

Kendelse af 16. september 2019 i faglig voldgift FV2019.0080:

Fagligt Fælles Forbund (3F)

(konsulent Keld Jensen)

mod

Dansk Byggeri

for

Kelukai IvS

(juridisk konsulent Melissa Lee Jakobsen)

1. Uoverensstemmelsen

Den indklagede virksomhed, Kelukai IvS, er medlem af arbejdsgiverorganisationen Dansk Byggeri og gennem dette medlemskab forpligtet til over for sine ansatte at efterleve vilkårene om løn og arbejdsvilkår i den kollektive overenskomst, som Dansk Byggeri har indgået med fagforeningen Fagligt Fælles Forbund (i det følgende 3F), Bygningsoverenskomsten 2017. På arbejdspladsen i Herlev, har en anden virksomhed, Y, haft facadeentreprisen. Y har til udførelse af facadearbejdet indlejet arbejdskraft, bl.a. fra virksomheden Z, som har fået mandskab leveret fra bl.a. Kelukai. Efter det oplyste har Kelukais ansatte på opgaven deres hjem i Litauen. Spørgsmålet under sagen er, om disse medarbejdere er blevet underbetalt i forhold til Bygningsoverenskomsten med den virkning, at 3F kan forlange det beløb betalt, som Kelukai har sparet ved at betale sine medarbejdere mindre end mindstebetalingsen efter Bygningsoverenskomsten.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 10. september 2019 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand. Under forhandlingen medvirkede som procedører konsulent Keld Jensen, 3F, og juridisk konsulent Melissa Lee Jakobsen, Dansk Byggeri, og som partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret Claus Von Elling, 3F, og konsulent Erling Olsen, Dansk Byggeri.

Kelukai har ikke givet møde under den mundtlige forhandling.

Da der efter gennemgang af sagens materiale, forklaring af Simon Vedel Villumsen, 3F Vestegnen, parternes procedurer og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten var enighed om en afgørelse, træffes denne af opmanden. Parterne er enige om, at det kan ske med en begrundelse for resultatet uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaring og parternes procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

3. Overenskomstgrundlaget

Der er i Bygningsoverenskomstens § 76 bestemmelser om udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsforhold. Det hedder bl.a. i stk. 6, at der på begæring af 3F skal afholdes organisationsmøde, hvis 3F påviser omstændigheder, som giver anledning til at formode, at overenskomstens bestemmelser ikke bliver overholdt, f.eks. hvis 3F forgæves har forsøgt at komme i kontakt med den virksomhed, som beskæftiger den udenlandske arbejdskraft.

Om organisationsmødet er det bestemt, jf. stk. 7, at ud over overenskomstparterne, 3F og Dansk Byggeri, skal hverviger på arbejdet og den udførende virksomhed deltage, og mødet skal afholdes inden 48 timer, medmindre andet aftales. På mødet skal alle relevante baggrundsoplysninger fremlægges, og det påhviler virksomheden på mødet at bevise, at overenskomstens bestemmelser overholdes.

Opnås der ikke på organisationsmødet enighed om, at overenskomsten overholdes, kan spørgsmålet videreføres til afgørelse ved faglig voldgift, jf. stk. 13. Den faglige voldgiftsret skal efter stk. 15 ”tage stilling til om overenskomstens bestemmelser er overholdt på grundlag af de oplysninger, der er forelagt voldgiftsretten, og i det omfang det er muligt et eventuelt efterbetalingskrav”. Efter fagretlig praksis på overenskomstområdet, jf. bl.a. tilkendegivelse af 13. januar 2015 i FV2014.0156, 3F mod Dansk Byggeri for Daniterm (Poul Sørensen), og kendelse af 27. april 2017 i FV2016.0191, 3F/BJMF mod Dansk Byggeri for Cinterex (Børge Dahl), kan 3F indtale et efterbetalingskrav og et såkaldt differencekrav. For sine medlemmer har 3F et efterbetalingskrav svarende til forskellen mellem den faktisk udbetalte løn og den løn, der tilkommer dem efter overenskomsten. 3F har endvidere et differencekrav svarende til den besparelse, som virksomheden har opnået ved at have betalt de øvrige medarbejdere mindre, end hvad overenskomstens mindstebetaling ville føre til.

Efter overenskomsten er den normale effektive ugentlige arbejdstid 37 timer, der fordeles på ugens 5 første hverdage, således at ingen dage er over 8 timer, jf. § 11, stk. 1. Den normale daglige arbejdstid skal lægges mellem kl. 6.00 og kl. 18.00, jf. § 11, stk. 2. Inden for den normale arbejdstid betales som minimalløn pr. time pr. 1. marts 2017 kr. 121,90.

Overarbejde regnes fra arbejdstidens ophør til 3 timer derefter, indbefattet ½ times spisepause straks efter arbejdstids ophør, jf. § 19, stk. 1, som bortfalder, hvor overarbejdet kun skal strække sig over 1 time, jf. stk. 2. Natarbejde regnes fra 3 timer efter arbejdstidens ophør til arbejdstidens begyndelse med ½ times spisepause hver 4. time, jf. stk. 3. For overarbejde ydes der et tillæg, som beregnes af den personlige timeløn, jf. § 21, stk. 6. Tillægget er for de første 3 timer pr. dag 50 %, for efterfølgende timer 100 %, jf. § 21, stk. 1.

Der er efter overenskomstens § 54, stk. 1, krav på feriegodtgørelse på 12,5 % af den samlede arbejdsløn og efter overenskomstens § 60, stk. 1, krav på søgnehellidags- og feriefridagsbetaling på 8,60 % af medarbejderens ferieberettigede løn.

Efter overenskomstens § 42 skal der for den enkelte medarbejder til PensionDanmark indbetales et pensionsbidrag på 12 % og et sundhedsbidrag på 0,15 % af den ferieberettigede løn plus ferie- og søgnehellidagsbetaling. Af pensionsbidraget betaler medarbejderen 4 %, arbejdsgiveren 8 %. Sundhedsbidraget betales af arbejdsgiveren.

Overenskomstens § 31 om overnatning angår tilfælde, hvor virksomheden udsender medarbejderen til en arbejdsplads, der ligger mere end 110 km fra medarbejderens bopæl. I så fald har medarbejderen enten krav på, at arbejdsgiveren sørger for kost og logi og betaler et dagligt beløb til småfor nødheder efter den til enhver tid gældende sats efter statens takster vedrørende skattefri godtgørelse, eller krav på at få dækket passende udgifter til kost og logi og betaling af et beløb til småfor nødheder efter de nævnte statslige takster eller krav på et samlet diætbeløb til kost, logi og småfor nødheder efter de nævnte statslige takster, dvs. i 2017 696 kr. Der er endvidere krav på betaling for køretid over 10 km med 0,75 kr. pr. km frem og tilbage.

4. Sagsforløbet kort fortalt

Ved et besøg på arbejdspladsen i Herlev den 29. juni 2017 konstaterede 3F, at der var udenlandsk arbejdskraft på pladsen. Efter opklaring af, at nogle af disse var ansat i Kelukai, anmodede 3F i brev af 8. februar 2018 Dansk Byggeri om et organisationsmøde, idet 3F ønskede dokumentation for, at Kelukais udenlandske medarbejders løn- og arbejdsforhold efterlevede

overenskomsten. Organisationsmødet fandt sted den 27. februar 2018. Mødet blev afholdt uden Kelukai, som meldte afbud.

På mødet ønskede 3F ifølge referatet oplysning om arbejdet, bl.a. om arbejdstid, og om, hvor medarbejderne bor under arbejdet i Danmark, og hvem der står for indlogering og transport til og fra arbejde. 3F ønskede endvidere fremlagt bl.a. ansættelsesbeviser og lønsedler. Det blev pålagt Kelukai senest den 8. marts 2018 at indsende dokumentation til Dansk Byggeri, som herefter ville videresende den til 3F.

Der blev afholdt et opfølgende organisationsmøde den 9. august 2018. Det fremgår af referatet, at Kelukai ikke mødte, trods behørig indkaldelse, og at Kelukai ikke havde efterlevet referatet af 27. februar 2018. Det fremgår endvidere af referatet, at 3F på mødet fremlagde et estimeret differencekrav opgjort til 501.966,98 kr. Det blev ifølge referatet på mødet pålagt Kelukai at fremsende den aftalte dokumentation til Dansk Byggeri senest den 13. august 2018.

Kelukai fremsendte ikke dokumentation som pålagt.

På et møde, som 3F og Dansk Byggeri den 17. september 2018 holdt med Z – med Y som observatør – oplyste Z, at de havde en mundtlig aftale med Kelukai om levering af medarbejdere til facadebeklædningen.

Z har i forbindelse med mødet udleveret de Z-ugesedler, som Kelukais medarbejdere har udfyldt med de daglige arbejdstimer, og som er godkendt af Z. Z har endvidere udleveret en samlet oversigt over Kelukais medarbejders arbejdstimer. Af denne oversigt fremgår, at Kelukai i perioden uge 34-50 i 2017 har haft i alt 14 medarbejdere på pladsen i et varierende antal uger (fra 1 til 16), som til sammen har arbejdet i 695 dage fordelt på 129 uger og i i alt 7.670,50 arbejdstimer, dvs. i gennemsnit 11 timer om dagen, 59,5 timer om ugen. 65 af de 129 ugentlige timetal er på 67,5 timer.

Z har endvidere udleveret de fakturaer, som Kelukai uge for uge har udstedt til Z for den leverede arbejdskraft. Fakturaerne indeholder teksten ”Udført arbejde efter aftale”, en

ugeangivelse og et beløb. Til dette beløb er tillagt moms, hvorved fremkommer et totalbeløb til betaling. Sammenholdes det første beløb med det i den pågældende uge leverede antal arbejdstimer, som Z har oplyst at have modtaget, giver det i langt de fleste uger en gennemsnitlig timepris på 230 kr.

I forlængelse af mødet den 17. september 2018 har 3F fra Y via Dansk Byggeri modtaget ansættelsesbeviserne for de medarbejdere, som Kelukai har haft beskæftiget på pladsen. Det er i samtlige ansættelsesbeviser angivet, at medarbejderens personlige timeløn er 125,00 kr.

Da der stadig ikke fremkom dokumentation fra Kelukai, blev der mellem 3F og Dansk Byggeri aftalt endnu et opfølgende organisationsmøde den 12. februar 2019, som imidlertid blev aflyst, da Dansk Byggeri ikke havde kunnet få kontakt til virksomheden.

3F begærede herefter i brev af 6. marts 2019 til Dansk Byggeri sagen videreført til faglig voldgift.

Det er oplyst, at Kelukai i august 2019 er sat under tvangsopløsning.

5. Påstande og beregninger

Klager, 3F, har nedlagt påstand om, at Kelukai til 3F skal betale 1.455.639,67 kr. med procesrente fra indgivelse af klageskrift den 13. august 2019.

Indklagede, Dansk Byggeri for Kelukai, har nedlagt påstand om betaling af et af voldgiftsretten fastsat mindre beløb end påstået af 3F.

3F's beregning af påstandsbeløbet tager udgangspunkt i de fremlagte ugesedler for de enkelte medarbejdere indeholdende det daglige antal arbejdstimer. Det er af 3F lagt til grund, at timetallet er udtryk for det præsterede antal arbejdstimer. Det er endvidere lagt til grund, at medarbejderne for de præsterede timer har fået udbetalt den aftalte personlige timeløn på 125 kr.

Med baggrund i en antaget fordeling af den normale ugentlige arbejdstid på 37 timer med 7,5 timer om dagen mandag-torsdag og 7 timer fredag har 3F dag for dag, medarbejder for medarbejder, opgjort, hvad der efter overenskomsten har været af overarbejdstimer med henholdsvis 50 %- og 100 %-tillæg og dermed forbundne pauser, som arbejdsgiver skal betale ud over de præsterede arbejdstimer. Da der ikke foreligger dokumentation for betaling af tillæg for overarbejde, har 3F lagt til grund, at der ikke er sket betaling for overarbejde og de dermed forbundne pauser, som arbejdsgiver skal betale. Beregningen af tillægget for overarbejde er sket ud fra den personlige timeløn på 125 kr. Pausebetaling er beregnet ud fra overenskomstens minimaltimeløn på 121,90 kr., da Kelukai ikke har udbetalt løn for disse timer.

3F har anset medarbejderne for udsendt til arbejde mere end 110 km fra deres bopæl og har derfor for dage, hvor den enkelte medarbejder har været på arbejde, beregnet diæter med 696 kr. pr dag. Har der været en eller flere fridage, er der beregnet en betaling for køretid efter overenskomstens takst på 0,75 kr. pr. kilometer.

Da der ikke foreligger dokumentation for betaling af feriegodtgørelse, søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling eller pensionsbidrag har 3F endvidere for hver enkelt medarbejder foretaget en beregning af disse beløb.

Manglende feriegodtgørelse er beregnet som 12,5 % ud fra den ferieberettigede lønbetaling, hvori er indregnet den personlige timeløn for samtlige timer, den beregnede manglende overarbejds- og pausebetaling samt den beregnede køretidsbetaling. Manglende søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling er beregnet som 8,6 % på samme grundlag. Manglende pensions- og sundhedsbidrag er beregnet som 12,15 % af den beregnede ferieberettigede lønbetaling tillagt den beregnede feriegodtgørelse og den beregnede søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling.

Beløbene for de enkelte medarbejdere udgør sammenlagt påstandsbetøbet på 1.455.639,67 kr. Det er sammensat af:

- Manglende overarbejds- og pausebetaling 407.624,35 kr.

- Manglende feriegodtgørelse	177.701,05 kr.
- Manglende søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling	122.258,30 kr.
- Manglende pensions- og sundhedsbidragsbetaling	209.170,47 kr.
- Manglende køretidsbetaling	55.165,50 kr.
- Manglende betaling af diæter	483.720,00 kr.

Dansk Byggeri har ligeledes foretaget en beregning med udgangspunkt i ugesedlerne og en antagelse om, at medarbejderne har fået udbetalt 125 kr. for samtlige timer. Dansk Byggeri er uenig med 3F om nogle af de principper og antagelser, som er lagt til grund for 3F's beregninger, og er nået frem til et beløb på 696.442,85 kr. Dansk Byggeri mener således, at der ikke er grundlag for at lade diæter og køretidsbetaling indgå i beregningen af besparelsen for Kelukai. Dansk Byggeri mener, at besparelsen ved manglende betaling af overarbejdstillæg skal beregnes af overenskomstens minimaltimeløn og ikke af den personlige timeløn. Dansk Byggeri mener endvidere, at der ikke er grundlag for at lade pausebetaling indgå, idet pauserne må anses for afholdt og indeholdt i timetallene på ugesedlerne. Herved kommer Dansk Byggeri for manglende overarbejdsbetaling frem til et beløb på 312.801,45 kr. Som følge heraf og udeladelsen af køretidsbetaling bliver den ferieberettigede løn i Dansk Byggeris beregning mindre end i 3F's beregning, hvilket påvirker størrelsen af feriegodtgørelse, søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling samt pensionsbidrag. Om pensionsbidrag er det i øvrigt Dansk Byggeris opfattelse, at alene arbejdsgiverdelen på 8,15 % kan anses for sparet af Kelukai. Dansk Byggeri har beregnet de overenskomstmæssige tillæg (feriegodtgørelse, søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling samt pensionsbidrag) af overtiden til 93.770,39 kr. og af den faktisk udbetalte løn til 289.871,01 kr.

6. Opmandens begrundelse og resultat

6.1. Dansk Byggeri har med henvisning til, at Kelukai er taget under tvangsopløsning, anført, at 3F ikke har fornøden retlig interesse i at få fastslået et differencekrav. Dansk Byggeri har herved henvist til tilkendegivelse af 27. april 2016 i faglig voldgiftssag FV2016.0016, 3F mod Dansk Byggeri for Nisus Byg ApS under konkurs (Poul Sørensen). I den sag blev der ikke udmålt noget beløb med den begrundelse, at virksomheden var under konkurs, og at konkursboet ikke havde ønsket at indtræde i sagen.

Hertil bemærker opmanden, at Kelukai ikke er erklæret konkurs, men taget under tvangsopløsning, og det vides ikke, hvad tvangsopløsningsprocessen munder ud i. Den påberåbte arbejdsretlige praksis kan derfor ikke føre til manglende stillingtagen til det krav, som 3F har rejst.

6.2. Kelukai har under hele det fagretlige forløb valgt i strid med overenskomsten mellem 3F og Dansk Byggeri ikke at deltage i møder og bidrage til sagens oplysning, herunder fremlægge dokumentation for, hvad der er udbetalt til medarbejderne. På denne baggrund og efter de foreliggende oplysninger findes det ubetænkeligt at lægge til grund, at Kelukais medarbejdere for arbejdet på pladsen i Herlev har arbejdet som angivet i de ugesedler, som Z, som Kelukais medarbejdere blev udsendt til arbejde for, har godkendt og betalt Kelukai for, og at de i betaling alene har modtaget den timeløn på 125,00 kr., som fremgår af de fremlagte ansættelsesbeviser. Dette er da også lagt til grund for såvel 3F's som Dansk Byggeris beregninger.

6.3. 3F og Dansk Byggeri er enige om opgørelsen af antal overarbejdstimer med henholdsvis 50 %- og 100 %-tillæg. De er imidlertid uenige om, hvorvidt det ved opgørelsen af, hvad Kelukai efter Bygningsoverenskomsten mindst skulle have betalt, er overenskomstens minimaltimeløn eller den personlige timeløn, som skal anvendes.

I nogle kollektive overenskomster mellem Dansk Byggeri og 3F er det aftalt, at tillæg for overarbejde beregnes af overenskomstens mindstebetalingssats/minimalløn, således f.eks. i Bygge- og Anlægsoverenskomsten 2017, jf. dennes § 20, stk. 3, og i Murer- og murerarbejdsmandsoverenskomsten 2017, jf. dennes § 14, stk. 1. I Bygningsoverenskomsten er det imidlertid som nævnt aftalt, at tillæg for overarbejde skal beregnes af den personlige timeløn, jf. Bygningsoverenskomstens § 21, stk. 6.

Det følger herefter af fagretlig praksis, jf. tilkendegivelse af 21. januar 2015 i faglig voldgiftssag FV2015.0178, 3F og Dansk Byggeri for NH Bemanding IvS (Poul Sørensen) og kendelse af 1. februar 2019 i faglig voldgiftssag FV2018.0060, 3F mod Dansk Byggeri for K2 Leseni (Poul Søgaard), at det ved opgørelsen af, hvad virksomheden mindst skulle have betalt i tillæg for

overarbejde, er den faktisk udbetalte personlige timeløn, som finder anvendelse, når denne er højere end overenskomstens minimaltimeløn.

6.4. 3F og Dansk Byggeri er uenige om, hvorvidt de arbejdsgiverbetalte pauser i forbindelse med overarbejde skal indgå i opgørelsen.

Z har under den fagretlige behandling udleveret de ugesedler, som medarbejderne udsendt af Kelukai har udfyldt uge for uge med et dagligt timetal, og som Z har godkendt. Z ses ikke under den fagretlige behandling at være anmodet om at oplyse, om timetallet er det faktisk præsterede antal arbejdstimer excl. alle pauser eller det antal timer, som medarbejderne efter overenskomsten skal aflønnes for, dvs. excl. selvbetalte, men incl. arbejdsgiverbetalte pauser. Der er heller ikke under sagen fremkommet oplysninger, som giver grundlag for en formodning om det ene eller andet.

På denne baggrund er der ikke fornødent grundlag for at lade betaling for de overenskomstforeskrevne, arbejdsgiverbetalte pauser indgå i opgørelsen.

6.5. 3F og Dansk Byggeri er uenige om, hvorvidt de ansattes andel af pensionsbidraget på 4 % skal indgå i opgørelsen.

3F har ved opgørelsen lagt til grund, at medarbejderne har fået udbetalt 125 kr. pr. arbejdstime. Det må da også efter opmandens opfattelse, når der ikke er dokumenteret nogen indbetaling af pensionsbidrag som aftalt i overenskomsten, have formodningen mod sig, at Kelukai skulle have tilbageholdt medarbejderens andel af pensionsbidraget.

Når der ikke er grundlag for at anse medarbejderens andel af pensionsbidraget for fratrukket dennes antagne faktisk udbetalte løn, kan Kelukais besparelse ved ikke at indbetale pensionsbidrag som aftalt i overenskomsten alene angå virksomhedens andel, hvilket da også er fast antaget i faglig voldgiftspraksis, jf. bl.a. tilkendegivelse af 24. oktober 2018 i faglig voldgiftssag FV2018.0064, 3F og Dansk Byggeri for Kaefer ESG GmbH (Poul Søgaard) og

kendelse af 7. maj 2019 i faglig voldgiftssag FV2019.0039, 3F mod Dansk Byggeri for Dansk Tagteknik A/S (Jytte Scharling).

6.6. Det lægges til grund, at de pågældende medarbejdere har deres hjem i Litauen. Det har formodningen mod sig, jf. herved kendelse af 29. december 2006 i en faglig voldgiftssag mellem Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark, nu 3F, og Dansk Byggeri for Lindner Project Danmark ApS (Børge Dahl), og kendelse af 28. maj 2008 i en faglig voldgiftssag mellem Forbundet Træ-Industri-Byg i Danmark, nu 3F, og Dansk Byggeri for Adecco A/S (Børge Dahl), at de er blevet ansat af Kelukai under sådanne særlige omstændigheder, at de må anses for udsendt af Kelukai i Bygningsoverenskomstens § 31's forstand. De manglende oplysninger om, hvor medarbejderne boede under arbejdet på pladsen i Herlev, kan ikke begrunde et krav baseret på en antagelse om, at de har boet i nærheden af virksomhedens adresse i Jylland. Der er herefter ikke fornødent grundlag for at anse Kelukai for forpligtet til betaling af diæter og køretid efter overenskomstens § 31.

6.7. Efter det anførte er der fornødent grundlag for at fastsætte et differencekrav.

Dansk Byggeris opgørelse fører til et lidt for lavt beløb, da overarbejdsbetalingen er beregnet ud fra overenskomstens minimalløn.

3F's opgørelse fører til noget for stort beløb, idet kravet som nævnt ikke kan omfatte betaling for køretid og diæter. Posterne på 55.165,00 kr. og 483.720,00 kr. udgår således af opgørelsen. Kravet kan endvidere som nævnt ikke omfatte betaling for de overenskomstforeskrevne, arbejdsgiverbetalte pauser i forbindelse med overarbejde. Da køretidsbeløbet på 55.165,00 kr. og pausebetaling er indgået i opgørelsen af den ferieberettigede løn, bliver posterne feriegodtgørelse, søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling samt pensionsbidrag tilsvarende for høje med de relevante procentdele. Hertil kommer, at beregningen af sparet pensions- og sundhedsbidrag med en procent på 12,15 som nævnt rettelig har skullet ske med en procent på 8,15.

Samlet indebærer dette, at differencekravet passende kan fastsættes til 725.000 kr.

Thi bestemmes:

Kelukai IvS skal til Fagligt Fælles Forbund inden 14 dage betale 725.000 kr. med procesrente fra den 13. august 2019.

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

Børge Dahl