

## **PROTOKOLLAT**

med tilkendegivelse af 22. januar 2019

i

faglig voldgiftssag (FV2018.0052):

HK Privat og PROSA

(advokat Jeppe Wahl-Brink)

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

for

Tech Mahindra filial af Tech Mahindra Limited, Indien

(procedør Michaela Strand)

Der er under denne sag tvist om forståelsen af protokollatet til parternes overenskomst vedrørende overenskomstens dækningsområde særligt i relation til udenlandske medarbejdere.

Da der ikke har kunnet opnås enighed mellem parterne, er sagen indbragt for denne voldgiftsret bestående af faglig sekretær Monica Hovgaard og advokat Helle Hjorth Bentz, begge udpeget af klager, chefkonsulent, advokat Steffen Kjøller Houlinde og souschef, advokat Marianne Bækgaard Nielsen, begge udpeget af indklagede, samt som opmand højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen.

Sagen blev forhandlet den 22. januar 2019, hvor HK og PROSA var repræsenteret ved advokat Jeppe Wahl-Brink og Dansk Erhverv Arbejdsgiver ved jurist Michaela Strand.

HK og PROSA nedlagde følgende påstande:

1. Indklagede, Tech Mahindra, tilpligtes at anerkende, at fællesoverenskomstens dækningsområde i § 1 er begrænset i forhold til udstationeringsbegrebet i udstationeringsloven, jf. formuleringen "helt midlertidig".
2. Indklagede, Tech Mahindra, tilpligtes at anerkende, at "helt midlertidig" periode i fællesoverenskomstens § 1 ikke kan overstige en periode på 6 måneder, subsidiært en periode efter rettens skøn.

Dansk Erhverv Arbejdsgiver nedlagde påstand om frifindelse samt påstand om, at klagerne skal tilpligtes at anerkende, at fællesoverenskomstens udstationeringsbegreb er sammenfaldende med udstationeringsbegrebet i udstationeringslovens § 3.

Der blev afgivet forklaring af A, B, faglig sekretær i HK C, faglig sekretær i PROSA D og advokat E, hvorpå sagen blev procederet.

Der blev ikke opnået flertal for en afgørelse blandt de af parterne valgte medlemmer, og afgørelsen blev herefter overladt til opmanden, som på den nedenfor anførte baggrund fremkom med den herefter anførte tilkendegivelse.

#### *Sagens baggrund og overenskomstgrundlaget*

Tech Mahindra er en stor indisk IT-virksomhed, som driver virksomhed på verdensplan. Ved virksomhedens etablering i Danmark i efteråret 2015 overtog den en afdeling med ca. 60 medarbejdere fra det danske IT-selskab KMD.

Der var fra december 2015 til marts 2016 intense forhandlinger mellem Tech Mahindra på den ene side og HK Privat og PROSA på den anden side om indgåelse af en overenskomst.

I fagforeningernes første udkast til overenskomst fra december 2015 var § 1 formuleret således, at overenskomsten omfattede samtlige funktionærer i Tech Mahindra bortset fra ledere med ledelsesmæssige beføjelser eller beføjelser til i væsentlig grad at disponere på virksomhedens vegne.

Tech Mahindra ønskede, at der i § 1 om overenskomstens dækningsområde også blev indsat en bestemmelse om, at overenskomsten ikke omfattede medarbejdere, som er udstationeret til Tech Mahindra, og som er omfattet af udstationeringsloven.

I forlængelse af stedfundne drøftelser om overenskomstens anvendelse på udstationerede medarbejdere fremsendte advokat E, som repræsenterede Tech Mahindra, ved mail af 10. februar 2016 et udkast, hvori der i § 1 om overenskomstens dækningsområde var anført følgende vedrørende udstationerede medarbejdere, hvilket svarer til teksten i den endeligt vedtagne overenskomst:

”Hvad angår medarbejdere udstationeret til Tech Mahindra henvises til protokollat vedrørende forståelsen af overenskomstens dækningsområde særligt i relation til udenlandske medarbejdere.”

Med udkastet fulgte et udkast til ”Protokollat vedrørende forståelsen af overenskomstens dækningsområde særligt i relation til udenlandske medarbejdere”, hvori bl.a. var anført følgende:

”Parterne er enige om, at udstationerede medarbejdere ansat i Tech Mahindra filial af Tech Mahindra limited, Indien, CVR nr. 29182361 (herefter ”Tech Mahindra”) og omfattet af udstationeringsloven, ikke er omfattet af nærværende overenskomst. Øvrige medarbejdere, herunder også udenlandske medarbejdere der ansættes i Tech Mahindra til at udføre arbejde i Danmark er derimod omfattet af overenskomsten.

Ved udstationerede medarbejdere forstås medarbejdere, som sædvanligvis udfører sit arbejde i et andet land end Danmark, og som midlertidigt udfører arbejde i Danmark, jf. udstationeringslovens § 3.”

Denne formulering gik igen i et udkast, som advokat E fremsendte den 25. februar 2016. Dette udkast indeholdt afslutningsvis følgende tilføjelse: ”Nærværende protokollat kan udbygges og uddybes parterne imellem i overenskomstperioden. Enhver ændring kræver enighed.”

Som svar på advokat E's mail af 25. februar 2016 anførtes senere samme dag i en mail fra C bl.a. følgende:

”Hej E, så har jeg tilrettet dit forslag. Jeg tror vi har været rundt om første afsnit et par gange. Skal vi være tydeligere, skal vi klarlægge begrebet ”udstationerede i alle detaljer. Alternativet hertil er et nyt konfliktvarsel for denne gruppe, det kan ingen være tjent med.

Vi ønsker ikke at stille Tech Mahindra hverken dårligere eller mere gunstigt end andre IT virksomheder. Eftermiddagens drøftelser efterlader mig i en stærk uvished om rækkevidden af dit forslag. Jeg kender ikke til fortilfælde og kan konstatere at alle andre IT virksomheder som ex. TATA og CSC lever fint med deres fortolkningsfortrin og vores ret til at anfægte dette.

Så en grundregel om at udstationerede i alle tilfælde – uden nærmere definition, længde og grænser dur ikke.”

Den 26. februar 2016 sendte advokat E herefter et nyt overenskomstudkast med et udkast til protokollattekst, som efter rettelse var sålydende:

”Parterne er enige om, at udstationerede medarbejdere ansat i Tech Mahindra filial af Tech Mahindra limited, Indien, CVR nr. 29182361 (herefter ”Tech Mahindra”), ikke er omfattet af nærværende overenskomst.

Parterne er enige om, at de udstationerede medarbejders løn- og ansættelsesvilkår skal være på samme samlede niveau, som det, der tilflyder de medarbejdere, som er omfattet af overenskomsten.

Ved udstationerede medarbejdere forstås medarbejdere, som sædvanligvis udfører sit arbejde i et andet land end Danmark, og som midlertidigt udfører arbejde i Danmark, jf. udstationeringslovens § 3.

Udstationerede medarbejdere arbejder ofte i Danmark på grundlag af en arbejdstilladelse, og vil dermed være omfattet af udlændingeloven. Det følger af reglerne herom, at arbejdet skal ske på sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår. Dette kontrolleres af de relevante myndigheder i forbindelse med ansøgningen om arbejdstilladelsen.

Der er enighed om, at det for udenlandske medarbejdere kan være hensigtsmæssigt, at Tech Mahindra sørger for bolig, transport mv. for medarbejderne under opholdet i Danmark. Såfremt Tech Mahindra indgår sådanne frivillige aftaler med sine udenlandske medarbejdere, er der enighed mellem parterne om det naturlige i, at betalingen indgår i opgørelsen af sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår.

Parterne er enige om at udbygge og uddybe nærværende protokollat og tydeliggøre udstationeringsbegrebet og definitionen af ”midlertidigt arbejde”. Dette arbejde skal være afsluttet senest 1. maj 2016.

Såfremt der i perioden ikke kan opnås enighed om forandringer, følger de almindelige fortolkningsregler på området og kan behandles fagretligt.”

I mails af 28. og 29. februar 2016 fra C til advokat E er anført bl.a. følgende:

”Hej E, vi har et bud, men afventer fortsat en tilbagemelding fra LO’s sagkyndige på området. Jeg håber det lykkes at få et svar i morgen tidlig, hvorefter jeg sender det.”

”Hej E, så har jeg vedhæftet et udkast hvor jeg har indskrevet det tidligere fremsendte protokollat ang. udstationerede medarbejdere, tilrettet konfliktbegrænsningen således at VITAL IT drift er undtaget, samt tilrettet § 24, ...”

Mailen af 29. februar 2016 var bl.a. vedhæftet et udkast til protokollat vedrørende forståelsen af overenskomstens dækningsområde særligt i relation til udenlandske medarbejdere indeholdende diverse tilføjelser i forhold til udkastet fra 26. februar 2016, herunder i protokollatets første og tredje afsnit. Disse ændringer var ikke kommenteret i mailen.

Overenskomsten blev – som forud planlagt – underskrevet af parterne den 1. marts 2016. Der var ikke ændringer eller kommentarer til det tilrettede protokollat fremsendt dagen forinden, og det endelige protokollat er herefter sålydende:

”Parterne er enige om, at udstationerede medarbejdere ansat i Tech Mahindra filial af Tech Mahindra limited, Indien, CVR nr. 29182361 (herefter ”Tech Mahindra”), ikke er omfattet af nærværende overenskomst, hvis de har ansættelse i Danmark i en helt midlertidig periode.

Parterne er enige om, at de udstationerede medarbejderes løn- og ansættelsesvilkår skal være på samme samlede niveau, som det, der tilflyder de medarbejdere, som er omfattet af overenskomsten.

Ved udstationerede medarbejdere forstås medarbejdere, som sædvanligvis udfører sit arbejde i et andet land end Danmark, og som helt midlertidigt udfører arbejde i Danmark, jf. udstationeringslovens § 3.

Udstationerede medarbejdere arbejder ofte i Danmark på grundlag en arbejdstilladelse, og vil dermed være omfattet af udlændingeloven.

Det følger af reglerne herom, at arbejdet skal ske på sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår.

Dette kontrolleres af de relevante myndigheder i forbindelse med ansøgningen om arbejdstilladelsen.

Der er enighed om, at det for udenlandske medarbejdere kan være hensigtsmæssigt, at Tech Mahindra sørger for bolig, transport mv. for medarbejderne under opholdet i Danmark. Såfremt Tech Mahindra indgår sådanne frivillige aftaler med sine udenlandske medarbejdere, er der enighed mellem parterne om det naturlige i, at betalingen indgår i opgørelsen af sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår.

Parterne er enige om, at udstationerede medarbejdere, der er friholdt af nærværende overenskomst indrømmes ret til at lade sig repræsentere af tillidsrepræsentanterne valgt på Tech Mahindra, Danmark.

Tillidsrepræsentanterne orienteres om til- og afgang af udstationerede medarbejdere.

Parterne er enige om at udbygge og uddybe nærværende protokollat og tydeliggøre udstationeringsbegrebet og definitionen af ”midlertidigt arbejde”. Dette arbejde skal være afsluttet senest 1. maj 2016.

Såfremt der i perioden ikke kan opnås enighed om forandringer, følger de almindelige fortolkningsregler på området og kan behandles fagretligt.”

Af et supplerende protokollat underskrevet af parterne den 20. december 2016 fremgår, at parterne har drøftet vilkår for udenlandske medarbejdere ved separate møder i november og december 2016, men at parterne ikke kunne blive enige om en yderligere uddybning af protokollatet.

#### *Retsgrundlaget:*

Udstationeringsloven er bl.a. sålydende:

”§ 3. Ved en i Danmark udstationeret lønmodtager forstås en lønmodtager, som sædvanligvis udfører sit arbejde i et andet land end Danmark, og som midlertidigt udfører arbejde i Danmark.

§ 4. En virksomhed anses for at udstationere lønmodtagere til Danmark i følgende situationer:

1. Når virksomheden for egen regning og under egen ledelse udstationerer en lønmodtager i forbindelse med udførelse af en tjenesteydelse for en modtager af denne i Danmark.
2. Når virksomheden udstationerer en lønmodtager på et forretningssted, i en virksomhed inden for samme koncern eller i en virksomhed, der på lignende måde har tilknytning til den virksomhed, der foretager udstationeringen.
3. Når virksomheden i sin egenskab af vikarbureau eller anden virksomhed, der stiller lønmodtagere til rådighed, udstationerer en lønmodtager i en brugervirksomhed.

*Stk. 2.* Det er en betingelse for, at en udstationering er omfattet af stk. 1, at der består et ansættelsesforhold mellem lønmodtageren og den udstationerende virksomhed eller en anden virksomhed, der har stillet lønmodtageren til rådighed for den udstationerende virksomhed.

*Stk. 3.* Det er ligeledes en betingelse for, at en udstationering er omfattet af stk. 1, at den pågældende udstationerende virksomhed er reelt etableret i etableringslandet og således har andre væsentlige aktiviteter i etableringslandet end udelukkende intern forvaltning eller administrative aktiviteter.”

#### *Parternes argumentation*

*Klagerne* har anført navnlig, at overenskomstparterne udtrykkeligt har aftalt et udstationeringsbegreb, som er mere begrænset end udstationeringsbegrebet i udstationeringslovens § 3. Protokollatets endelige ordlyd afviger klart fra de tidligere udkast, og det har formodningen imod sig, at der med den ændrede formulering ikke skulle være tilsigtet nogen substantiel ændring. Formuleringen om, at der skal være tale om en ”helt midlertidig” periode fører såvel ud fra en ordlyds- som en formålsfortolkning til, at der er aftalt en begrænsning af udstationeringslovens periodebegreb. Også den aftalte forhandlingsklausul taler for, at man har aftalt et andet periodebegreb end udstationeringslovens, hvilket man efterfølgende skulle mødes om og fastlægge indholdet af. Der er endvidere tale om en undtagelse til en overenskomst, som skal fortolkes snævert, og det har formodningen imod sig, at lønmodtagersiden skulle have været indstillet på at indgå overenskomst på vilkår, der udelukker en stor del af virksomhedens medarbejdere fra overenskomstens dækningsområde.

*Indklagede* har anført navnlig, at der i protokollatet er henvist til udstationeringslovens § 3, og at parterne dermed har aftalt, at det er udstationeringslovens udstationeringsbegreb, som er afgørende for, om en udstationeret medarbejder falder uden for overenskomstens dækningsområde. Dette ændres ikke af, at klagerne – dagen før overenskomstens underskrivelse – har fået indsat ”helt” foran ”midlertidig(t)”, da der i protokollatet fortsat er henvist til udstationeringslovens § 3, ligesom protokollatets forhandlingsklausul angår fastlæggelse af definitionen på ”midlertidig arbejde”. Klagerens tilføjelse umiddelbart inden underskrivelsen af ordet ”helt” indebar, at teksten blev uklar og tvetydig, uden at klagerne sikrede sig, at der var en fælles forståelse omkring, hvad tilføjelsen betød.

Denne uklarhed og tvetydighed må komme klagerne til skade, således at indklagedes opfattelse lægges til grund for afgørelsen, jf. f.eks. Mogens Hornslet, Faglig Voldgift, 2008, s. 64, pkt. 2.2.2.4. Det følger endvidere af fast arbejdsretlig praksis, at der kræves klare holdepunkter i en overenskomst for at fortolke overenskomsten som hjemlende en anden ordning end den, som følger af lovgivningen – her udstationeringsloven – og sådanne holdepunkter foreligger ikke.

*Opmandens tilkendegivelse:*

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at den indklagede virksomhed under hele forhandlingsforløbet har fastholdt, at udstationerede medarbejdere omfattet af udstationeringsloven ikke skulle være omfattet af overenskomstens dækningsområde. Det lægges samtidig til grund, at parterne så forskelligt på udstationeringsbegrebet, men at de, da det hastede med at få overenskomsten underskrevet, var enige om efterfølgende at fortsætte deres drøftelser om at udbygge og uddybe protokollatet med henblik på at tydeliggøre udstationeringsbegrebet.

Spørgsmålet er, om der med de ændringer i protokollatets afsnit 1 og 3, som på klagernes foranledning blev indsat dagen før overenskomstens underskrivelse, er opnået enighed mellem parterne om, at udstationerede medarbejdere vel undtages fra overenskomstens dækningsområde, men afgrænset efter et andet udstationeringsbegreb end udstationeringslovens.

Det er ikke i C's mail af 29. februar 2016 nærmere begrundet, hvorfor klagerne ønskede at få indsat "helt" foran "midlertidig" ved beskrivelsen af den periode, hvori en udstationeret udfører arbejde i Danmark, og det fremgår således ikke, hvilken indholdsmæssig betydning klagerne tillagde indsættelsen af netop dette ord. Udsagnet "midlertidigt udfører arbejde i Danmark" er upræcist, men det er udsagnet "helt midlertidigt udfører arbejde i Danmark" også. Det styrende for begrebsfastsættelsen i protokollatet må derfor anses for at være henvisningen til udstationeringslovens § 3, som dermed må anses for at afgøre, hvornår en medarbejder anses for udstationeret, hvis parterne ikke kan blive enige om andet. Indsættelsen af "helt" foran "midlertidigt" kan ikke i sig selv føre til en anden forståelse af protokollatet. Denne forståelse understøttes endvidere af, at næstsidste afsnit i det endelige protokollat ikke angår forståelsen af "helt midlertidigt", men uændret fastslår, at parterne "er enige om at udbygge og uddybe nærværende protokollat og tydeliggøre udstationeringsbegrebet og definitionen af "midlertidigt arbejde"". Det kan ikke føre til et andet resultat, at parternes efterfølgende drøftelser herom endte uden, at parterne kunne blive enige om en yderligere udbygning af protokollatet.

Det følger af det anførte, at indklagede skal frifindes for klageres påstande, og at der skal gives indklagede medhold i den selvstændige påstand.

Parterne var enige om at tage denne tilkendegivelse til efterretning med samme virkning som en kendelse i sagen. Der var endvidere enighed om, at parterne hver især bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmanden.

Sagen sluttet.

København, den 29. januar 2019

Lene Pagter Kristensen