, stk. 2, pkt. a samt stk. 3s område.

For medarbejdere omfattet af § 1, stk. 2, pkt. b (laboratorieområdet), tiltrædes funktionæroverenskomsten selvstændigt, hvis 50 % -reglen på dette område er opfyldt.

Administration m.v. vedrørende 50 % -reglen.

1. Betingelser.

- a) Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark kan kun slutte overenskomst med medlemmer af Dansk Industri gennem denne forening.
- b) Det er en betingelse, at forbundet, på tidspunktet for kravets fremsættelse, som medlemmer har mindst 50 % af de beskæftigede inden for det område, overenskomsten tilsigter at omfatte.

...

4. Overenskomstens virkeområde.

- a) De i nærværende overenskomst fastsatte vilkår gælder for samtlige medarbejdere inden for det arbejdsområde, overenskomsten i øvrigt omfatter

...

5. Forståelsen af 50 % -reglen

A. Hvornår skal reglen være opfyldt

- a) Beregningen af, hvorvidt 50 % -reglen er opfyldt, foretages på grundlag af beskæftigelsesforholdene i den uge, hvor overenskomstkravet modtages i Dansk Industri.

B. Hvilke medarbejdere medregnes

- a) Kun ansatte i handels- og kontorfaget tæller med. (Overenskomstens § 1, stk. 2, eller § 1, stk. 3)

...

- b) Syge og fraværende (ferie, fridage, barselsorlov) medregnes, såfremt de stadig er at betragte som ansatte i virksomheden, og således at vikarer for sådanne ikke medregnes, selv om vikarperioden går ud over 3 måneder.

...

- h) Vikarer antaget gennem vikarbureau medregnes ikke."

2.2. Der er i tilknytning til Industriens Overenskomst - men ikke Industriens

Funktionæroverenskomst - mellem DI og CO-i indgået et **protokollat** af 20. februar 1995 med ændringer fra overenskomstforhandlingerne 2000 **om vikarbureauer**, hvori det hedder:

"Vikarbureauer der ikke er medlem af Dansk Industri:

1. Industriens Overenskomst er en områdeoverenskomst, alt arbejde på en medlemsvirksomhed, der udføres inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde er derfor omfattet af overenskomsten under forudsætning af, at det udføres af en ansat eller en anden person, der er underlagt medlemsvirksomhedens ledelsesret, f.eks. en vikar, i modsætning til en, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret.
2. Dansk Industri tilkendegiver derfor, at Industriens Overenskomst er gældende for de medarbejdere, der af et vikarbureau udsendes til at arbejde på en medlemsvirksomhed inden for

IOs faglige gyldighedsområde i den tidsperiode, som vikarbureauet strækker sig over.

3. Begrebet Industriens Overenskomst omfatter også bestående lokalaftaler og kutymer, gældende for de arbejdsfunktioner, vikaren udfører.
4. Medlemsvirksomheden må i sin aftale med vikarbureauet sikre sig, at det har det nødvendige kendskab til de gældende overenskomst- og aftaleforhold.
5. En vikar, der udfører job for et vikarbureau på en medlemsvirksomhed, kan ikke være omfattet af pensionsreglerne i Industriens Overenskomst, såfremt vikarbureauet er medlem af en anden DA-medlemsorganisation og derigennem er omfattet af en overenskomstmæssig pensionsordning.

Vikarbureauer medlem af Dansk Industri:

1. Dansk Industri optager som medlem virksomheder, der er vikarbureauer. Et vikarbureau vil kunne være medlem af forskellige arbejdsgiverorganisationer. Et medlemskab af Dansk Industri kan derfor være begrænset til kun at omfatte de af vikarbureauets kontrakter, der indgås inden for Dansk Industris overenskomstområder.
2. Når vikarbureauet er medlem af Dansk Industri, vil selve ansættelsesaftalen mellem vikaren og vikarbureauet være omfattet af Industriens Overenskomst. Dette gælder selvfølgelig kun ansættelsesforhold inden for medlemsforholdets område.

Foregår vikarbureauet på en virksomhed, der er omfattet af Industriens Overenskomst, omfatter dette også de for arbejdsfunktionen bestående lokalaftaler og kutymer.

Bemærkninger:

1. Ethvert job for vikarbureauet, omfattet af Industriens Overenskomst, akkumulerer anciennitet efter de i Industriens Overenskomst beskrevne regler.
2. Er vikarbureauet medlem af Dansk Industri, vil ethvert job, uafhængig af om det er på samme eller forskellige virksomheder, blandt andet akkumulere opsigelses- og sygelønsanciennitet ved ethvert job for vikarbureauet, der ikke er omfattet af anden overenskomst end Industriens Overenskomst, blot akkumuleringen ikke er afbrudt, fordi der er mere end 9 måneder mellem to job.
3. Er vikarbureauet ikke medlem af Dansk Industri, vil der i relation til anciennitet jf. pkt. 1 kun ske akkumulering ved job på samme virksomhed med en afbrydelse på mindre end 9 måneder.
4. Overenskomstparterne Dansk Industri og CO-industri er enige om det naturlige i, at de vikaransatte er medlemmer af samme faglige organisationer som øvrige på rekvisitvirksomheden ansatte tilsvarende arbejdere.
5. CO-industri er enig med Dansk Industri i, at det ikke er hensigtsmæssigt, at vikarer, organiseret i et CO-industri medlemsforbund, skifter fagforening ved kortvarige vikariater.
6. Inden en virksomhed anvender vikarer, underrettes vedkommende tillidsrepræsentant herom."

2.3. Det er i den gennem TDC-tilpasningsforhandlingerne indgåede **Særaftale I** af 30. januar 2001 om **Funktionæroverenskomstens område** bl.a. bestemt:

"1.

Funktionæroverenskomsten er gældende for de arbejdsopgaver, som hidtil har været omfattet af Landsoverenskomsten mellem Tele Danmark A/S og Telekommunikationsforbundet. På disse områder gælder Industriens Overenskomst ikke. Den i nærværende aftale foretagne afgrænsning finder anvendelse i stedet for Funktionæroverenskomsten § 1, idet 50 % -reglen ikke vil kunne gøres gældende indenfor det tilpassede område (da overenskomstens gyldighedsområde er det samme som den hidtidige Landsoverenskomst, jf. Funktionæroverenskomstens protokollat nr. 1 og 2).

2.

Funktionæroverenskomsten omfatter løn og arbejdsvilkår ... for medarbejdere, beskæftiget som:

- telefonistmedarbejdere,
- administrative medarbejdere,
- teknisk/administrative medarbejdere og tekniske medarbejdere, herunder akademiske medarbejdere der ikke anvender den akademiske uddannelse, samt
- bachelors, i henhold til bekendtgørelse af 15. september 1988 § 2

og øvrige medarbejdere, beskæftiget i stillinger inden for arbejdsområder med dertil hørende arbejdsfunktioner, der naturligt til enhver tid knyttes an hertil, jf. dog pkt. 3."

I Særaftale VI af 30. januar 2001 **om ansættelse** hedder det bl.a.:

"1. Ansættelse

Enhver medarbejder, der opfylder funktionærlovens beskæftigelseskrav, ansættes i henhold til funktionærloven og i øvrigt i henhold til det aftalte overenskomstgrundlag, jf. tilpasningsprotokollat af 30. januar 2001, dvs. Funktionæroverenskomsten, samtlige særaftalers, protokollaters og lokalaftalers bestemmelser, jf. dog disses eget indhold."

Af **Særaftale II** af 30. januar 2001 **om pension** fremgår bl.a.:

"1.

Medarbejderne, bortset fra medarbejdere med tids- og/eller opgavebestemt ansættelse, jf. dog pkt. 3, har:

1. pensionsforsikring i henhold til en mellem Tele Danmark og Telekommunikationsforbundet aftalt pensionsordning

eller

2. tjenestemandspensionsrettigheder som medlem af KTASs, JTs eller FTs pensionskasse

eller

3. tjenestemandspensionsrettigheder i henhold til tjenestemandspensionsloven.

2.

Selskabet indbetaler et pensionsbidrag på 12 % for medarbejderen, jf. pkt. 1, lit. 1. Pensionsbidraget beregnes af den faste løn ...

3.

Medarbejdere indtræder i pensionsforsikringsordningen efter udløbet af en eventuelt fastsat prøvetid. Prøvetiden kan i henseende til pensionstilmeding ikke overstige 6 måneder.

Overgår medarbejdere med tids- og/eller opgavebestemt ansættelse til varig ansættelse i umiddelbar sammenhæng hermed, indbetales pensionsbidrag for den samlede ansættelse, der ligger ud over 6 måneder.

Midlertidig ansatte medarbejdere indtræder i pensionsforsikringsordningen efter 6 måneders ansættelse.

4.

Pensionsforsikringsbidrag indbetales månedligt samtidig med anvisningen af lønnen.

5.

Ikke-tidsbegrænset ansatte weekendvikarer ved Servicetelefonen, der hidtil ikke har været omfattet af nogen pensionsordning, er ikke omfattet af pensionsordningen. I stedet udbetales pensionsbidraget som løn.

Andre ikke-tidsbegrænset ansatte med en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på under 15 timer er heller ikke omfattet af pensionsordningen. I stedet udbetales pensionsbidraget som løn."

Af Særaftale III om løn og hertil knyttede aftaler fremgår bl.a., at "medarbejderen ansættes med fast løn", at "der er indgået lokalaftale om mindstelønninger", at der er aftalt en særlig sats "for bude og vikarer (dog undtaget telefonistvikarer)", og at: "Såfremt vikarer fastansættes, indgår beskæftigelsesperioden som vikar i beregningen af anciennitet".

3. Det indgår i sagen, at LM som tilknyttet et vikarbureau har udført arbejde i TDC, som ellers udføres af medarbejdere ansat i TDC til en ifølge klagers - af indklagede bestridte - opfattelse lavere løn m.v. end, hvad de TDC-ansatte får. Om LMs forhold er nærmere oplyst:

3.1. Den 2. november 2001 blev der indgået en vikaraftale, hvorefter vikarbureauet Adecco A/S "ansætter" LM "som vikar på følgende vilkår":

"1. ANSÆTTELSE

- 1.1 Du er med virkning fra dags dato tilknyttet Adecco A/S med henblik på midlertidige ansættelser som vikar hos vore kunder i henhold til denne aftale.

- 1.2 Du betragtes kun som ansat i den periode, som et vikariat varer.
- 1.3 Som ansat vikar i Adecco A/S er du ikke omfattet af funktionærloven.
- 1.4 Du og Adecco A/S må ikke indbyrdes indgå aftaler, der begrænser din adgang til erhverv efter ansættelsens ophør.

2.

UDBETALING(ER)

- 2.1 Adecco A/S udbetaler løn ugevis bagud på grundlag af timesedlen, der skal være korrekt udfyldt og underskrevet af den virksomhed, som du har udført arbejdet for. Den originale timeseddel skal være Adecco A/S i hænde senest mandag med morgenposten.
- 2.2 Adecco A/S betaler feriepenge efter gældende regler i ferieloven.
- 2.3 Adecco A/S tilbageholder kildeskat og betaler ud over lønnen alle ved lov pålagte bidrag og tilbageholder din andel heraf efter de til enhver tid gældende regler herom.
- 2.4 Du får udbetalt din løn fra Adecco A/S, uanset om Adecco A/S får dækket sit tilgodehavende i den virksomhed, som du har udført arbejdet for.

3. SYGDOM

- 3.1 Sygdom skal meddeles til Adecco A/S senest kl. 8.00 på den første sygedag.
- 3.2 Adecco A/S betaler sygedagpenge efter de gældende regler og overenskomster.

4.

TAVSHEDSPLIGT

...

5. OPSIGELSE

- 5.1 Denne aftale kan af begge parter opsiges uden varsel.
- 5.2 Dette gælder tillige i forhold til de enkelte vikariater, medmindre andet er særskilt aftalt.

6.

FORPLIGTELSE

- 6.1 Du er forpligtet til at følge kundens arbejdsreglement og arbejdstid samt arbejde efter kundens instruks og under kundens kontrol.

6.2 Adecco A/S har ikke tegnet ansvars- og arbejdsskadeforsikring, idet denne forsikringspligt påhviler kunden.
..." <!--[if !supportMisalignedColumns]-->
<!--[endif]-->

3.2 Den 9. november 2001 skrev Adecco følgende til LM:

"Ordrebekræftelse - Jobstart

For god ordens skyld skal vi bekræfte,
at du starter job hos vor kunde:

TDC Privat A/S
Teglholmsgade 1
0900 København C

...

Startdato: 12-11-2001
Forventet slutdato: 16-11-2001
Arbejdsområde: Telemarketing
Arbejdstid: Mandag til fredag kl. 09.00 - 16.00. Første dag kl. 12.00

Løn: kr. 105,00 pr. time

Vi henleder din opmærksomhed på, at din løn udbetales ugevis ifølge underskrevet ugeseddel. I øvrigt arbejder du i henhold til din vikarkontrakt med Adecco."

LM arbejdede yderligere i perioden fra 19. november 2001 til 28. februar 2002 hos TDC Privat Telemarketing som udsendt af vikarbureauet Adecco.

3.3. Ved brev af 11. februar 2002 tilbød TDC LM "ansættelse som telefonsælger (vikar) i perioden 1. marts 2002 - 28. februar 2003" med bemærkning om, at ansættelsen ville ophøre "uden yderligere varsel ved denne periodes udløb, medmindre andet bliver aftalt." Der blev indgået ansættelsesaftale i overensstemmelse hermed, hvorefter hun indtil videre skulle arbejde i Privat, Telemarketing, Teglholmsgade 1, 0900 København C. Lønnen aftaltes til 17.000 kr. om måneden, og det hedder i aftalen i øvrigt bl.a., at "Ansættelsesforhold, herunder løn, arbejdstid og ferie fastsættes i henhold til funktionærloven og overenskomst-forholdet mellem DI, CO-industri, TDC A/S og Telekommunikationsforbundet (TKF), Industriens Funktionær-overenskomst med tilhørende særaftaler og lokalaftaler."

For periodens sidste halvår - dvs. for perioden 1. september 2002 - 28. februar 2003 - blev der senere indgået en ny tidsbegrænset aftale, hvorefter LM, der bor i Roskilde, blev ansat som

"kunderådgiver (vikar)" i TDC med Kundeservice, TDC Privat, Ny Østergade 9, 4000 Roskilde, som arbejdssted. Løn og øvrige ansættelsesforhold var uændret.

Indklagede har oplyst, at 17.000 kr. om måneden ligger over den normale startløn hos indklagede, og at LM kun opnåede denne løn, fordi hun havde arbejdet som vikar hos indklagede i perioden forud med en timeløn på 105 kr., svarende til en månedsløn på knap 17.000 kr. (160,33 timer pr. måned), og ikke ønskede at gå ned i løn.

Indklagede har om perioden 3. marts 2003 - 31. august 2003 oplyst at have betalt Adecco 170 kr. plus moms pr. normaltime, LM arbejdede hos indklagede, med tillæg af 3 % administrationsgebyr, dvs. 175,10 kr. ekskl. moms pr. time (ved overarbejde med tillæg af 50 eller 100 %), svarende til en normal månedsbetaling ved 37 timer pr. uge på godt og vel 28.000 kr. ekskl. moms.

3.4. Nogle dage før den tidsbegrænsede ansættelsesperiodes udløb - den 24. februar 2003 - blev LM på ny tilknyttet Adecco, som samme dag sendte hende følgende brev:

"Ordrebekræftelse -
Jobstart

For god ordens skyld
skal vi
bekræfte, at du starter
job hos

vor kunde: TDC Tele Danmark Privat
Ny Østergade 11
4000 Roskilde

...

Startdato: 03-03-2003
Forventet slutdato: 31-09-2003
Arbejdsområde: Kundeservice

Arbejdstid: 37 timer om ugen efter aftale.

Løn: Kr. 110,00 pr. time (effektiv arbejdstid)

Løn, overarbejde og
tillæg: Honoreres ifølge:

Landsoverenskomst for Kontor og Lager 2000 mellem DH & S og
HK/Handel og HK/Service

Overenskomst: Ansættelsen er i øvrigt omfattet af:
Landsoverenskomst for Kontor og Lager 2000 mellem DH & S og
HK/Handel og HK/Service

Opsigelse: Landsoverenskomst for Kontor og Lager 2000 mellem DH & S og

Ordrenummer 245271

Vikarnummer: 103345

Ordrenummer og vikarnummer SKAL påføres timesedlen. Timesedlen skal være Adecco i hænde senest mandag med morgenposten. En korrekt udfyldt og rettidig fremsendt timeseddel er din sikkerhed for lønudbetaling til tiden. Ovennævnte overenskomster er tilgængelige på dit lokale Adecco-kontor. I øvrigt arbejder du i henhold til din vikaraftale med Adecco."

Indklagede har oplyst, at der ved udløbet af LMs ansættelsesperiode den 28. februar 2003 var ansættelsesstop i TDC-koncernen, men "i begrænset omfang mulighed for lokalt at ansætte en person via et vikarbureau i stedet". LM startede derfor den 1. marts 2003 i Roskilde som vikar ansat af vikarbureauet Adecco. Vikariatet sluttede den 31. oktober 2003, da der ikke længere var brug for hendes bistand.

Indklagede har endvidere oplyst, at LM herefter startede i et vikariat i TDC Erhverv i Ballerup den 6. november 2003. LM arbejdede stadig for Adecco på dette tidspunkt, men skiftede den 16. juli 2004 over til Manpower i forbindelse med en udbudsrunde hos indklagede, hvor Manpower nu er eneste leverandør af vikarbureauydelse. Hun har arbejdet i to forskellige afdelinger i TDC Erhverv - i PlusNet Mobil Produktion Øst og siden 6. september 2004 i PlusNet Mobil Kundeservice Vedligehold.

3.5. Til opfyldelse af klagers provokation vedrørende antal af fastansatte og vikarer på de arbejdssteder, hvor LM har arbejdet siden 1. marts 2003, har indklagede oplyst følgende:

"I perioden fra 1. marts 2003 til udgangen af oktober 2003 var der 18 fastansatte og 2 vikarer (herunder LM) i den pågældende afdeling i Roskilde.

I perioden fra 6. november 2003 var der et varierende antal vikarer i den afdeling i Ballerup, hvor LM arbejdede. Dette skyldes, at afsætningsudsigterne ultimo 2002 viste vækst i nysalgsaktiviteterne i 2003 og begyndelsen af 2004, men herefter blev det vurderet, at væksten ville stagnere som følge af markedsmætning. Det blev derfor besluttet at opnormere med midlertidig arbejdskraft, således at den senere tilpasning kunne ske uden at opsiges fastansatte medarbejdere. Bemandingen i PlusNet Mobil Produktion Øst har det sidste halve år udviklet sig således: medio maj 2004: 13 vikarer/14 fastansatte, medio juli 2004: 11 vikarer/14 fastansatte og ultimo november 2004: 0 vikarer og 5 fastansatte, som alle pr. 1. december 2004 overgår til beskæftigelse i TDC Mobil A/S, da der herefter er behov for kundeservice og ikke produktion. Den 6. september 2004 blev LM overført til og bemander nu sammen med 13 vikarer og 14 fastansatte PlusNet Mobil Kundeservice Vedligehold."

3.6. Til opfyldelse af klagers provokation vedrørende vikarbureauet Adeccos medlemskab har indklagede oplyst, at Adecco - efter det for indklagede oplyste - er medlem hos Dansk Handel & Service samt Dansk Industri. Det samme er tilfældet for Manpower, som LM nu er tilknyttet. Industriens Funktionæroverenskomst er ikke i kraft for nogen af vikarbureauerne.

4. Underdirektør Peer Schaumburg-Müller, TDC A/S, har forklaret, at TDC bruger vikarer, når der som følge af produktionsudsving er behov for ekstra arbejdskraft i en periode, og når der som følge af sygdom, barsel og tilsvarende er behov for midlertidig arbejdskraft. Selskabet bruger også vikarer ved volumenopgaver med store indtag, hvor det ikke er muligt for selskabet at rekruttere så hurtigt, som der er behov for.

TDC bruger både interne vikarer og bureauvikarer.

Selskabet har sit eget vikarbureau, TDC Vikar, hvortil er knyttet dels et antal fastansatte, dels nogle, der fra en anden stilling i TDC, er til rådighed - de arbejder alle under TDCs overenskomster.

Bureauvikarer har aldrig været inde under TDCs ansættelsesforhold og overenskomster. Særaftale I fastlægger overenskomsternes personelle dækningsområde og har som sit primære formål at inddrage teknikere og montører under Funktionæroverenskomsten. Det har aldrig været meningen at inddrage bureauvikarer, og det har overhovedet ikke været drøftet før Bravida-afgørelsen. TDC har en aftale med Manpower, hvorefter Manpower har pligt til at have overenskomst for de vikarer, som bureauet anviser arbejde hos TDC.

LM har kun haft midlertidig beskæftigelse hos TDC - der er ikke tale om substitution af et fast ansættelsesforhold. Det er klart dyrere for TDC at beskæftige en medarbejder som LM gennem et vikarbureau end som ansat i TDC.

Parternes påstande

5. Klager, CO-Industri for Dansk Metal og HK/Privat for LM, har nedlagt følgende **påstande**:

1. Indklagede virksomhed, TDC A/S på vegne af TDC Totalløsninger A/S, tilpligtes at anerkende, at det mellem parterne gældende overenskomstgrundlag skal efterleves i forhold til beskæftigede vikarer, hvis disse udfører arbejde, der er omfattet af omtalte overenskomstgrundlags faglige gyldighedsområde.
2. I overensstemmelse hermed tilpligtes indklagede virksomhed at anerkende, at LM principalt var omfattet af omtalte overenskomstgrundlag i de perioder fra den 3. marts 2003 og fremefter, hvor hun var beskæftiget som vikar på indklagede virksomhed, subsidiært fra den 27. august 2003.

Indklagede, Dansk Industri for TDC A/S på vegne af TDC Totalløsninger A/S, har over for begge påstande påstået frifindelse.

Om datoen den 3. marts 2003 i klagers påstand 2 henvises til pkt. 3.4. foran. Med datoen den 27. august 2003 i klagers påstand 2 afgrænses perioden således, at påstanden alene omfatter tiden efter afgørelsen i den såkaldte Bravida-sag, jf. om denne i det følgende under pkt. 6.4.2.

6. Til belysning af retsgrundlaget for den foreliggende uoverensstemmelse skal følgende fremdrages:

6.1. Funktionærloven fastlægger i § 1 funktionærbegrebet og lovens anvendelsesområde. Det hedder i bestemmelsen bl.a.:

"§ 1. Ved funktionærer forstås i denne lov følgende personer:

a) Handels- og kontormedhjælpere ...

b) Personer, hvis arbejde består i teknisk eller klinisk bestandsydelse af ikke-håndværks- eller fabriksmæssig art, og andre medhjælpere, som udfører et arbejde, der kan sidestilles hermed.

c) Personer, hvis arbejde udelukkende eller i det væsentlige består i på arbejdsgiverens vegne at lede eller føre tilsyn med udførelsen af andres arbejde.

d) Personer, hvis arbejde overvejende er af den under a) og b) angivne art.

Stk. 2. Det er en betingelse for lovens anvendelse, at den pågældende beskæftiges af vedkommende arbejdsgiver gennemsnitligt mere end 8 timer ugentlig, og at han indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner.

...

Stk. 4. Loven finder også anvendelse på tidsbegrænsede arbejdsaftaler ..."

Det er ved Højesterets dom af 5. september 1997 (UfR 1997 s. 1495) fastslået, at ansættelse som vikar i et vikarbureau med henblik på arbejde hos vikarbureauets kunder ikke er omfattet af funktionærloven. Det hedder i begrundelsen:

"Det lægges til grund, at et sædvanligt vikarbureauansættelsesforhold angår udlejning af arbejdskraft, hvis ansættelse hos udlejeren kun omfatter det enkelte udlejningsforhold, og at der i det foreliggende tilfælde er tale om et sådant ansættelsesforhold.

Det lægges endvidere til grund, at vikarerne anses for fritstillede over for bureauerne, og de er således ikke forpligtet til at påtage sig tilbudt arbejde, ligesom de uden varsel kan bringe et arbejdsforhold til ophør uanset bureauets aftaler med kunden. Vikarerne er ligeledes berettiget til at tage fast ansættelse hos den kunde, hvortil de er udlejet af et bureau.

Det findes at følge af det anførte, at vikarbureauansatte vikarer hverken i forhold til vikarbureauet eller til den virksomhed, hvor arbejdet udføres, kan anses for at indtage en tjenestestilling, således som dette begreb må forstås efter funktionærloven, og at de derfor ikke er omfattet af denne lov.

Som følge heraf tages sagsøgtets frifindelsespåstand til følge, idet det bliver uden betydning, om der var tale om en midlertidig eller tidsbegrænset ansættelse."

Det er i dommen anset for givet, at en vikarbureauvikar er undergivet instruktioner fra såvel vikarbureauet som arbejdskraftlejereren. Dommen fastslår, at funktionærlovens § 1, stk. 2, sidste led - "og at han indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktioner" - skal forstås således, at ordet "tjenestestilling" har et selvstændigt indhold i forhold til, hvad der følger af ordene "undergivet arbejdsgiverens instruktioner", ved at implicere et krav om arbejdspligt. En vikarbureauvikar kan sige ja eller nej til ethvert jobtilbud og er ved ja kun forpligtet fra dag til dag. En så fri stilling har ikke - for så vidt angår funktionærloven - karakter af et tjenesteforhold.

Dommen stadfæstede SØ- og Handelsrettens dom af 11. april 1996 - af de grunde, der var anført af SØ- og Handelsretten - og skal forstås med den modifikation, som følger af en anden af SØ- og Handelsretten ligeledes den 11. april 1996 afsagt dom (UfR 1996 s. 946), hvori en vikarbureauvikar efter omstændighederne blev anset for funktionær. Det hedder i denne doms præmisser bl.a.:

"Såfremt en vikarbureauansats arbejde i en virksomhed har en sådan langvarighed og fasthed, at der reelt foreligger et forhold, som må sidestilles med et sædvanligt ansættelsesforhold med status som funktionær, findes hensyn til hindring af omgåelse af de beskyttelseshensyn, hvorpå funktionærloven bygger, at tilsige, at undtagelse gøres fra det resultat, retten ovenfor er nået til.

En sådan situation foreligger for så vidt i dette tilfælde, hvor sagsøgeren har arbejdet i samme virksomhed - DSB - i en periode på over 3 år."

Kravene til eksistensen af et "tjenesteforhold" **efter ansættelsesbevisloven**, som definerer lønmodtagere som "personer, der modtager vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold," er ifølge SØ- og Handelsrettens dom af 3. august 1999, UfR 1999 s. 1870, lempeligere end efter funktionærloven. Dommen fastslår, at en vikarbureauvikars ansættelse var omfattet af ansættelsesbevislovens tjenesteforholdsbegreb. Det hedder i dommens præmisser bl.a.:

"Sara Pollas var efter ErhvervsVikar ApS formidling i perioden 5. november 1997 til 16. december 1997 ansat som vikar hos virksomheden Birger Lund A/S i Rødovre, hvor hun udførte sekretær- og korrespondentarbejde efter, at hun den 4. november 1997 med ErhvervsVikar ApS havde indgået en standardkontrakt med henblik på midlertidig ansættelse som vikar.

Efter ansættelseskontrakten betragtedes hun kun som ansat i vikarbureauet i den periode, vikariatet varede. I henhold til samme havde Sara Pollas ret til at afslå et tilbudt arbejde som vikar, og kontrakten kunne gensidigt opsiges til et hvilket som helst tidspunkt uden forudgående varsel. Herudover har hun være berettiget til at tage fast ansættelse hos den kunde, hvortil hun blev udsendt af ErhvervsVikar ApS.

Af tillæg til ansættelseskontrakten følger videre, at den ugentlige arbejdstid var aftalt til 37 timer og at vikariatet forventedes at vare 7 uger.

Det er ubestridt, at Sara Pollas ansættelsesforhold ikke er lovreguleret som f.eks. af funktionærloven, og at hun opfylder de tidsmæssige betingelser for at være omfattet af loven. Det afgørende er derfor, om hun kan anses for at være "i tjenesteforhold", jf. lovens § 1, stk. 2.

Formålet med rådets direktiv af 14. oktober 1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet var bl.a. at yde arbejdstagerne en bedre beskyttelse mod eventuel tilsidesættelse af deres rettigheder, og man ønskede at indføre et generelt krav om, at enhver arbejdstager skulle modtage et dokument indeholdende oplysninger om de væsentlige punkter i ansættelseskontrakten eller ansættelsesforholdet. Direktivet gælder for enhver arbejdstager, hvis arbejdskontrakt eller ansættelsesforhold er defineret i den gældende lovgivning i en medlemsstat og/eller er omfattet af gældende lovgivning i en medlemsstat. Begrebet arbejdstager og arbejdsgiver henhører derfor under medlemsstaternes nationale lovgivning.

Direktivet har ikke haft til formål at forhindre, at der for arbejde, der udføres lejlighedsvis, som er af beskedent omfang, og hvor kravet om ansættelsesbevis er en administrativ hæmsko, skal kunne indgås uden oprettelse af ansættelsesbevis. Der er derfor fastsat en minimumsarbejdstid.

Lønmodtagerbegrebet er ikke entydigt defineret i dansk ret. Af bemærkninger til det danske lovforslag fremgår, at det findes nyttigt, at man i fremtiden får en generel og håndterbar definition af lønmodtagerbegrebet inden for det arbejdsretlige område. Efter bemærkningerne indebærer forslaget (lovens) § 1, stk. 2, at der bliver sammenfald mellem den personkreds, som er lønmodtager i denne lov, og den personkreds, hvis indtægt er indkomstskattepligtig efter kildeskattelovens § 43, stk. 1. Det tilføjes, at der stadig er tale om en selvstændig definition, hvorfor de retsanvendende myndigheder må tage selvstændig stilling til om, hvorvidt en person er omfattet.

Sara Pollas har aftalt de væsentlige forhold for ansættelsen så som løn, arbejdstid og arbejdssted med ErhvervsVikar ApS, der udbetalte løn, indeholdt ATP- og arbejdsmarkedsbidrag, indbetalte feriegodtgørelse, tegnede arbejdsskadeforsikring og havde ansættelses- og afskedigelseskompetencen. Sara Pollas havde en arbejdsforpligtelse så længe aftalen var i kraft. Aftalen indeholdt således en lang række af de karakteristika, der er kendetegnende for et tjenesteforhold.

Under hensyn til lovens formål og det forhold, at der efter forarbejderne bør arbejdes med et vidt lønmodtagerbegreb, findes Sara Pollas ansættelsesforhold derfor at være omfattet af lovens § 1, stk. 2.

Det forhold, at Sara Pollas som vikarbureauansat vikar hverken i forhold til ErhvervsVikar ApS eller Birger Lund A/S, hvor arbejdet blev udført, har indtaget en normal tjenestestilling, som dette begreb må forstås efter funktionærloven, ændrer ikke herved."

6.2. Der har tidligere været **lovgivning om udøvelse af vikarbureau-virksomhed** - "virksomhed, der består i udlejning af arbejdskraft, hvis ansættelse hos udlejeren kun omfatter det enkelte udlejningsforhold" - jf. den ved lov nr. 840 af 20. december 1989 ophævede § 24 a, hvorefter sådan virksomhed kun måtte udøves efter tilladelse, i lovbkg. nr. 510 af 19. juli 1989 om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring. Tilladelse var kun blevet givet på handels- og kontorområdet, jf. bek. nr. 163 af 17. april 1970 om vikarbureauer inden for handels- og kontorområdet. I bekendtgørelsens § 2 var det bestemt, at "vikaren ansættes hos vikarbureauet ved en skriftlig kontrakt, der er i overensstemmelse med en formular, som arbejdsdirektøren har godkendt", og denne formular indeholdt bl.a. følgende bestemmelser:

"§ 1.

Lønnen skal til enhver tid mindst svare til den overenskomstmæssigt fastsatte løn for vedkommende faglige område.

Lønnen udbetales Dem af vikarbureauet ugevis bagud på grundlag af korrekt udfyldt og attesteret timeseddel, uanset om vikarbureauet får dækket lønudgifter m.v. hos den virksomhed, for hvilken De som vikar har udført arbejdet.

Udover lønnen udbetaler vikarbureauet Dem feriepenge efter reglerne i ferieloven.

Vikarbureauet har tegnet lovpligtig arbejdsskadeforsikring, der omfatter Dem under Deres arbejde som vikar hos kunden. Der er endvidere tegnet ansvarsforsikring svarende til Dansk Ulykkesforsikrings normalpolice for erhvervsansvarsforsikring.

§ 2 a.

Vikarbureauet tilmelder Dem A.T.P.

Vikarbureauet tilbageholder Deres andel af bidraget til A.T.P. og betaler for sit vedkommende arbejdsgiverens andel af dette bidrag i henhold til gældende lov.

Vikarbureauet sikrer Dem dagpenge i tilfælde af sygdom i henhold til dagpengelovens § 11.

Vikarbureauet tilbageholder endvidere hos vikaren kildeskat efter de til enhver tid herom gældende regler.

§ 3.

Som ansat hos vikarbureauet er De ikke omfattet af funktionærloven. Det enkelte vikariat hos en kunde må højst have en uafbrudt varighed af 3 måneder.

De betragtes kun som ansat i vikarbureauet i den periode, vikariatet varer.

Denne kontrakt underskrives i to eksemplarer af vikaren og vikarbureauet, og vikaren får samtidig udleveret en genpart. Den kan gensidigt opsiges til et hvilket som helst tidspunkt uden forudgående varsel."

Det hedder i forarbejderne til ændringsloven, som ophævede § 24 a, bl.a., jf. Folketingstidende 1988-89, Tillæg A, sp. 1443 ff:

"Hidtidige regler og praksis

...

d. Udlejning af arbejdskraft (vikarbureauer)

Efter lovens § 24 a, stk. 2, kan der - hvor der inden for faglige eller stedlige områder skønnes at være behov herfor - gives tilladelse til udøvelse af virksomhed, der består i udlejning af arbejdskraft, hvis ansættelse hos udlejeren kun omfatter det enkelte udlejningsforhold. Nærmere regler er fastsat i Arbejdsministeriets bekendtgørelse nr. 163 af 17. april 1970 ("vikarbureaubekendtgørelsen"). Der er hidtil kun givet tilladelse til vikarbureauvirksomhed på handels- og kontorområdet.

Dog er der i perioden 1. juli 1986 til 1. juli 1988 gennemført et forsøg, hvor der kunne opnås tilladelse til også at udleje visse typer af arbejdskraft uden for handels- og kontorområdet, nemlig laboranter, tekniske tegnere m.fl., ligesom der kunne udlejes barselsvikarer for en længere periode end det hidtidige, administrativt fastsatte maksimum (3 måneder). Forsøgsordningen er videreført fra 1. maj 1989 og indtil videre.

De hidtidige regler for vikarbureauvirksomhed har især haft det sigte at beskytte den udlejede (vikaren) gennem krav om anvendelse af en godkendt kontrakt.

Der er for tiden ca. 100 bureauer, der har tilladelse til at drive vikarbureauvirksomhed.

...

Forslagets betydning for formidlingsområdet

...

d. Vikarbureauer

De beskyttelseshensyn, som oprindeligt har begrundet de særlige regler om udlejning af arbejdskraft (vikarbureauer), ses ikke længere at være til stede, og det foreslås derfor, at de hidtidige krav om ansøgning, godkendelse, standartkontrakt, indberetning og tilsyn bortfalder, og at de hidtidige begrænsninger til vikaransættelser af maksimalt 3 måneders varighed og til handels- og kontorområdet ophæves.

Resultatet heraf forventes at være, at både de eksisterende og nye vikarbureauer vil udvide aktiviteten til andre brancheområder end handels- og kontorområdet. Vikarbureauerne vil især finde udbredelse i brancher, hvor der hyppigt er behov for midlertidig arbejdskraft, og hvor det af de pågældende brugervirksomheder anses for mest fordelagtigt, at udlejeren (vikarbureauet) mod betaling påtager sig arbejdsgiverforpligtelserne over for vikaren."

6.3. Fra Arbejdsrettens praksis foreligger Arbejdsrettens dom af 15. juli 1999 i sag nr. 99.342 (Arbejdsretligt Tidsskrift 1999 s. 66), MR VikarService ApS med Landsorganisationen i Danmark for Specialarbejderforbundet i Danmark (nu Fagligt Fælles Forbund). Sagen drejede sig om, hvorvidt Specialarbejderforbundet i Danmark kunne varsle konflikt til støtte for krav om overenskomst med vikarbureauet vedrørende bureauets beskæftigelse af vikarer. Det hedder i denne dom bl.a.:

"I efteråret 1998 forhandlede klageren [MR VikarService ApS] og indklagedes [SiDs] Hvidovre-afdeling om en overenskomst for de hos klageren beskæftigede vikarer, og senest i oktober 1998 forelå et udkast til overenskomst, der bl.a. indeholdt sålydende bestemmelser:

"§ 1. Dækningsområde og definition

Aftalen er gældende for alle ansættelser i vikarbureauet og er et tillæg til almindelige bestemmelser i den mellem Dansk Industri og CO Industri indgåede overenskomst, der fraviges i det omfang, vikararbejdets særlige karakter begrundet det.

...

§ 4. Aflønning

Under arbejde på en kundevirksomhed aflønnes vikaren med samme løn som kundevirksomheden i henhold til den for virksomheden gældende overenskomst og lokalaftale. Vikaren er dog garanteret

en minimumsløn på p.t. i alt kr. 80,00 som reguleres til kr. 85,00 efter 1 måneds ansættelse. Derudover betales, jf. aftale mellem SID Hvidovre og MR Vikarservice, en bonus på kr. 2,00 pr. time.

Ved arbejde på kundevirksomheden betales for eventuelt overarbejde, forskudt tid, holddrift og lign. efter samme regler, som er gældende for kundevirksomheden.

Er medarbejderen ikke beskæftiget på en kundevirksomhed, men står han til rådighed/arbejder for vikarbureauet på dettes hjemmeadresse, betales minimum grundlønnen.

Fastansatte medarbejdere hos vikarbureauet aflønnes som ovenfor med minimum grundlønnen.

Der kan ydes personligt tillæg eller kvalifikationstillæg til den enkelte medarbejder efter vikarbureauets vurdering."

Forhandlingerne endte uden resultat, og den 2. november 1998 varslede Hvidovre afdeling over for klageren strejke og blokade. ...

... Efter fællesmøde og fornyet forhandling mellem parterne - hvorunder afdelingens krav nu var forhøjet til en timeløn på 92,45 kr., jf. nedennævnte aftale med Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service - blev konflikten herefter iværksat med virkning fra den 10. maj 1999, og sagen er derefter af klageren indbragt som hastesag for Arbejdsretten den 26. s.m.

...

Det fremgår i øvrigt, at der den 29. juni 1998 mellem indklagede og Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service blev indgået sålydende "Aftale ... for vikarbureauer":

"§ 1. Dækningsområde og definition

Aftalen er gældende for alle ansættelser i vikarbureauet og er et tillæg til Almindelige bestemmelser i den mellem AHTS og SID indgåede Fællesoverenskomst, der fraviges i det omfang, vikararbejdets særlige karakter begrundet det.

Vikarbureauet (kaldet: "udlejer") er en virksomhed, som fortrinsvis ansætter medarbejdere til udførelse af arbejdsopgaver, der som hovedregel finder sted på anden virksomhed (kaldet "rekvirentvirksomheden") inden for den pågældende virksomheds arbejdsområde.

...

§ 4. Aflønning

Under arbejde på en rekvirentvirksomhed aflønnes vikaren i henhold til den/de på virksomheden gældende overenskomst(er)/aftale(er).

Vikaren er dog garanteret følgende løn:

...

Pr. 1. marts 1999:

Normaltimeløn, jf. § 3 i Fællesoverenskomsten	kr. 78,85
Arbejdsbestemt tillæg, jf. § 1, stk. 3 i Særlige bestemmelser for lager-, plads- og pakhusarbejde	kr. 6,60
Virksomhedstillæg	kr. 7,00
I alt	kr. 92,45

Efter 6 måneders tilknytning til virksomheden (vikarbureauet) betales anciennitetstillæg, jf. § 1, stk. 1 i Særlige bestemmelser for lager-, plads- og pakhusarbejde. (Pr. ... 1. marts 1999 kr. 4,20).

Ved arbejdet på rekvirentvirksomheden betales for eventuelt overarbejde, forskudttid, holddrift og lign. efter samme regler, som er gældende på virksomheden.

...

§ 7. Varighed

Denne aftale betragtes som et tillæg til Fællesoverenskomsten mellem SID og AHTS og udløber sammen med denne."

Endvidere er der under sagen fremlagt sålydende "Protokollat om vikarbureauer" af 20. februar 1995, indgået mellem Dansk Industri og CO-industri:

[se foran under 2.2.]

For så vidt angår klagerens virksomhed er der fremlagt ansættelsesaftaler gældende henholdsvis for fastansatte og for løstansatte vikarer. Det er i tilslutning hertil oplyst, at virksomheden beskæftiger 2-3 fastansatte og op til 150 løstansatte vikarer.

ad fastansatte vikarer:

"Der indgås følgende Ansættelsesaftale mellem [klageren] og [vikarens navn, adresse, CPR-nr.]

Som vilkår for ansættelsen aftales:

[Vikaren] ansættes i MR VikarService ApS som vikar med skiftende arbejdssteder og arbejdsopgaver hos MR VikarService ApS kunder, primært indenfor lager- transport- og flyttebranchen.

1. Medarbejderen forpligter sig til at tage påbudt arbejde fra søndag kl. 23.00 til fredag kl. 23.00. Arbejdet søges dog tilrettelagt således, at der normalt arbejdes i tidsrummet mellem 07.00 - 18.00. I tilfælde, hvor medarbejderen ikke ønsker at tage påbudt arbejde indenfor ovennævnte tidsrum, er MR VikarService ApS ikke forpligtet til at udbetale grundlønnen.

...

3. Grundlønnen udgør kr. 75,- pr. time uanset om der arbejdes eller ej, jf. dog pkt. 1. Når der arbejdes, udbetales der bonus på yderligere kr. 15,- pr. time. Denne sats reguleres 1 gang årligt.

...

6. Der optjenes 12,5 % i feriepenge som MR VikarService ApS indbetaler til feriekonto, samt 3,5 % i søgnehelligdagspenge ...

7. Hvis medarbejderen uden gyldig grund møder for sent på job, er MR VikarService ApS berettiget til at trække kr. 2,- pr. time fra den optjente bonus i den uge, hvor medarbejderen er kommet for sent. Dette gælder også i de tilfælde, hvor timesedler for den forrige uge ikke er afleveret på kontoret senest mandag morgen med morgenposten.

8. Ved sygdom betaler MR VikarService ApS sygedagpenge i op til 14 dage efter gældende regler.

9. Der aftales intet opsigelsesvarsel.

10. Medarbejderen er forpligtet til ikke at søge eller tage arbejde hos MR VikarService ApS kunder. Denne forpligtelse er gældende fra ansættelsesforholdets start og indtil 12 måneder efter ansættelsesforholdets ophør. Honorar for dette er indeholdt i lønnen.

11. Medarbejderen er udover vilkårene i denne kontrakt underlagt reglerne beskrevet i det udleverede reglement ...

12. Ansættelsesforholdet er ikke reguleret af nogen overenskomst.

..."

ad løstansatte vikarer

"Aftale om løsansættelse

Hermed bekræftes aftale om løsansættelse mellem MR VikarService ApS og

Navn: ...

CPR-nr.: ...

Strafattest: Pletfri

...

Stillingsbetegnelse: Timelønnet lagervikar.

Der aftales ingen fast arbejdstid pr. dag, uge eller måned.

Særlige aftaler: Iht. udlev. regl.

...

Den aftalte timeløn udgør kr. 83,00 ekskl. bonus.

Bonus på kr. 2,- i timen, hvis man ikke er kommet for sent eller været syg i perioden.

Ved sygdom kontaktes kontoret hurtigst muligt, på tlf. ...

Vikaren forpligter sig til ikke at søge arbejde hos MR VikarService ApSs kunder, gældende under ansættelsesforholdet og i de efterfølgende 12 mdr. efter samarbejdets ophørsdato. Betaling for dette er indeholdt i den aftalte timeløn."

Det i ansættelsesaftalerne nævnte reglement indeholder sålydende bestemmelser:

"Velkommen som vikar hos MR VikarService ApS. Vi har følgende reglement, som du bedes læse og huske. Hvis du følger nedenstående regler, kan vi få et godt og langt samarbejde.

1. Ring altid og fortæl hvor du befinder dig, så vi kan få fat på dig, når kunderne ringer deres ordre til kontoret. Hvis du er forsinket på vej til aftalt job, skal du kontakte os omgående på tlf. 36 77 97 20.

Du må aldrig ringe til kunden!

2. Når du er ude på en opgave, skal du altid henvende dig til den oplyste kontaktperson, når du kommer, og når du går. Så ved vedkommende, om du er til stede eller ej. Du skal ligeledes sikre dig, at dine arbejdstider bliver registreret af kunden. Det er forskelligt, hvordan kunderne registrerer arbejdstiderne.

Hos nogle kunder skal du udfylde en timeseddel. Når ugen eller opgaven er ovre, skal både du selv og kontaktpersonen det pågældende sted underskrive timesedlen. Kunden, vikaren og MR VikarService ApS skal have en kopi hver. Her er det dit ansvar, at MR VikarService ApS får timerne at vide.

...

3. Husk altid at meddele sygdom til kontoret på tlf. 36 77 97 20 uanset om du er ude i et job eller ej. Udenfor åbningstid, indtal venligst besked på telefonsvareren på samme nummer. Raskmelding skal ske så tidligt som muligt, for faste/fastansatte vikarer senest kl. 14.00 dagen før. Dette er af største vigtighed af hensyn til vores daglige planlægning.

4. Som vikar er det vigtigt, at du planlægger din ferie og dine fridage i så god tid som muligt. Dagene bliver indtastet i din private kalender i vores planlægningssystem, så vi ved, hvornår du kan

arbejde for os. Af hensyn til vores daglige planlægning skal vi have besked om frihed senest kl. 10.00 dagen før.

I de travle perioder (maj-august samt november-december) henstiller vi til, at du ikke holder ferie.

5. Kontakt os hvis du skal til læge, tandlæge, på kommunen m.v. Så arrangerer vi den nødvendige frihed med det sted, hvor du arbejder.

...

9. Sikkerhed er vigtigt for os, derfor er en ren straffeattest en nødvendighed både for os og for vores kunder (tyveri fra arbejdspladser i MR VikarService ApS regi medfører øjeblikkelig bortvisning og politianmeldelse).

...

11. Hvis du som ansat i MR VikarService ApS ønsker at søge ansættelse hos en af vores kunder, er du indtil 6 måneder efter dit ansættelsesforhold her, forpligtet til at gøre dette gennem os. Ring til kontoret på tlf. ... så ordner vi det fornødne sammen med kunden."

Endelig er der fremlagt klagerens sålydende

"Generelle Forretningsbetingelser

Generelt:

1. De vikarer MR VikarService ApS stiller til disposition, er bundet af en aftale med MR VikarService ApS, der fastlægger deres rettigheder og pligter. Der består intet kontraktforhold mellem kunde og medarbejder.

...

5. MR VikarService ApS er ikke ansvars- eller arbejdsskadeforsikret, idet denne forsikringspligt påhviler kunden. Der henvises til arbejdsskadeforsikringslovens § 5.

6. Vore vikarer er ikke bundet af medlemskab til en given fagforening, og vi har ikke krav om dette i MR VikarService ApS.

7. Vi afholder alle udgifter til ATP, AUD, AER, A-skat, Feriepenge og andre sociale ydelser for vore vikarer.

...

Vikariater:

1. Arbejdets art, forventede varighed og pris aftales med kunden forud for hvert vikariat og bekræftes af MR VikarService ApS ...

6. Det står kunden frit at fastansætte en MR VikarService ApS vikar. Såfremt vikariatet forud for fastansættelsen har varet mindre end 3 måneder, vil det udløse et honorar for fastansættelse ...

8. Vikaren er underlagt kundens arbejdsreglement og arbejdet udføres under dennes kontrol og instruktion. MR VikarService ApS kan derfor ikke være ansvarlig for eventuelle fejl begået af vikaren.

..."

...

Procedure :

...

Klageren har endvidere anført, at arbejdet hos klagerens kunder oftest vil være dækket af en overenskomst med indklagede. I sådanne tilfælde vil overenskomsten i almindelighed også omfatte vikarerne. I kundevirksomhederne vil der derfor typisk være det samme lønniveau for vikarerne som for kundernes faste medarbejdere. Indklagede kan ikke kræve overenskomst for at arbejde, der på denne måde allerede er overenskomstdækket. Og det vil være i direkte strid med disse overenskomster, at indklagede nu kræver en højere løn for vikarerne. Det er derfor ikke lovligt, at indklagede over for klageren kræver en garantiløn, der er højere, end hvad der følger af indklagedes overenskomst med kunderne.

...

Indklagede har gjort gældende ...

Indklagede har indgået vikaraftaler både med Dansk Industri og med Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service. Men klageren er ikke omfattet af nogen af disse overenskomster. Endvidere er det rent tilfældigt, om arbejdet hos klagerens kunder er overenskomstdækket. Der er således ingen generel overenskomstmæssig sikring af vikarenes løn- og ansættelsesforhold. Selv i tilfælde af, at vikararbejdet måtte være omfattet af en overenskomst med klagerens kunder, er det ikke noget ulovligt, urimeligt eller overenskomststridigt krav, at vikarerne qua deres særlige ansættelsesretlige status opnår en merbetaling i forhold til kundernes egne fastansatte medarbejdere. Det arbejde, vikarerne udfører, ligger inden for indklagedes transportgruppes sædvanlige faglige område, og det er da også lykkedes at indgå en række vikaraftaler inden for området, det være sig med arbejdsgiverorganisationer eller med de enkelte vikarbureauer. Vikarerne står i et ansættelsesforhold til klageren, der betaler løn, sygeløn, feriepenge osv., og der består klart ikke noget kontraktforhold mellem vikar og kunde.

For vurderingen af ansættelsesforholdet er det uden betydning, at der ikke er aftalt noget opsigelsesvarsel.

Arbejdsretten udtaler:

Det kan lægges til grund, at der på det faglige område for vikararbejde er indgået overenskomster både med arbejdsgiverorganisationer og med individuelle arbejdsgivere. Indklagede - og dermed

også dennes Hvidovre afdeling - findes at have en klar organisationsmæssig interesse i, at det omhandlede vikararbejde - der i et ikke helt uvæsentligt omfang hos klagerens kunder supplerer sædvanlige ansættelsesforhold - bliver overenskomstdækket. Dette gælder i særlig grad i de tilfælde, hvor arbejdet udføres hos kunder, der ikke er organiserede. Men også selv om kunderne måtte være overenskomstdækket, findes vikarernes særlige ansættelses- og arbejdsforhold at kunne begrunde, at der kræves indgået en overenskomst med vikarbureauet, og det er herved ikke godtgjort, at det over for klageren stillede krav om garantiløn vil være i strid med de med kunderne indgåede overenskomster.

Selv om der er tale om ansættelsesforhold af en særegen karakter, må vikarerne med henvisning til de givne ansættelsesvilkår og det fremlagte reglement anses for lønmodtagere, der indgår lønaftalen med klageren, som betaler løn, feriepenge, sygeløn m.v. helt på samme måde som ved ansættelse på sædvanlige vilkår.

På den således anførte baggrund findes indklagede at have den fornødne faglige interesse i at søge vikararbejdet hos klageren overenskomstdækket. Den over for klageren iværksatte konflikt kan herefter ikke anses for ulovlig."

6.4. Fra faglig voldgiftspraksis er der under sagen henvist til følgende kendelser:

6.4.1. Kendelse af 31. juli 1991 (opmandskendelse afsagt af Erik Riis) i sagen: Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening og Butik og Kontor Arbejdsgiverforeningen.

Den mellem sagens parter indgåede landsoverenskomst indeholdt bl.a. i § 1 med overskriften "Oprettelse af overenskomst" følgende bestemmelser:

a. Der kan kun sluttet overenskomst med medlemmer af DA/BKA for disses handels- og kontorfunktionærer, lærlinge og EFG-elever gennem de nævnte foreninger.

b. Det er endvidere en betingelse, at forbundet på tidspunktet for kravets fremsættelse som medlemmer har mindst 50 % af de beskæftigede inden for det område, overenskomsten tilsigter at omfatte."

I § 2, "Landsoverenskomstens område", hed det i stk. 1:

"1. Landsoverenskomst eller særoverenskomst

a. Dersom HK opfylder vilkårene i foranstående § 1 for at kunne rejse krav om overenskomst, er begge parter pligtige til at respektere landsoverenskomsten, medmindre den pågældende virksomhed udøves i henhold til en af offentlig myndighed udfærdiget koncession eller under forhold, der kan sidestilles hermed.

b. Forbundet kan rejse krav om særbestemmelser, hvis der i en virksomhed er tale om arbejdsforhold eller arbejdsfunktioner, der ikke er dækket af landsoverenskomstens bestemmelser."

Landsoverenskomstens § 5 og § 6 indeholdt bestemmelser om minimallønninger og deltidsbeskæftigelse.

Landsoverenskomstens § 7 havde som overskrift "Midlertidige assistancer og vikarer". Bestemmelsen var sålydende:

"Midlertidige assistancer og vikarer, der antages for en periode på ikke over 3 måneder, jf. funktionærlovens § 2, stk. 4, aflønnes med minimalløn således:

..."

Der var i Landsoverenskomstens § 12 bestemmelser om overarbejde, i § 14 om udeblivelse, sygdom, graviditet og adoption, i § 17 om arbejdsmiljø, i § 18 om tillidsrepræsentanter og i § 21 om efteruddannelse.

Uoverensstemmelsen drejede sig om, hvorvidt vikarbureauvirksomhed var omfattet af Landsoverenskomstens § 2, stk. 1, litra b.

HK gjorde bl.a. gældende:

"Butik og Kontorarbejdsgiverforeningen har en bred medlemskare. Bestemmelsen er derfor bredt formuleret og - som det fremgår af den fremlagte oversigt - bredt anvendt. Ordlyden af landsoverenskomstens § 7, der henviser til § 2, stk. 4, i funktionærloven, udelukker dens anvendelse på vikarbureauansatte, da disse ikke er funktionærer. Ophævelsen af den offentligtretlige regulering for vikarbureauer har øget behovet for en særoverenskomstdækning for vikarbureauer. Dette fremgår også af, at foreningen af vikarbureauer i Danmark for at få tingene til at glide har vedtaget etiske regler indenfor vikarbureaubranchen. Nødvendigheden af særoverenskomstbestemmelser for vikarbureauer fremgår også af landsoverenskomstens § 5 og § 6, idet vikarbureauvikarer aldrig får lønstigninger som følge af anciennitet. Også landsoverenskomstens § 1, stk. 1, litra b, § 12, § 14, § 17, § 18, § 21 og protokollatet om etablering af en gruppelevsfor sikring er uegnede for vikarbureauvikarer."

Ved kendelsen fik HK medhold i, at vikarbureauvirksomhed var omfattet af Landsoverenskomstens § 2, stk. 1, litra b, og det hedder i opmandens begrundelse bl.a.:

"Vikarbureauvikarer indtager hverken en tjenestestilling i forhold til vikarbureauet eller den virksomhed, hvor arbejdet udføres, og vikarbureauvikarer er derfor ikke funktionærer, jf. funktionærlovens § 1, stk. 2. Vikarbureauvikarer er efter ordlyden af § 7 i landsoverenskomsten herefter ikke omfattet af denne bestemmelse. Som påvist af klageren tager andre af landsoverenskomstens bestemmelser ikke hensyn til vikarbureauvikarers helt særegne ansættelsesforhold. Klagerens påstand må derfor tages til følge."

6.4.2. Bravida-afgørelsen fremgår af protokollat af 27. august 2003 i faglig voldgift: Dansk El-Forbund mod TEKNIQ Installatørernes Organisation/Elinstallatørernes Landsforening ELFO for Bravida Danmark A/S, indeholdende opmandens (Mogens Hornslets) **tilkendegivelse af 26. august 2003**, hvori det hedder:

"Mellem Dansk El-Forbund og TEKNIQ Installatørernes Organisation/Elinstallatørernes Landsforening ELFO for Bravida Danmark A/S (tidligere Semco Danmark A/S), er der opstået uenighed om, hvorvidt Bravida Danmark A/S, der via medlemskab af TEKNIQ er omfattet af elektrikeroverenskomsten indgået mellem Dansk El-Forbund og El-installatørernes Landsforening

ELFO (nu TEKNIQ) er forpligtet til at efterleve elektrikeroverenskomsten også for vikarer fra et vikarbureau - Your Partner ApS - der er medlem af Dansk Smedemesterforening og dermed ikke omfattet af elektrikeroverenskomsten.

Da uoverensstemmelsen ikke har kunnet løses ved forhandling, er parterne enedes om at indbringe sagen for en faglig voldgiftsret med undertegnede højesteretsdommer Mogens Hornslet som opmand.

Klager , Dansk El-Forbund, har herunder nedlagt følgende **påstande**:

Indklagede Bravida Danmark A/S har begået brud på Elektrikeroverenskomstens §§ 7 og 13 i forbindelse med, at indklagede har beskæftiget et antal vikarer.

Indklagede Bravida Danmark A/S skal efterleve Elektrikeroverenskomsten i forhold til beskæftigede vikarer i virksomheden under Elektrikeroverenskomstens faglige gyldighedsområde.

Indklagede Bravida Danmark A/S tilpligtes til Dansk El-Forbund at foretage efterbetaling for de af indklagede beskæftigede vikarer fra den 6. maj 2002.

Indklagede, TEKNIQ for Bravida Danmark A/S, har påstået frifindelse.

De nævnte bestemmelser i Elektrikeroverenskomsten omhandler dels den normale arbejdstid (§ 7) dels overarbejde (§ 13). Overenskomsten indeholder ikke bestemmelser om vikarer.

Sagen blev mundtlig forhandlet tirsdag, den 26. august 2003, hvor der blev afgivet forklaring af akkordholder Ole Bjørklund, tillidsmand Torben Offersen og projektchef Lars Søndergaard.

Efter procedure og votering udtalte opmanden, at det kan lægges til grund, at Elektrikeroverenskomsten er en områdeoverenskomst, der som udgangspunkt omfatter alt arbejde, der udføres for en medlemsvirksomhed indenfor overenskomstens faglige gyldighedsområde. Det er endvidere ubestridt, at overenskomsten gælder for Bravida Danmark A/S, og at overenskomsten omfatter arbejde af den karakter, som vikarerne fra Your Partner udførte for Bravida på denne virksomheds arbejdsplads. Der er således enighed om, at Elektrikeroverenskomstens bestemmelser om arbejdstid og betaling for overarbejde skulle respekteres, hvis arbejdet var udført af Bravidas egne ansatte. Spørgsmålet er herefter, om der gælder noget andet for det arbejde, som på grund af mandskabsmangel blev udført ved vikarer, som Bravida havde lejet af Your Partner. Det er opmandens opfattelse, at dette ikke er tilfældet. Det er utvivlsomt, at vikarerne under arbejdet for Bravida - selvom de var ansat hos vikarbureauet - udførte arbejdet under ledelse og instruktion af Bravida-ansatte (akkordholder Ole Bjørklund og/eller projektleder Lars Søndergaard) i modsætning til arbejdere, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret, og det må i denne situation - også af hensyn til omgælsesrisikoen - være uden betydning, at der ikke bestod noget egentligt "ansættelsesforhold" mellem vikarerne og Bravida. Det måtte derfor påhvile Bravida at sikre sig, at vikarbureauet var fuldt bekendt med, at virksomheden er omfattet af Elektrikeroverenskomsten, og at de vikarer, der blev anvist til at udføre arbejde for Bravida, blev omfattet af reglerne i denne overenskomst om arbejdstid og overarbejde. Det er ubestridt, at dette ikke er sket, og at man end ikke har tænkt på, at dette kunne være nødvendigt. Det er under den mundtlige forhandling ikke reelt bestridt, at Elektrikeroverenskomstens §§ 7 og 13 er tilsidesat for de pågældende vikarer, hvis de antages at være omfattet af overenskomsten.

Det anførte betyder, at klager ved en kendelse i sagen i det hele ville få medhold i de nedlagte påstande. På opmandens forslag frafaldt klager imidlertid den selvstændige efterbetalingspåstand og tilkendegav samtidig, at man er indstillet på - når det principielle standpunkt nu er fastslået under denne sag - at trække de tilsvarende sager, der er indbragt for Arbejdsretten, og som afventer udfaldet af den faglige voldgift.

I overensstemmelse med opmandens tilkendegivelse forligtes sagen herefter således, at indklagede Bravida Danmark A/S anerkender at have begået brud på Elektrikeroverenskomstens §§ 7 og 13 i forbindelse med, at virksomheden har beskæftiget et antal vikarer, ligesom virksomheden anerkender, at den skal efterleve Elektrikeroverenskomsten i forhold til beskæftigede vikarer i virksomheden under Elektrikeroverenskomstens faglige gyldighedsområde.

..."

Indklagede har vedrørende denne afgørelse fremlagt klageskriftet og replikken i sagen samt bek. nr. 301 af 3. maj 2001 om autorisation og drift af elinstallatørvirksomhed med henvisning til det i processkrifterne anførte om, at en via vikarbureauet Your Partner A/S hos Bravida beskæftiget medarbejder typisk arbejdede 9-10 timer om dagen for 117 kr. pr. arbejdstime uden overarbejdstillæg, at Bravida ved beskæftigelsen af vikarerne fik udført systematisk overarbejde uden betaling af overarbejdstillæg, at de ansatte i virksomheden ved det pågældende akkordarbejde i overensstemmelse med en lokalaftale om mindstebetaling på 127,25 kr. fik denne timeløn udbetalt i akkordforskud, mens vikarerne fik en fast timeløn på 117 kr., og at Bravida i hvert fald skulle efterleve elektrikeroverenskomsten også for vikarer, når "rekvirentvirksomheden (indklagede), som her har ledelsesretten over vikarerne" hvorved henvistes til den nævnte bekendtgørelse, hvori det bl.a. hedder:

"§ 11. Den autoriserede må ikke tilmelde eller overtage ansvaret for arbejde, der er udført af personer, der ikke er ansat i virksomheden.

Stk. 2. Den autoriserede må ikke tilmelde eller overtage ansvaret for arbejde, der er udført af personer, der ikke er omfattet af den autoriseredes ledelsesmæssige beføjelser ..."

6.4.3. Kendelse af 16. august 2004 (opmandskendelse afsagt af Mette Christensen) i sagen: HK/Danmark mod Dansk Handel og Service for Alternativ Vikar A/S.

Uoverensstemmelsen angik, om de ansatte på kontoret i et vikarbureau udgjorde en selvstændig afdeling i henhold til overenskomsten, således at HK/Danmark kunne kræve overenskomst indgået, idet det var ubestridt, at 50 % -kravet for denne gruppe var opfyldt.

I § 19, stk. 1, i parternes overenskomst var det om oprettelse af overenskomst bl.a. opstillet følgende betingelser:

"b. Det er en betingelse, at forbundet på tidspunktet for kravets fremsættelse som medlemmer har mindst 50 % af de beskæftigede inden for det område, overenskomsten tilsigter at omfatte.

c. Et overenskomstkraav kan fremsættes over for enkelte dele af kontor eller lager, såfremt de som følge af væsentlig geografisk adskillelse med hensyn til arbejdsvilkår kan betragtes som selvstændige afdelinger."

Klager anførte, at kontoret på vikarbureauet er en del af en virksomhed, hvorfor der kan kræves overenskomst for denne del. Det er alene de fastansatte, der udfører arbejde på kontoret, men vikarerne arbejder ude på kundevirksomhederne. Der foreligger en geografisk adskillelse, og arbejdsvilkårene er også forskellige. De ansatte på kontoret er funktionærer og ansat på en tidsbestemt aftale, mens vikarernes ansættelsesforhold er tidsbegrænset eller midlertidigt. Arbejdstiden er for de fastansatte reguleret i ansættelsesaftalen, mens vikarernes arbejdstid er bestemt af kundevirksomheden. Arbejdstilrettelæggelsen kan desuden være væsentligt forskellig, idet det er kundevirksomheden, der bestemmer pauser, rygepolitik, spiseforhold etc.

Indklagede anførte, at når en overenskomst er indgået, er udgangspunktet, at den omfatter hele virksomheden, når det arbejde, der udføres, ligger indenfor overenskomstens faglige og personlige dækningsområde. § 19, stk. 1 c har et snævert anvendelsesområde. Vikarernes tilknytning går gennem vikarbureauet, og det er hertil vikaren har sin faste tilknytning. Vikarerne er ansat på vilkår forskellig fra de fastansatte, men er omfattet af overenskomsten. Vikarerne tæller ikke med på kundevirksomheden.

Ved kendelsen blev Dansk Handel & Service for Alternativ Vikar A/S frifundet for HKs påstand om, at selskabet var omfattet af Landsoverenskomsten for medarbejderne på selve vikarbureauet. Det hedder i opmandens begrundelse bl.a.:

"Det er ubestridt, at såvel det arbejde, der udføres af de ansatte på kontoret, som det arbejde, der udføres af vikarerne tilknyttet den indklagede virksomhed, er omfattet af overenskomstens faglige dækningsområde.

Såfremt virksomheden havde tiltrådt overenskomsten, omfattede denne som udgangspunkt hele virksomheden. Overenskomstens § 19 stk. 1 c er derfor en undtagelse fra udgangspunktet, og en sådan undtagelse må i overensstemmelse med de almindelige fortolkningsregler fortolkes indskrænkende. Da det er klager, der påberåber sig denne undtagelse, er det klager, der har bevisbyrden for, at betingelserne herfor foreligger.

...

Vikarerne er ansat på vikarbureauet, hvorfra de modtager deres løn, men de udfører deres arbejde på forskellige virksomheder, hvis arbejdstider og arbejdstilrettelæggelse de er undergivet, så længe vikarjobbet varer. Vikarerne udfører efter det oplyste kontorarbejde af tilsvarende art som de ansatte på kontoret. Det forhold, at der kan være en forskel i arbejdstid og i pauser, findes ikke at kunne karakteriseres som væsentlig forskellig adskillelse med hensyn til arbejdsvilkår. Vikarernes faste tilknytning til arbejdsmarkedet må dog anses for at være gennem vikarbureauet og ikke gennem de enkelte virksomheder, hvori de udfører vikararbejde. Vikarerne må derfor anses for en integreret del af kontoret, idet det er deres eneste faste fælles tilknytningssted. Der findes derfor heller ikke at foreligge en væsentlig forskellig geografisk adskillelse ..."

6.5. Til belysning af **overenskomstpraksis** har parterne - udover det, der er oplyst om industriens overenskomstforhold, og det, som fremgår af de foran refererede afgørelser - henvist til:

6.5.1. Fra **butik-, kontor- og lagerområdet** er fremlagt et protokollat af 7. november 1997 mellem Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark og Dansk Handel & Service, hvori det bl.a. hedder:

"Mellem nedenstående organisationer er der enighed om, at vikarbureauer, der omfattes af Landsoverenskomsterne mellem Dansk Handel & Service og HK for henholdsvis butik og kontor og lager, tillige omfattes af følgende særbestemmelser:

- 1) Om vikarbureauarbejde, om vikarbureau og om vikar er der enighed om følgende definitioner.
- 2) Mellem vikarbureauet og vikaren indgås ved første ansættelse en kontrakt om vikarens ansættelsesvilkår. Kontrakten er aftalt mellem organisationerne, jf. vedhæftede bilag."

6.5.2. Det er oplyst, at Dansk Handel & Service har indgået **specifikke vikaroverenskomster** med Specialarbejderforbundet i Danmark (nu Fagligt Fælles Forbund) for vikararbejde indenfor SiDs faglige områder (bygge- og anlægsområdet, lager- og transportområdet, industriområdet og "det grønne område"), med de pædagogiske forbund (Børne- og Ungdomspædagogernes Landsforbund, Socialpædagogernes Landsforbund og Pædagogisk Medhjælper Forbund) for pædagogiske vikarer og med Lærernes Centralorganisation for lærervikarer til folkeskolen, og at Dansk Handel & Service desuden - på vegne af medlemsvirksomheder - har forhandlet virksomhedsspecifikke vikaroverenskomster med Specialarbejderforbundet, Nærings- og Nydelsesmiddelarbejderforbundet, Dansk Sygeplejeråd, Forbundet af Offentligt Ansatte og Dansk Socialrådgiverforening.

6.5.3. Fra **byggeområdet** er fremlagt Bygge- og Anlægsoverenskomsten 2004 mellem Dansk Byggeri og Specialarbejderforbundet i Danmark (nu Fagligt Fælles Forbund), som bl.a. indeholder:

"§ 87 Vikararbejde

Medlem af Dansk Byggeri:

1. Dansk Byggeri optager som medlemmer virksomheder, der er vikarbureauer.
2. Ansættelse af vikarer på Dansk Byggeris overenskomstområder er omfattet af gældende overenskomster mellem parterne. Det omfatter også de for arbejds-funktionen bestående lokalaftaler og kutymmer.

Ikke medlem Dansk Byggeri:

3. Parterne er enige om, at overenskomsterne mellem de berørte organisationer er områdeoverenskomster.
4. Alt arbejde på en medlemsvirksomhed, der udføres inden for overenskomsternes faglige gyldighedsområde, er omfattet af overenskomsterne, hvis det udføres af en ansat eller af en anden person, der er underlagt medlemsvirksomhedens ledelsesret, f.eks. en vikar, i modsætning til en arbejder, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret.
5. Dansk Byggeri tilkendegiver, at overenskomsterne finder anvendelse for de medarbejdere, der udsendes af et vikarbureau til at arbejde på en medlemsvirksomhed inden for overenskomsternes faglige gyldighedsområde i den tidsperiode, vikararbejdet strækker sig over.
6. Dette gælder dog ikke, såfremt vikaren er udsendt fra et vikarbureau, der via medlemskabet af en anden DA-organisation er omfattet af en kollektiv overenskomst, der gælder for det omhandlede

arbejde.

7. Medlemsvirksomheden må i sin aftale med vikarbureauet sikre sig, at vikarbureauet har det nødvendige kendskab til de gældende overenskomst- og aftaleforhold.
8. En vikar, der udfører job for et vikarbureau på en medlemsvirksomhed, kan ikke være omfattet af pensionsreglerne i B & A Pension, såfremt vikarbureauet er medlem af en anden DA-medlemsorganisation og derigennem er omfattet af en overenskomstmæssig pensionsordning.

Øvrige forhold:

9. I ethvert vikarjob, som er omfattet af en mellem parterne gældende overenskomst, opspares anciennitet efter de i overenskomsterne beskrevne regler.
10. Overenskomstparterne er enige om det naturlige i, at vikaransatte er medlemmer af samme faglige organisationer som de øvrige på rekvirentvirksomheden ansatte tilsvarende arbejdere.
11. Specialarbejderforbundet i Danmark tilkendegiver, at det ikke er hensigtsmæssigt, at vikarer, som er organiseret i et LO-forbund, skifter fagforening ved kortvarige vikariater."

6.6. Om retsgrundlaget har parterne fra **den arbejdsretlige litteratur** henvist til:

6.6.1. I Lars Svenning Andersen : Funktionærret (3. udg. 2004) hedder det bl.a. s. 72 f:

"En særlig gruppe af lønmodtagere er medarbejdere knyttet til et *vikarbureau* . De er ikke i noget ansættelsesforhold til den virksomhed, de arbejder i. Det er engageret - og aflønnet - af *vikar* bureauet. Deres ansættelsesforhold i relation til vikarbureauet vil typisk ikke være en tjenestestilling. De er frit stillede over for de arbejdsopgaver, de tilbydes, og har altså ikke noget arbejdsforpligtelse. Dermed bliver de enkelte vikariater selvstændige aftaler mellem parterne. Usikker bliver retsstillingen imidlertid, hvis et enkelt vikariat strækker sig over 3 måneder. Her burde vikarens retsstilling være den samme i forhold til bureauet som andre funktionærers, men det er usikkert, om nedennævnte højesteretsdom [UfR 1997 s. 1495] fører til, at vikaransatte altid falder uden for funktionærloven."

6.6.2. I Jens Kristiansen: Den kollektive arbejdsret (2004) hedder det i kapitel 7 om "overenskomstens anvendelsesområde", afsnit 3 om "overenskomstens lige anvendelse på alt arbejde" s. 237 f bl.a.:

"Det generelle udgangspunkt

En kollektiv overenskomst har som anført i det foregående afsnit et begrænset anvendelsesområde i faglig henseende. Den gælder kun inden for en bestemt branche eller sektor, og den omfatter typisk kun én bestemt personalegruppe inden for denne branche.

Inden for denne ramme finder overenskomstens løn- og arbejdsvilkår som udgangspunkt ensartet anvendelse for samtlige lønmodtagere, der udfører arbejde, som er dækket af overenskomsten. ...

Hovedreglen om overenskomstens lige anvendelse på alt arbejde under dens faglige område ... er udtryk for en almen overenskomstmæssig forudsætning om, at overenskomsten skal anvendes for alle medarbejdere, som udfører arbejde under dens faglige område, jf. AT 1991/58 (90.193) ...

Det er i alle tilfælde en forudsætning for overenskomstens anvendelse på et arbejde, at der består et lønmodtagerforhold til arbejdsgiveren. Det giver anledning til en række særlige spørgsmål om overenskomstens anvendelse ved ... vikarbureauansatte, jf. afsnit 3.3."

Det hedder videre s. 249 ff:

"3.3.3. Udlejede personer fra vikarbureauer

På dagens arbejdsmarked er det blevet stadig mere almindeligt at benytte personer, som er udlejet fra et vikarbureau. Der er tale om en almindelig aftale mellem virksomheden og vikarbureauet, men spørgsmålet er, hvilken relation, der består mellem virksomheden og vikaren.

Denne gruppe af arbejdende er karakteriseret ved at have to arbejdsgiverrelationer, dels i forhold til vikarbureauet, dels i forhold til den virksomhed eller myndighed, hvor arbejdet udføres. Det har givet anledning til diskussion, om en vikarbureauansat overhovedet har lønmodtagerstatus eller snarere må anses som selvstændig. Udgangspunktet er, at de kan anses for lønmodtagere i forhold til vikarbureauet, hvis det står for de sædvanlige arbejdsgiveropgaver, herunder lønudbetaling, jf. U99/1870SH om en vikarbureauansats ret til skriftligt ansættelsesbevis efter loven om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet.

Anvendelse af vikarbureauansatte giver ligeledes anledning til problemer i forhold til de kollektive overenskomster. Der er næppe tvivl om, at arbejdsgiveren gerne må anvende vikarbureauansatte frem for direkte ansatte, medmindre andet har konkret støtte i den specifikke overenskomst. Men spørgsmålet er, om den vikarbureauansatte er omfattet af overenskomsten inden for det område, hvor den pågældende udfører arbejde.

Inden for nogle overenskomstområder er der udtrykkeligt taget stilling til spørgsmålet i overenskomsten, typisk i et særskilt protokollat. Men disse forskellige overenskomstmæssige ordninger baserer sig langt fra på nogen ensartet opfattelse.

På industriens område følger det af et særskilt protokollat til overenskomsten, at arbejdsgiveren er forpligtet til at overholde overenskomstens almindelige løn- og arbejdsvilkår ved anvendelse af vikarbureauansatte. Den specifikke virksomhed må således i praksis sikre sig, at vikarbureauansatte som minimum aflønner den vikarbureauansatte i overensstemmelse med den pågældende overenskomst, som arbejdsgiveren er forpligtet af for det pågældende arbejde. Derudover må virksomheden selv drage omsorg for, at overenskomstens øvrige regler om arbejdsforholdene også kommer til at finde anvendelse for de vikarbureauansatte, f.eks. reglerne om arbejdstid. Undtagelser fra overenskomsten kan alene foretages, i det omfang det er begrundet i de særlige forhold, som gør sig gældende for vikarbureauansattes forhold.

Inden for byggeriets område har parterne aftalt en lignende ordning ved overenskomstforhandlingerne i 2004 (protokollat nr. 21). Her tilkendegiver Dansk Byggeri, at overenskomsten finder anvendelse for de medarbejdere, der udsendes af et vikarbureau til arbejde på medlemsvirksomheder inden for overenskomstens faglige område. Men her er der det væsentlige forbehold, at overenskomsten ikke omfatter vikararbejdet, hvis vikarbureauet selv er omfattet af en overenskomst via medlemskab af en anden DA-organisation.

På serviceområdet er det almindeligt at håndtere vikarbureauarbejdet som et særskilt arbejde. I en række tilfælde bygger overenskomsterne på det princip, at de vikarbureauansatte skal følge en eventuel overenskomst på den virksomhed, de udlejes til. Overenskomsten vil dog typisk stille den vikarbureauansatte lidt bedre lønmæssigt end det, der følger af den almindelige overenskomst på området, hvad der er begrundet i den særlige jobfleksibilitet og jobusikkerhed, jf. til illustration AT 1999/66 (99.342) om en konflikt mellem et fagforbund og et vikarbureau om overenskomstindgåelse.

Retstilstanden er mere usikker, når overenskomsten ikke selv tager stilling til vikarbureauansattes position. Eller en ansættelsesretlig vurdering er vikaren ansat i vikarbureauet, og de faglige organisationer har de sædvanlige midler til rådighed over for et vikarbureau i forbindelse med fremsættelse af overenskomstkrav. Meget taler således for, at vikarbureauansatte ikke kan anses for omfattet af brugervirksomhedens overenskomst, medmindre det har støtte i den specifikke overenskomst eller dennes forudsætninger, herunder den måde, som parterne har praktiseret overenskomsten på.

Der er endnu meget lidt retspraksis om vikarbureauansattes position i forhold til kollektive overenskomster. De foreliggende fagretlige afgørelser tyder på, at man er villig til at gå ret langt for at statuere, at vikarerne er omfattede af brugervirksomhedens overenskomst. I hvert fald for personalekategorier, hvor det har været usædvanligt at benytte sig af vikarbureauer.

En vis støtte for det synspunkt kan hentes i FV af 19.1.2002 i en voldgiftssag mellem Dansk Industri og SID (protokollat). I denne sag blev det statueret, at en virksomhed inden for emballageområde var berettiget til at anvende vikarbureauansatte, men den var forpligtet til at sikre sig, at vikarbureauet overholdt overenskomsten for det pågældende arbejde. Denne overenskomst (som ikke var Industriens overenskomst) indeholdt ikke særskilte regler om vikarbureauansatte, men opmanden fulgte principperne fra Industriens overenskomst.

Af større generel interesse er FV af 27.8.2003 i en sag mellem Dansk El-Forbund og Teknik/ELFO (protokollat). Voldgiftssagen drejede sig om, hvorvidt virksomheden havde overtrådt overenskomstens § 7 om den normale arbejdstid og § 13 om overarbejde. Der er desværre kun tale om et protokollat uden sagsfremstilling og gengivelse af parternes procedure. Opmanden tog udgangspunkt i, at der var tale om en områdeoverenskomst, og at vikarernes arbejde fagligt set havde den karakter, som var reguleret af overenskomstens regler. Herefter udtalte opmanden bl.a. følgende om vikararbejdet:

[se foran under 6.4.2]

Sagen blev herefter forliget således, at Bravida anerkendte, at der var begået brud på overenskomstens §§ 7 og 13 ved beskæftigelsen af et antal vikarer, og at virksomheden fremover skulle efterleve overenskomsten ved beskæftigelse af vikarer. Det fremgår af protokollatet, at klageren - efter forslag fra opmanden - frafaldt den nedlagte påstand om efterbetaling.

Sådan som opmandens præmisser er affattet, kan de i og for sig anvendes på de fleste overenskomster, da opmanden støtter sit resultat på to synspunkter af generel karakter. Det ene, at vikarerne reelt indtager en lønmodtagerstilling i forhold til virksomheden, selv om de formelt er ansat hos vikarbureauet. Det andet, at hensynet til at modvirke omgåelse af brugervirksomhedens pligter taler for at lade vikarer være omfattet af dens overenskomst.

Det er efter min opfattelse tvivlsomt, om man på denne generelle måde kan se bort fra den formelle ansættelsesrelation. At der ligger en realitet i, at vikarbureauet anses for arbejdsgiver, viser sig navnlig ved, at der i stigende omfang indgås overenskomster med vikarbureauer eller deres arbejdsgiverforeninger. Arbejdsretten har på linje hermed statueret, at faglige organisationer har den sædvanlige adgang til at støtte overenskomstkraav for vikarbureauarbejde med kollektive kampskridt, jf. AT 1999/66 (99.342).

Den generelle risiko for omgåelse af brugervirksomhedens overenskomstmæssige forpligtelser må ligeledes ses i dette lys. De reelle muligheder for at omgå brugervirksomhedens overenskomst afhænger grundlæggende af vikarbureauets overenskomstmæssige position. Omgåelsesrisikoen vil være langt mindre, hvis vikarbureauet er forpligtet via egen overenskomst.

Det er derfor næppe heller muligt at strække omgåelseshensynet videre end til, at der efter en konkret vurdering kan være tale om omgåelse af brugervirksomhedens overenskomstmæssige forpligtelser. I denne konkrete vurdering må forholdene hos såvel brugervirksomheden som vikarbureauet efter min opfattelse spille en central rolle.

Det vil navnlig være nærliggende at overveje omgåelsesmæssige betragtninger, hvis brugervirksomheden anvender vikarer på en mere systematisk måde i situationer, hvor man naturligt kunne anvende egne ansatte. Det er naturligt, at en virksomhed f.eks. anvender vikarer som erstatning for medarbejdere, som er fraværende på grund af sygdom og lignende, eller til løsning af arbejdsopgaver af kortvarig karakter. Omvendt er det mindre naturligt, at en virksomhed f.eks. systematisk anvender vikarer som generel aflastning ved svingende ordremængde.

Men med i disse betragtninger må tillige, hvorledes vikarerne er stillet hos vikarbureauet. Risikoen for omgåelse er jo ikke helt så nærliggende, hvis vikaren - f.eks. som følge af bureauets overenskomstmæssige stilling - i det væsentlige og navnlig aflønningsmæssigt er lige så godt stillet som ansatte på brugervirksomheden. I så fald vil brugervirksomheden jo reelt ikke kunne spekulere i en samlet set mere fordelagtig vikarordning, end der overenskomstmæssigt gælder for egne ansatte.

Det fremgår ikke af protokollatet, hvilke retlige konsekvenser det har at anse vikarer for omfattet af den elektrikeroverenskomst, der gælder for brugervirksomheden. Men det er jo en ganske nærliggende betragtning, at den faglige overenskomstpart - på linje med industriens vikarprotokollat - til enhver tid kan holde sig til brugervirksomheden med hensyn til efterlevelse af overenskomstens vilkår. Virksomheden må sørge for at orientere vikarbureauet om sine overenskomstmæssige forpligtelser, men det er et internt mellemværende mellem de to virksomheder, om vikarbureauet har levet op til det aftalte.

Det fremgår heller ikke klart af protokollatet, om opmanden alene har taget stilling til de to arbejdstidsrelaterede bestemmelser, eller om resultatet gælder generelt for hele overenskomsten. De to arbejdstidsbestemmelser vedrører forhold, som brugervirksomheden selv er herre over, selv om selve udbetalingen af overarbejde i givet fald er op til vikarbureauet at sikre. Efterlevelsen af andre af overenskomstens bestemmelser - herunder andre lønbestemmelser og pensionsregler - vil virksomheden derimod ikke have megen indsigt med, da vikarbureauet udbetaler løn m.v. Vikarbureauets manglende efterlevelse af disse bestemmelser vil imidlertid - forudsat at bestemmelserne finder anvendelse - være et overenskomstbrud for brugervirksomheden, formentlig også selv om den har afregnet korrekt over for vikarbureauet.

Protokollatet er tillige præget af en anden uklarhed på dette punkt, da efterbetalingspåstanden i sagen blev frafaldet efter forslag fra opmanden. Det fremgår ikke af protokollatet, hvilke overvejelser opmanden baserede sit forslag på, men det kan være, at opmanden har ment, at det var en rimelig løsning, fordi der var tale om et tvivlsomt fortolkningsspørgsmål. Det må generelt være en nærliggende konsekvens af at betragte vikarerne som omfattet af overenskomstens faglige anvendelsesområde, at brugervirksomheden tillige må hæfte for en eventuel manglende overholdelse af overenskomstens forskellige regler, herunder overbetalingsreglen. I så fald vil retstilstanden svare til det, der gælder efter vikarprotokollatet i Industriens Overenskomst."

6.6.3. I Jens Kristiansen: Grundlæggende arbejdsret (2005) hedder det s. 286 ff bl.a.:

"2.3 Vikarbureauarbejde

2.3.1. Vikarens stilling i forhold til vikarbureauet

...

Udgangspunktet må således være, at en vikar er stillet som en lønmodtager i forhold til de ansættelsesretlige love, medmindre der er konkrete holdepunkter i den enkelte lov for det modsatte. Det fremgår f.eks. udtrykkeligt af loven om tidsbegrænset ansættelse, at den ikke omfatter vikarbureauarbejde. De ansættelsesretlige forpligtelser består i forhold til vikarbureauet.

Vikarens ansættelsesforhold består i forhold til vikarbureauet. Et vikarbureau kan tillige være forpligtet af en vikaroverenskomst gennem medlemskab af en arbejdsgiverforening eller ved direkte aftale med en faglig organisation. Der er en række eksempler på overenskomster indgået specifikt for vikarbureauer, f.eks. lageroverenskomsten mellem Dansk Handel & Service og Specialarbejderforbundet. I en nyere dom har Arbejdsretten på linje hermed accepteret, at der består en konfliktret i forhold til vikarbureauet, også selv om arbejdet allerede måtte være omfattet af en eventuel overenskomst for brugervirksomheden, jf. AT 1999/66 (sag 99.342)

2.3.2 Vikarens stilling i forhold til brugervirksomheden

Der består ikke nogen direkte ansættelsesrelation mellem vikaren og den virksomhed, som arbejdet udføres på. Aftalen er indgået mellem vikarbureauet og virksomheden som en almindelig kontraktsretlig aftale. Brugervirksomheden har derfor ikke noget ansvar for, at vikarbureauet opfylder sine ansættelsesretlige pligter over for vikaren.

At der som altovervejende regel ikke består nogen direkte ansættelsesrelation mellem virksomheden og vikaren, udelukker ikke, at brugervirksomheden kan være forpligtet til at respektere en eventuel overenskomst i forhold til det arbejde, der udføres. Overenskomstpligten består i givet fald i forhold til den faglige organisation, som er part i overenskomsten på lønmodtagerside.

Brugervirksomheden vil kun være forpligtet af den overenskomst, som den selv har påtaget sig via medlemskab af arbejdsgiverforening eller direkte med en fagforening. Den hæfter ikke for overenskomstmæssige forpligtelser som vikarbureauet måtte have påtaget sig over for vikaren.

I en række overenskomster er der indgået særlige vikarprotokollater, som forholder sig direkte til vikarer. Det følger f.eks. af et protokollat til industriens overenskomst mellem Dansk Industri og

CO-Industri, at vikarbejde er omfattet af overenskomsten. Det betyder i praksis, at virksomheden af egen drift skal sikre sig, at vikarer får de rettigheder, som følger af overenskomsten, selv om vikaren har sin ansættelsesmæssige relation til vikarbureauet. Virksomheden hæfter imidlertid for opfyldelsen, og den faglige organisation kan vælge at holde sig til virksomheden.

I en nyere voldgiftsafgørelse (protokollat) af 27.8.2003 i en sag mellem Dansk El-Forbund og Tekniq/ELFO på vegne Bravida er brugervirksomhedens overenskomst fundet anvendelig, selv om den ikke indeholdt positiv støtte herfor ...

Ved generelt at anse vikarer for omfattet af overenskomsten går opmanden ganske vidt. Det er efter min opfattelse meget tvivlsomt, om man på denne generelle måde kan se bort fra den formelle ansættelsesrelation. Ifølge retspraksis består ansættelsesrelationen i forhold til vikarbureauet, selv om arbejdsledelsen foregår hos brugervirksomheden, jf. f.eks. U99/1870SH. Man kan derfor efter min opfattelse ikke gå videre end til at statuere omgåelse ud fra en konkret vurdering i det enkelte tilfælde, f.eks. fordi vikarerne systematisk anvendes som en buffer i forhold til svingende arbejdsmængde."

6.6.4. I Louise Koldby Dalager: Vikarbureauansatte vikarer, Justitia 2005, nr. 1, s. 49-97, hedder det s. 70 ff bl.a.:

"Kapitel 3

Kollektivarbejdsretlige aspekter

...

3.2. Brugervirksomheden er omfattet af en kollektiv overenskomst

3.2.1. Indledning

I det følgende analyseres den situation, hvor (alene) brugervirksomheden er omfattet af en kollektiv overenskomst. Som fastslået ovenfor i afsnit 3.1 er en overenskomstdækket virksomhed, som led i princippet om overenskomstens udelelighed, forpligtet til at anvende overenskomstens bestemmelser på alt arbejde, der er omfattet af overenskomstens faglige gyldighedsområde. Udføres arbejdet af virksomhedens egne ansatte finder overenskomsten uden videre anvendelse.

I stedet for selv at udføre den pågældende opgave, kan virksomheden vælge at overdrage denne til en selvstændig entreprenør.

...

Alternativt kan virksomheden lade arbejdet udføre af en vikar, der lejes af et vikarbureau. I den situation bevarer virksomheden (i modsætning til entreprenørsituationen) instruktionsbeføjelsen og kan derfor ensidigt fastlægge, hvorledes det pågældende arbejde skal udføres. Det er i overensstemmelse hermed ikke arbejdet, der overdrages, men forpligtelsen til at udføre det. I den sammenhæng melder sig særligt tre spørgsmål: (i) er anvendelsen af vikarer tilladt efter den pågældende overenskomst, (ii) finder overenskomsten anvendelse på vikaren, og (iii) kan

omgåelsesbetragtninger føre til at anse vikarforholdet for omfattet af overenskomsten. Disse spørgsmål behandles nedenfor.

...

3.2.3 Princippet om overenskomstens udelelighed

Såfremt der ikke i overenskomsten er udstukket hindringer for selve anvendelsen af vikarer, opstår spørgsmålet, om overenskomstens bestemmelser finder anvendelse på vikaransættelsesforholdet. Når det alene er brugervirksomheden, der er omfattet af en overenskomst, er det som udgangspunkt også kun denne, der er forpligtet heraf. I så fald vil vikarbureauet selvstændigt kunne fastlægge vilkårene for arbejdets udførelse.

Det er dog muligt, at brugervirksomhedens overenskomst alligevel kan finde anvendelse over for vikarerne som følge af princippet om overenskomstens udelelighed. Vikaren minder i flere henseender om en almindelig medarbejder hos brugervirksomheden, hvilket især skyldes, at brugervirksomheden har instruktionsbeføjelsen over vikaren. Vikaren og de medarbejdere, der er ansat direkte i brugervirksomheden, udfører i mange tilfælde tillige den samme type arbejde, og vikarerne optræder i det daglige på lige fod med de øvrige medarbejdere.

Princippet om overenskomstens udelelighed forudsætter imidlertid normalt et ansættelsesforhold mellem virksomheden og medarbejderen. Et sådant eksisterer ikke i vikarsituationen, hvor vikaren er ansat i vikarbureauet. At ledelsesretten er delt, giver således også anledning til principielle overvejelser på det kollektive område. Ovenfor i afsnit 2.3 behandlede arbejdsgiverbegrebet på det individuelle område. Konklusionen var her, at arbejdsgiverbegrebet muligvis kan variere afhængigt af formålet med den lovgivning, der regulerede det givne problem. Derudover peger praksis på det individuelle område i retning af at anse brugervirksomheden som vikarens arbejdsgiver for så vidt angår forhold, der relaterer sig til instruktionsbeføjelsen, og vikarbureauet som arbejdsgiver i andre henseender. Herved er den individuelle arbejdsret præget af en betydelig pragmatisme i forhold til fastlæggelsen af arbejdsgiverbegrebet. En tilsvarende fleksibilitet kan dog ikke overføres til den kollektive arbejdsret. Dette skyldes, at spørgsmålet her angår anvendelsen af overenskomsten som helhed. Det er således ikke muligt at analysere et konkret spørgsmål og herefter fastlægge arbejdsgiverbegrebet. På det kollektive område er arbejdsgiverbegrebet i denne sammenhæng med andre ord et generelt begreb. Det betyder, at enten finder den kollektive overenskomst anvendelse på vikarerne, eller også gør den ikke. Det bør i den forbindelse erindres, at arbejdsgiverbegrebet på det individuelle og kollektive område ikke nødvendigvis behøver at følge de samme retningslinjer. Til eksempel kan arbejdsgiverbegrebet på det kollektive område være fastslået i en overenskomst.

...

Uanset at brugervirksomheden gennem instruktionsbeføjelsen optræder som vikarens arbejdsgiver i det daglige, synes vikarbureauet, som vikarens kontraktspart, nærmere at være dennes arbejdsgiver. Der består således heller ikke nogen aftale mellem vikaren og brugervirksomheden. Vikarbureauet har derudover overtaget forpligtelsen til at udføre arbejdet fra brugervirksomheden, hvilket betyder, at det er vikarbureauets og ikke brugervirksomhedens ansvar, at vikaren møder på arbejdet. Såfremt vikaren ikke møder op, vil vikarbureauet (dog afhængigt af den konkrete lejeaftale) normalt være forpligtet til at sætte en anden i vikarens sted.

I overensstemmelse hermed har Arbejdsretten anerkendt, at vikarer i det konkrete tilfælde var at betragte som lønmodtagere i forhold til vikarbureauet og dermed havde den fornødne faglige interesse i, at arbejdet blev overenskomstdækket. Den iværksatte konflikt over for vikarbureauet var derfor lovlig. ... Konflikter er i øvrigt uløseligt knyttet til de enkelte ansættelsesforhold, idet de enten varsles med det individuelle opsigelsesvarsel ... eller varsles kollektivt med kortere varsler. ... Konflikter har da også som udgangspunkt den retsvirkning, at ansættelsesforholdene anses for ophørt. Etablering af konflikt er et våben, der står til parternes rådighed ved indgåelse af en overenskomst. Ønskes overenskomst indgået med brugervirksomheden omfatter en konflikt kun de medarbejdere, der er ansat i denne. De vikarer, der udfører arbejde på brugervirksomheden, er således ikke som udgangspunkt omfattet heraf. At vikarerne herved har konfliktret over for vikarbureauet, men ikke over for brugervirksomheden, er et stærkt argument for at anse vikarbureauet som vikarens arbejdsgiver i kollektivarbejdsretlig henseende.

Ovenstående betyder alt andet lige, at det formentlig er rigtigst at anse vikarbureauet for vikarens arbejdsgiver i kollektivarbejdsretlig forstand. I så fald kan princippet om overenskomstens udelelighed ikke føre til, at vikarerne er omfattet af brugervirksomhedens overenskomst.

3.2.4 Omgåelsesbetragtninger

...

3.2.5 Protokollat af 27. august 2003

3.2.5.1 Afgørelsen

...

En vigtig detalje i sagen, hvis betydning desværre ikke kommer til udtryk i protokollatet, er, at det pågældende vikarbureau var medlem af Dansk Smedemesterforening, og dermed omfattet af denne arbejdsgiverforenings overenskomster. Dansk Smedemesterforening har en fællesoverenskomst med Blik- og Rørarbejderforbundet, Dansk Metalarbejderforbund og Specialarbejderforbundet i Danmark, som Dansk El-Forbund har tiltrådt. Dansk El-Forbund har således anerkendt, at denne overenskomst også gælder for elektrikerarbejde. Det betyder, at arbejdet og vikarerne var omfattet af en overenskomst i forvejen, hvilket opmanden tilsyneladende ikke tillagde vægt.

...

3.2.5.3 Hæftelsesspørgsmål og processuelle konsekvenser

I protokollatet fastslås, at brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse over for vikarerne, uanset at disse er ansat i vikarbureauet. Et interessant spørgsmål er i den forbindelse, om det er brugervirksomheden eller vikarbureauet, der hæfter for overholdelsen af brugervirksomhedens overenskomst. Problemstillingen berøres kun flygtigt i Protokollatet, idet opmanden bemærker, at brugervirksomheden må sørge for, at vikarbureauet er bekendt med, at brugervirksomheden er omfattet af overenskomsten, og at de vikarer, der udfører arbejde på brugervirksomheden, er omfattet af overenskomstens bestemmelser. Spørgsmålet har ligeledes (om end indirekte) været genstand for behandling ved en faglig voldgift, der vedrørte en brugervirksomheds mulighed for at anvende vikarbureauansatte vikarer, på trods af at overenskomsten indeholdt en fortrinsklausul.

[Note 137: Jf. Protokollat i faglig voldgift af 19. januar 2002.] I denne sag udtalte opmanden, at det som udgangspunkt var brugervirksomheden og ikke vikarbureauet, der direkte over for forbundet hæftede for, at overenskomstens bestemmelser blev overholdt.

Af det er brugervirksomheden, der hæfter for overenskomstens overholdelse, synes da også naturligt, da det er brugervirksomheden, der er forpligtet heraf.

...

Under alle omstændigheder bør brugervirksomheden søge at dække sig ind over for vikarbureauet. I lejekontrakten med vikarbureauet kan brugervirksomheden betinge sig overholdelsen af overenskomsten. Herved får brugervirksomheden (ved vikarbureauets manglende overholdelse) mulighed for at rette et krav mod vikarbureauet i form af erstatning for misligholdelse af lejekontrakten.

...

At der ikke er identitet mellem den part, der er forpligtet af overenskomsten (brugervirksomheden) og den part, der i praksis overholder den, (vikarbureauet) er derfor problematisk for brugervirksomheden og vikarbureauet.

For *vikarbureauet* betyder det endvidere, at der ikke er nogen fordel i, at det er brugervirksomhedens overenskomst, der finder anvendelse i forhold til, hvis vikarbureauet selv (direkte) var omfattet af overenskomsten. At brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse indebærer tværtimod, at vikarbureauet må operere med en række forskellige overenskomster afhængig af overenskomstforholdene på den enkelte brugervirksomhed.

Retsstillingen *for den enkelte vikar* må efter Protokollatet anses for usikker. At vikarerne materielt er omfattet af brugervirksomhedens overenskomst, betyder ikke nødvendigvis, at de også kan støtte ret på overenskomsten. ...

3.3. Vikarbureauet er omfattet af en kollektiv overenskomst

Vikarbureauerne kan naturligvis også være omfattet af en kollektiv overenskomst, f.eks. gennem et medlemskab af en arbejdsgiverorganisation, eller ved indgåelse af en tiltrædelsesoverenskomst, hvorefter bureauet tiltræder den for faget gældende overenskomst. I den forbindelse bemærkes, at Arbejdsretten har fastslået, at et forbund over for et uorganiseret vikarbureau i hvert fald i det konkrete tilfælde, havde konfliktret med henblik på at opnå overenskomst. [Note 144: Jf. AT 1999/66]

...

De vikarer, der udfører arbejde inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde, er naturligvis omfattet heraf. Dette betyder i første omgang, at vikarbureauet skal overholde overenskomsten over for disse.

...

3.6 Vikarbureau og brugervirksomhed er overenskomstdækket

3.6.1 Om den dobbelte overenskomstdækning

Som fremgået ovenfor kan både brugervirksomheden og vikarbureauet være omfattet af en kollektiv overenskomst. Finder brugervirksomhedens overenskomst anvendelse over for vikarerne, vil vikarerne følgelig kunne være omfattet af begge overenskomster, hvorved der opstår et problem i forhold til dobbelt overenskomstdækning.

...

3.6.2 Samme overenskomst - håndhævelsesproblematikken

Når såvel brugervirksomheden som vikarbureauet er omfattet af den samme overenskomst, opstår der i sagens natur ikke et problem vedrørende *hvilken* overenskomst, der skal anvendes over for vikarerne.

...

3.6.3 Forskellige overenskomster - samme faglige gyldighedsområde

Når vikarbureauet og brugervirksomheden er omfattet af forskellige overenskomster med det samme faglige gyldighedsområde, er spørgsmålet *hvilken* af disse, der finder anvendelse.

...

I forhold til afhandlingens problemstilling er spørgsmålet, om de principper, praksis har udviklet for så vidt angår dobbeltoverenskomstsituationen, også gælder i vikarsituationen. Dette afkræver en nærmere analyse af de to dobbeltoverenskomstsituationer.

...

I den sag, der lå til grund for Protokollatet, var det pågældende vikarbureau forpligtet af en overenskomst, der omfattede det arbejde, vikarerne udførte. Opmanden forholdte sig dog ikke til denne problemstilling. Om dette peger i retning af, at vikarbureauets eksisterende overenskomstforhold er uvedkommende for vurderingen af, om brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse, er efter Protokollatet en mulighed. Konsekvensen heraf er i så fald, at brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse, uanset vikarbureauets eventuelle overenskomstdækning, hvilket også blev sagens udfald.

At brugervirksomhedens overenskomst finder anvendelse over for vikarerne får således meget vidtrækkende konsekvenser for et allerede overenskomstdækket vikarbureau. Som følge heraf vil vikarbureauerne ikke have noget egentligt incitament til at lade sig overenskomstdække eller for så vidt til at være medlem af en arbejdsgiverforening."

Parternes argumenter

7. Klager har anført, at Industriens Funktionæroverenskomst er en områdeoverenskomst, som omfatter alt arbejde inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde. I overensstemmelse med de generelle principper, som Bravida-afgørelsen er baseret på, omfatter overenskomsten, som gælder for TDC, derfor også de vikarbureauvikarer, som arbejder hos TDC.

Det er ubestridt, at arbejdet, som udføres af vikarbureauvikarer, ville være omfattet af overenskomsten, hvis det blev udført af TDCs egne ansatte. Det er endvidere klart, at vikarbureauvikarerne i TDC udfører arbejdet under ledelse og instruktion af TDC-ansatte helt på samme måde som i Bravida-afgørelsen. Også det i afgørelsen nævnte - underordnede - hensyn til omgængelsesrisikoen gør sig helt tilsvarende gældende. Samtlige kriterier i Bravida-afgørelsen er således opfyldt.

Det er uden betydning, at der ikke gælder et protokollat om vikarbureauer vedrørende Industriens Funktionæroverenskomst, som der gør vedrørende Industriens Overenskomst. CO-i har ikke anerkendt, at der kan udføres arbejde omfattet af Industriens Funktionæroverenskomsts faglige gyldighedsområder af vikarbureauansatte, uden at overenskomsten følges.

Bravida-afgørelsen er ikke begrundet i, at der skulle være særlige problemer vedrørende timelønsoverenskomster, og begrundelsen er ikke begrænset til overenskomstbestemmelser om arbejdstid og overarbejde eller støttet på særlige forskrifter vedrørende elektricitetssikkerhed. Der er også i Bravida-afgørelsen gjort op med det forhold, at vikarbureauet i nærværende sag er dækket af Landsoverenskomsten for Kontor og Lager mellem Dansk Handel & Service og HK, eftersom det i afgørelsen relevante vikarbureau som medlem af Dansk Smedemesterforening var dækket af denne organisations overenskomst med Dansk Metal.

Vikarbureauvikarer er ikke funktionærer i funktionærlovens forstand, men derfor kan de udmærket være omfattet af Industriens Funktionæroverenskomst. For TDCs vedkommende følger det af Særaftale I, pkt. 2, at det er, hvad medarbejderen er "beskæftiget som", der er afgørende.

8. Indklagede har anført, at det ikke bestrides, at arbejde, som en vikarbureauvikar som LM udfører hos TDC er omfattet af Funktionæroverenskomstens faglige gyldighedsområde. Vikarbureauvikarer omfattes imidlertid ikke af overenskomstens personelle anvendelsesområde.

Industriens Funktionæroverenskomst omfatter kun arbejdstagere, der er ansat i en virksomhed, som overenskomsten gælder for. Vikarbureauvikarer (som LM) er ikke ansat hos TDC, men hos vedkommendes vikarbureau (i LMs tilfælde først Adecco, senere Manpower). Vikarbureauvikarer skal da heller ikke tælles med i relation til 50 % -reglen i Funktionæroverenskomstens § 1, stk. 3, jf. Protokollat nr. 1, pkt. 5, litra B, h. Vikarbureauvikarer er derimod dækket af deres arbejdsgivers, vikarbureauets, eventuelle overenskomst - LM derfor af Landsoverenskomsten for Kontor og Lager mellem Dansk Handel og Service og HK.

Industriens Funktionæroverenskomst gælder ifølge dens § 1 for "funktionærer", hvilket skal forstås i overensstemmelse med funktionærloven. Det er ubestridt - og følger da også af U 1997.1459 H - at en vikarbureauvikar ikke er funktionær. Modifikationen i U 1996.946 SH går på, om vikarbureauvikaren skal anses som funktionær i forhold til vikarbureauet, jf. Louise Koldby Dalagers artikel i Justitia 2005, nr. 1, s. 64. Udvidelsen for TDCs vedkommende i Særaftale I går på teleteknikere, ikke på vikarbureauvikarer.

Der er til Industriens Overenskomst - men ikke til Industriens Funktionæroverenskomst - knyttet et vikarprotokollat, hvorefter Dansk Industris medlemsvirksomheder forpligtes til ved anvendelse af vikarbureauvikarer at sikre, at dette sker på vilkårene i Industriens Overenskomst med visse tilpasninger for så vidt angår pension og anciennitet m.v. Baggrunden for dette protokollat fra 1995 var de usikre forhold vedrørende anvendelse af vikarer på timelønsområdet efter den særlige vikarlovregulerings ophør i 1990. På handels- og kontorområdet var situationen en anden, fordi der på dette område eksisterede vikarbureauer med organisations- og overenskomstbindinger. Der er en langt stærkere tradition for overenskomstdækning og et større behov for beskyttelse på timelønsområdet end på funktionærområdet. Der er derfor intet grundlag for at overføre Industriens Overenskomsts vikarprotokollat til Industriens Funktionæroverenskomst. Tværtimod viser eksistensen af et sådant protokollat i relation til et af industriens overenskomstområder, at et tilsvarende protokollat er nødvendigt, hvis noget tilsvarende skal gælde på et andet af industriens overenskomstområder. Det har CO-i da også i relation til Funktionæroverenskomsten under overenskomstforhandlingerne i 2000 og 2004 rejst krav om, uden at der har kunnet opnås enighed derom.

Bravida-afgørelsen er en konkret afgørelse fra et andet overenskomstområde - oven i købet timelønsområdet - mellem andre parter. Det drejer sig yderligere om et område, hvor helt særegne forhold gør sig gældende, jf. bek. nr. 301 af 3. maj 2001 om autorisation og drift af elinstallatørvirksomhed § 11. Lige så lidt som indholdet i andre organisationers overenskomster kan være afgørende for forståelsen af Industriens Funktionæroverenskomst, kan en faglig voldgiftsavgørelse om forståelse af en overenskomst fra et andet område mellem andre parter som Bravida-afgørelsen være afgørende for forståelsen af Industriens Funktionæroverenskomst.

Det er vikarbureauets overenskomstforhold, som styrer vikarbureauvikarers ansættelsesforhold. Vikarbureauet er arbejdsgiver, jf. Folketingstidende 1988-89, Tillæg A, sp. 1447 [gengivet foran under pkt. 6.2 in fine], U 1999.1870 SH [pkt. 6.1] og faglig voldgiftskendelse af 16. august 2004 [pkt. 6.4.3], og bestemmer over antagelse og afskedigelse samt lønfastsættelse osv. Vikarbureauet har den generelle ledelsesret - brugervirksomheden en underordnet instruktionsbeføjelse. Der er konfliktret vedrørende overenskomstkrav over for vikarbureauer, jf. Arbejdsrettens dom i sag 99.342, AT 1999.66 [foran under pkt. 6.3], og der foreligger en betydelig overenskomstdækning vedrørende vikarbureauers vikarer. Opfattelsen i den arbejdsretlige litteratur er da også, at det kræver særlig støtte i vikarbrugervirksomhedens overenskomst for at anse vikarbureauvikarer for omfattet af den.

Der foreligger ikke omgåelse. Det er meget dyrere for TDC at betale LMs vikarbureau for hendes arbejde, end hvis hun var ansat i TDC til at lave arbejdet. Der er heller ikke tale om, at LM er dårligere aflønnet som vikar af vikarbureauet end som ansat hos TDC. TDCs anvendelse af vikarer er sagligt driftsmæssigt begrundet, og vikarbureauvirksomhed er en helt almindelig - anerkendt - form for erhvervsvirksomhed, som understøtter virksomhedernes behov for fleksibilitet ved at gøre brug af vikarbureauvikarer med et modsvarende ønske om fleksibilitet. TDC ønsker ordnede forhold og kræver derfor, at det vikarbureau, som benyttes, er overenskomstdækket.

Det vil skabe usikkerhed, hvis det er vikarbrugervirksomhedens overenskomst, som skal anvendes på vikarbureauvikarer. Det gælder både arbejdsretligt og ansættelsesretligt med hensyn til, hvem der er forpligtet af og kan støtte ret på overenskomsten.

Begrundelse og konklusion

9. Opmandens bemærkninger

Da der ikke blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten har været enighed om eller flertal for en afgørelse, skal denne træffes af opmanden, som udtaler:

Klager ønsker efter sin endelige argumentation gennem denne faglige voldgift generelt den retsposition fastslået, at Industriens Funktionæroverenskomst omfatter vikarbureauvikarers arbejde hos virksomheder, som Industriens Funktionæroverenskomst gælder for. Der er efter klagers argumentation ikke under sagen spørgsmål om, hvorvidt der i relation til LM foreligger konkrete omstændigheder, som ud fra omgængelsesbetragtninger kan begrunde anvendelse af Industriens Funktionæroverenskomst på hendes ansættelsesforhold.

Den af klager - hævdede - retsposition støttes ikke på overenskomstens ordlyd og udtrykkelige stillingtagen eller på oplysninger om, at det efter dens tilblivelseshistorie må antages at have været parternes mening. Den støttes heller ikke på praksis mellem parterne på Funktionæroverenskomstens område eller på andre områder.

Det, som klager anfører til støtte for standpunktet, er alene, at Industriens Funktionæroverenskomst er en "områdeoverenskomst" som i Bravida-afgørelsen, og at de generelle principper, som Bravida-afgørelsen er baseret på, derfor leder til den hævdede retsposition.

Der er da også i den tidligere - nu ophævede - vikarbureaulovgivnings regulering af vikarbureauvikarers forhold og det oplyste om vikarbureauvikarers forhold støtte for den principielle opfattelse, at vikarbureauvikarer aflønnings- og arbejdsvilkårsmæssigt ikke bør være ringere stillet end de medarbejdere i brugervirksomhederne, som de træder i stedet for.

Det er imidlertid ved Højesterets dom af 5. september 1997 (UfR 1997 s. 1495) fastslået, at vikarbureauvikarers forhold er så særegne, at de ikke, selv om de udfører samme arbejde som brugervirksomhedens funktionærer, er omfattet af funktionærloven. Det må endvidere anses for en almen overenskomstforudsætning, at en kollektiv overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere. Mange overenskomster indeholder desuden vilkår, som ikke er udformet med henblik på vikarbureauvikarers særegne ansættelsesforhold, jf. herved faglig voldgiftskendelse af 31. juli 1991. Hertil kommer, at det uden nærmere regulering heraf må anses for tvivlsomt, hvilke pligter og sanktionsmuligheder der følger af, at en brugervirksomheds overenskomst, som ikke udelukker virksomhedens anvendelse af vikarbureauvikarer, anses for at omfatte vikarbureauvikarer. Hvorledes en brugervirksomheds overenskomst i givet fald skal anvendes på vikarbureauvikarer rejser således en række spørgsmål, som egner sig til overenskomstmæssig aftaleregulering - område for område.

Hvad lige netop Industriens Funktionæroverenskomst angår, omfatter den efter § 1, stk. 1 og 2, "funktionærer", hvorved anvendelsesområdet efter indholdet af § 1, stk. 3, må anses for fastlagt i overensstemmelse med funktionærloven, som vikarbureauvikarer ikke er omfattet af, og det er i det til overenskomsten knyttede protokollat nr. 1 udtrykkeligt angivet i pkt. 5, afsnit B, litra h, at vikarbureauvikarer ikke indgår ved opgørelsen af, om forbundet "som medlemmer har mindst 50 % af de beskæftigede inden for det område, overenskomsten tilsigter at omfatte", jf. pkt. 1, litra b. Hertil kommer, at Industriens Funktionæroverenskomst er indgået mellem de samme parter - DI og CO-i - som har indgået Industriens Overenskomst, om hvis anvendelse på vikarbureauvikarer parterne har aftalt protokollatet om vikarbureauer, hvis formulering efter det, der er anført om dets

baggrund, ikke med fornøden sikkerhed kan anses at give udtryk for en enighed om, hvad der også uden den særlige overenskomst i protokollatet ville gælde mellem disse parter.

På denne baggrund må det lægges til grund, at parterne i en længere årrække har haft den fælles forståelse, at anvendeligheden af Industriens Funktionæroverenskomst på vikarbureauvikarer ville kræve en særskilt aftale i lighed med protokollatet fra 1995 vedrørende Industriens Overenskomst, og at parterne ud fra denne fælles forståelse har forhandlet om indgåelse af en sådan aftale. Denne fælles forståelse er således en del af parternes overenskomst, som ikke påvirkes af, hvad der i Bravida-afgørelsen er udledt af andre parters overenskomstforhold.

Der er herefter ikke grundlag for at tage klagers påstande til følge, hvorfor indklagede frifindes.

Thi bestemmes:

Dansk Industri for TDC A/S på vegne af TDC Totalløsninger A/S frifindes.

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

Børge Dahl