

Kendelse afsagt den 3. december 2019

i

faglig voldgift

(FV2019.0100)

Fagligt Fælles Forbund

(Michael Severinsen)

mod

Dansk Byggeri

for

X

(Michelle Mai Olofsen)

Twisten

Uoverensstemmelsen angår, om indklagede, X, har anvendt indlejet arbejdskraft, og om de omfattede medarbejdere har modtaget overenskomstmæssig løn mv.

Påstande

Klager, Fagligt Fælles Forbund, har nedlagt påstand om, at indklagede, X, til 3F skal betale 1.872.258,56 kr. med procesrente fra klageskriftets indgivelse den 30. september 2019.

Indklagede, Dansk Byggeri for X, har påstået frifindelse.

Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 28. oktober 2019 for en faglig voldgiftsret med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: Keld Jensen og Michael Severinsen

Udpeget af indklagede: Anja Bülow Jensen og Michelle Mai Olofsen.

Som opmand er udpeget undertegnede fhv. højesteretsdommer Jytte Scharling.

Der er afgivet forklaring af A, B og C.

Sagen blev fra klagers side procederet af Michael Severinsen og fra indklagedes side af Michelle Mai Olofsen.

Efter forhandling og votering kunne der ikke blandt de af parterne udpegede medlemmer af voldgiftsretten opnås enighed om eller flertal for en afgørelse. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 1, 2. pkt.

De partsudpegede medlemmer erklærede sig indforstået med, at kendelse kan afsiges uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringer og procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

Baggrunden for sagen

Sagen omhandler opstilling af gasbeton på to byggepladser, byggeplads 1 og 2.

Efter at det var konstateret, at der arbejdede en række lettiske medarbejdere på pladsen, blev der efter klagers begæring afholdt 48-timers møde vedrørende byggeplads 1 den 20. november 2018. På mødet deltog D for X. Han oplyste, at X var underentreprenør for Y, og at Z var underentreprenør for X. Z var ikke repræsenteret på mødet, idet det var oplyst, at direktøren var i udlandet. Der blev forevist lønsedler fra henholdsvis Z og Æ, der har samme adresse og samme CVR-nummer. Lønsedlerne vedrører perioden september og oktober 2018. Efterfølgende har X fremsendt kopi af entrepriseaftale mellem X og Æ vedrørende montering af porebetonvægge i 18 almene familieboliger. Det fremgår af kontrakten, at det er aftalt, at der ikke stilles sikkerhed, men

tilbagehold, og at Æ sender acontobegæring 1 gang om måneden. Æ har tegnet tiltrædelsesoverenskomst med 3F den 28. november 2018.

På 48-timersmøde og efterfølgende organisationsmægling gjorde klager gældende, at Æ var et vikarbureau, og at X havde indlejet medarbejdere fra Æ. D bestred, at X havde udøvet ledelsesretten på pladsen.

Byggeplads 2

Der blev holdt organisationsmøde den 20. marts 2019 med deltagelse af D for X. I anmodningen om mødet anførte 3F, at de ved besøg på pladsen havde fået oplyst bl.a., at hovedentreprenør var Dansk Byggeri, der oplyste, at X som underentreprenør havde udført arbejde på pladsen fra begyndelsen af maj 2018 med forskellige underentreprenører, herunder med Z i et vikarlignende forhold fra den 20. november 2018. Der havde været skiftende bemanning, i perioder op til 13 medarbejdere. Virksomhederne var udeblevet fra pladsen pr. den 1. marts 2019.

På organisationsmødet oplyste D, at X stod for garantistillelsen af deres entreprise, samt at X ikke havde forestået ledelsen af virksomhedens underentreprenører. Der fremlagdes en række ansættelsesbeviser mellem medarbejdere og Æ, hvori beskæftigelsen er angivet som murerarbejdsmand.

Forklaringer mv.

X har ikke reageret på henvendelser fra Dansk Byggeri under forberedelsen af voldgiftsforhandlingen og har ikke givet møde ved forhandlingen.

Z er under konkurs.

A har forklaret bl.a., at han har arbejdet på en arbejdsplads i området ved byggeplads 1 og senere på byggeplads 2. Han opmurede gasbeton. Han arbejdede på egen hånd med at færdiggøre et arbejde, andre havde påbegyndt. Han arbejdede for D. Da han begyndte arbejdet, fik han en ansættelseskontrakt. I ansættelseskontrakten er Z anført som arbejdsgiver. Det er også Z, der er anført som arbejdsgiver på hans lønsedler. Han fik både ansættelseskontrakt og lønsedler af D. Det var D, der fortalte ham, hvad han skulle lave. D bestemte alt. Han har ikke haft kontakt med nogen fra Z og har ikke udført andet arbejde for denne virksomhed. Han sendte timesedler og skulle melde sig syg til D. "D is my boss". Da Z lukkede, kørte Malernes Fagforening en sag for ham ved Lønmodtagernes Garantifond.

Der er under voldgiftsforhandlingen fremlagt screendumps fra A's mobiltelefon. Det fremgår heraf, at A den 9. februar 2019 sendte en besked om sygefravær til telefonnummer xx xx xx xx, der er registreret til D, samt at han til samme telefonnummer flere gange har sendt timeopgørelser. Der er endvidere fremlagt kopi af en mail, hvorved A sender timesedler til Bogholderi@xxxxx.dk. I timesedlerne er arbejdstiden typisk anført som 7-17, med 9,5 timers arbejde og arbejdspladserne som byggeplads 1, og byggeplads 2.

B har forklaret bl.a., at hun er ansat som tolk ved BJMF. BJMF fik en henvendelse fra nogle lettiske arbejdere, der havde arbejdet for D. De fortalte, at de var blevet smidt ud fra den bolig, de havde fået anvist, og at de ikke havde fået løn for den sidste uge. Hun holdt møde med to af

medarbejderne, E og F. C nedskrev deres forklaringer på dansk. Hun oversatte mundtligt forklaringerne til russisk og forklaringerne blev herefter underskrevet af de pågældende. De henviste begge til D, som deres chef. De talte ikke om, hvorvidt der blev holdt pauser under arbejdet.

C har forklaret bl.a., at han er faglig sekretær i BJMF, Københavnsafdelingen. Afdelingen fik en henvendelse fra nogle lettiske arbejdere. De medbragte lønsedler fra Z, hvorefter der skulle være trukket skat. En medarbejder havde NemID og havde prøvet at logge ind på SKAT, men kunne ikke se, at der var indbetalt skat. Han og B kørte ud til byggeplads 1. På pladsen traf de nogle lettiske arbejdere, der imidlertid ikke ville tale med dem. På daværende tidspunkt var Z/Æ ikke overenskomstdækket. Virksomheden underskrev senere en tiltrædelsesoverenskomst. På et efterfølgende 48-timersmøde deltog D. Han oplyste, at Z arbejdede som underentreprenør for X og fremsendte efterfølgende en entreprisekontrakt.

Efterfølgende fik afdelingen en henvendelse fra nogle af de lettiske arbejdere, der var blevet sat ud af deres bolig og ikke havde fået løn. Arbejderne refererede hele tiden til D som den, der styrede tingene og også havde med deres bolig at gøre. På et 48-timersmøde den 3. december 2018 mellem X og 3F deltog D, der fastholdt, at arbejdet var udført af Z som underentreprenør. 3F gjorde gældende, at X havde indlejet medarbejdere fra Æ. D fastholdt sit standpunkt på det efterfølgende organisationsmødelingsmøde den 26. februar 2019. 3F opfordrede X til at fremsende oplysning om entreprisenum og fakturerede beløb. X har ikke efterkommet denne opfordring.

Det fremgår samstemmende af erklæringerne fra E og F, at de var ansat hos Z. Den aftalte timeløn var 125 kr. Arbejdstiden var mandag til fredag 9 timer, lørdag 6 timer.

Af erklæringen vedrørende E's forklaring fremgår videre, at han blev ansat hos Z i maj 2018, men altid som underentreprenør for D. Han stoppede arbejdet i begyndelsen af februar 2019, da lønnen udeblev. Han fik i starten pr. måned overført 2300 euro til en lettisk konto og udbetalt 1500 danske kroner kontant. Efter ca. 5 måneder fik han blot overført 2300 euro, dog trukket for fravær. Sidste løn var 10.558 danske kroner udbetalt i starten af februar og dækkende løn for hele december og januar.

Af erklæringen vedrørende F's forklaring fremgår videre, at han blev ansat hos Z den 12. oktober 2018. Han stoppede arbejdet den 10. februar 2019, fordi lønnen ikke var kommet til tiden. I den periode, han var ansat, var der i starten ca. 25 mand ansat fra Letland. Efter nytår var de 11 tilbage. Han fik en ugeløn på 550 euro, der blev overført til en vens konto i Letland. Han har primært arbejdet på byggeplads 1 og 2. Han var ansat hos Z på papiret, men altid som underentreprenør hos D.

Opgørelsen af kravet

Klager har opgjort kravet med udgangspunkt i, at medarbejderne har arbejdet 9 timer dagligt mandag til fredag og 6 timer lørdag. Der er rejst krav om mindstetimelønnen med overenskomstmæssig overtidsbetaling og tillæg af feriepenge, SH/feriefridagsbetaling samt arbejdsgiverbidraget til pension, og modregnet en udbetaling pr. medarbejder på 2300 euro og 1500

danske kroner pr. måned. For byggeplads 1 er arbejdets omfang skønnet til 3 måneder med 5 medarbejdere, svarende til 15 mandemåneder á 29.254,04 kr., eller i alt 438.810,60 kr., og for byggeplads 2 til en byggeperiode på 7 måneder med i gennemsnit 7 medarbejdere, svarende til i alt 49 mandemåneder á 29.254,04 kr., eller i alt 1.433.447,96 kr. Samlet krav herefter 1.872.258,56 kr.

Overenskomstgrundlaget mv.

Overenskomst 2017 for murer- og murerarbejdsmandsarbejde mellem Dansk Byggeri og Fagligt Fælles Forbund indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 4 Gensidige forpligtelser

...

4. To eller flere virksomheder kan kun samarbejde på et stykke arbejde, hvis der foreligger et reelt forretningsforhold. Herfra dog undtaget arbejder, hvor en underentreprenør eller et specialfirma alene antager murersvende og murerlever (ved arbejde med gipspuds m.v. dog murersvende, murerlever og murerarbejds mænd jf. priskurantens afsnit VI P) til arbejdets udførelse.

...

§ 70 Udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsforhold

Indledende bestemmelser

1. Bestemmelsernes formål er at sikre overenskomstmæssige vilkår. Bestemmelserne kan ikke benyttes til at kræve lønoplysninger udleveret med henblik på en overordnet belysning af lønforholdene i virksomheden.
2. Overenskomstparterne er enige om, at alt arbejde inden for bygge- og anlægsbranchen i Danmark bør foregå på overenskomstmæssige vilkår, hvorved medarbejdernes løn, arbejdstid og arbejdsvilkår i øvrigt sikres.

...

Organisationsmøde

6. Hvis forbundet påviser omstændigheder, som giver anledning til at formode, at overenskomstens bestemmelser ikke bliver overholdt, f.eks. hvis forbundet forgæves har forsøgt at komme i kontakt med virksomheden rettes der omgående henvendelse til Dansk Byggeri. Tilsvarende retter Dansk Byggeri omgående henvendelse til forbundet.
7. Sådanne henvendelser skal resultere i et omgående organisationsmøde mellem overenskomstparterne. Ud over overenskomst-parterne deltager hvervgiver og den udførende underentreprenør. Mødet afholdes på byggepladsen inden 48 timer medmindre andet aftales.
8. Alle relevante baggrundsoplysninger fremlægges på organisationsmødet. På organisationsmødet påhviler det underentreprenøren at bevise, at overenskomstens bestemmelser overholdes.

...

§ 79 Vikararbejde

Vikarbureauet er 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 arbejdsfunktionen bestående lokalaftaler og kutyper.

Vikarbureauet er ikke medlem Dansk Byggeri

3. Parterne er enige om, at overenskomsterne mellem de berørte organisationer er områdeoverenskomster. 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 medarbejder, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret.

4. Dansk Byggeri tilkendegiver, at overenskomsterne finder anvendelse for de medarbejdere, der udsendes af et vikarbureau til at arbejde inden for overenskomsternes faglige gyldighedsområde i den tidsperiode, vikararbejdet strækker sig over.

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.

Medlemsvirksomheden må i sin aftale med vikarbureauet sikre sig, at vikarbureauet 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 Pension Danmark, såfremt vikarbureauet er medlem af en anden DA-medlemsorganisation og derigennem er omfattet af en overenskomstmæssig pensionsordning.

...

§ 80 Omgåelse af overenskomsten

1. Der er mellem parterne enighed om, at det kan betragtes som en omgåelse af overenskomsten, hvis selvstændige erhvervsvirksomheder udfører et bestemt angivet arbejde i et medarbejderlignende ansættelsesforhold (såkaldte ”arme og ben virksomheder”).

2. Det betragtes dog ikke som en omgåelse af overenskomsten, når to eller flere virksomheder i et reelt forretningsforhold indgår aftale om et bestemt angivet arbejde, eller hvor en underentreprenør eller et specialfirma antager medarbejdere til at udføre arbejdet.

3. Uoverensstemmelser om hvorvidt der er tale om en omgåelse af overenskomsten kan behandles i henhold til de fagretlige regler.

4. Ved bedømmelsen af, om der er tale om en omgåelse af overenskomstens bestemmelser, indgår det som en vejledning, om den selvstændige

- udøver ledelsesretten ved udførelsen af arbejdet
- er ansvarlig for arbejdets kvalitet
- er økonomisk ansvarlig
- bærer den økonomiske risiko ved arbejdet”

Parternes hovedsynspunkter

Klager har anført navnlig, at de medarbejdere, der har været beskæftiget med murer- og murerarbejdsmandsarbejde på pladserne 1 og 2, har været indlejet arbejdskraft til X. Det har derfor påhvilet X at sørge for at der betales korrekt i henhold til overenskomsten, jf. herved overenskomstens § 79. Klagers krav er rejst på baggrund af overenskomstens § 4, stk. 4, hvorefter der skal være et reelt forretningsforhold mellem to virksomheder. Z må anses som et vikarbureau. Den fremlagte entrepriseaftale angiver ikke en klart defineret opgave. Trods opfordring har

indklagede ikke fremlagt fakturaer for eventuelle fakturerede beløb i henhold til entrepriseaftalen. Denne må derfor anses for at være udfærdiget for at omgå de overenskomstmæssige forpligtelser. Der er ikke forevist entreprisekontrakt vedrørende byggeplads 2. Der foreligger således ikke et reelt forretningsforhold, og indklagede har dermed omgået overenskomsten, jf. § 80. Det fremgår af medarbejdernes oplysninger, at ledelsesretten på byggepladserne er udøvet af D på indklagedes vegne.

Virksomheden har endvidere på organisationsmøderne forsømt sin forpligtelse til at oplyse sagen i overensstemmelse med Overenskomstens § 70, stk. 8 og 9.

Indklagede har systematisk omgået overenskomstens regler om daglig arbejdstid og har underbetalt medarbejderne. Dette har medført en omfattende besparelse i forhold til øvrige overenskomstdækkede virksomheder. Besparelsen kan opgøres til i alt mindst 1.872.258,56 kr.

Indklagede har anført navnlig, at det bestrides, at der er tale om vikararbejde. Der har foreligget et egentligt entrepriseforhold mellem indklagede og Z som underentreprenør. Det fremgår såvel af den fremlagte entreprisekontrakt som af de fremlagte lønsedler, hvoraf det fremgår, at lønnen er udbetalt af Z. Det bestrides, at D har haft ledelsesretten. Klager har da også selv anset Z som selvstændig arbejdsgiver ved indgåelsen af tiltrædelsesoverenskomst.

Overenskomstens bestemmelser om vikararbejde forudsætter, at medarbejderne er ansat i et vikarbureau, jf. § 79. Det bestrides, at Z er et vikarbureau. Det fremgår således ikke af medarbejdernes ansættelsesbeviser, at der er tale om vikaransættelser.

Såfremt voldgiftsretten skulle være af den opfattelse, at entrepriseaftalen ikke kan tillægges betydning, er der alligevel ikke tale om en vikarkonstruktion, idet udlejningen af medarbejdere i så fald ikke er sket fra et vikarbureau som defineret i vikarloven, jf. herved kendelse i FV2018.0172 (CO-industri mod DI). Indklagede hæfter derfor ikke for betaling af eventuelle beløb for de medarbejdere, der var ansat i Z.

Til støtte for den subsidiære påstand anføres, at klagers krav er udokumenteret, idet hverken timesedler, mundtlige oplysninger eller skønsmæssige arbejdsperioder kan lægges til grund. Et eventuelt besparelseskraav må derfor fastsættes skønsmæssigt på grundlag af de fremlagte lønsedler.

Opmandens begrundelse og resultat

Efter de afgivne forklaringer og bevisførelsen i øvrigt, herunder A's korrespondance med X, lægger jeg til grund, at X ved A*) har udøvet ledelsesretten vedrørende murerarbejdsmandsarbejdet på byggepladserne 1 og 2, og at der ikke har foreligget et reelt underentreprenørforhold mellem X og Z/Æ. Det bemærkes herved, at der trods opfordring ikke er fremlagt yderligere dokumentation til belysning af den eventuelle realitet af underentrepriseaftalen vedrørende byggeplads 1, og at der ikke er forvist underentrepriseaftale vedrørende byggeplads 2.

Jeg lægger på denne baggrund til grund, at de lettiske murerarbejds mænd har været indlejet arbejdskraft fra Z/Æ til X. Jeg finder endvidere, at Z/Æ reelt må anses for et vikarbureau, hvilket også understøttes af brugen af navnet Æ.

De lettiske murerarbejds mænd har herefter i medfør af overenskomstens § 79 været omfattet af parternes overenskomst under deres arbejde på byggepladserne 1 og 2 og har derfor krav på løn i

overensstemmelse hermed. Under de foreliggende omstændigheder finder jeg, at X hæfter for det tab, som de pågældende har lidt ved at overenskomsten ikke er efterlevet. Jeg bemærker herved, at der efter bevisførelsen alene er grundlag for at fastslå, at medarbejdere udlejet af Z/Æ har arbejdet som vikarer. Kravet opgøres derfor kun for disse medarbejdere.

Efter de foreliggende oplysninger er der en så betydelig usikkerhed om byggeperioderne, antallet af omfattede medarbejdere og om der er holdt pauser under arbejdet, at opgørelsen af tabet må ske skønsmæssigt.

For så vidt angår byggepladsen 1 kan byggeperioden på grundlag af de fremlagte lønsedler og oplysningerne fra 3Fs byggepladsbesøg anslås til ca. 3 måneder, mens byggeperioden for de indlejede vikarer fra Z/Æ vedrørende byggeplads 2 må anses for at være fra den 20. november 2018 til udgangen af februar 2019. Idet det lægges til grund, at medarbejderne er aflønnet med 2300 euro og 1500 danske kroner månedligt, findes tabet, opgjort på grundlag af mindstebetalingssatsen med tillæg af SH/feriefridags-godtgørelse, pension og feriepenge, skønsmæssigt at kunne fastsættes til 700.000 kr.

Derfor bestemmes:

X skal til Fagligt Fælles Forbund betale 700.000 kr. med procesrente fra den 30. september 2019.

Hver part bærer egne omkostninger og betaler halvdelen af udgiften til opmand.

Den 3. december 2019

Jytte Scharling

*) Berigtiget i medfør af retsplejelovens § 221