

## **Kendelse af 1. juli 2020 i faglig voldgiftsag 2020-254:**

**Malerforbundet i Danmark**

(advokat Rune Asmussen)

**mod**

**Dansk Byggeri**

**for**

**Dan Maler Firma ApS**

(senioradvokat Thorsten Wilstrup)

### **1. Uoverensstemmelsen**

Sagen angår den indklagede virksomheds beskæftigelse af udenlandsk arbejdskraft. Spørgsmålet er, om der er sket underbetaling.

### **2. Sagens behandling ved faglig voldgift**

Sagen er forhandlet den 30. juni 2020 med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: hovedkasserer René Jensen og forbundssekretær Kim Lasse Petersen, begge Malerforbundet i Danmark, proceschef, advokat Kia Dollerschell Philip og konsulent Henrik Bau, begge Dansk Byggeri.

Der blev under forhandlingen afgivet af forklaring af

- næstformand A, Malerforbundet, Afdeling Øst/Vest,
- tre tidligere medarbejdere hos Dan Maler Firma ApS, B, C og D,
- ejeren af Dan Maler Firma ApS, E.

De fire sidstnævnte afgav forklaring på polsk, som blev oversat til dansk.

Da der efter bevisførelse, procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret var flertal for en afgørelse, træffes denne af opmanden, jf. § 28, stk. 1, 2. pkt., i lovbekendtgørelse nr. 1003 af 24. august 2017 om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter (arbejdsretsloven). Parterne er enige om, at det kan ske med en begrundelse for resultatet uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringer og parternes procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

### **3. Opmandens bemærkninger**

#### **3.1. Overenskomstgrundlaget**

Som medlem af Dansk Byggeri er den indklagede virksomhed, Dan Maler Firma ApS (i det følgende: Dan Maler), forpligtet til over for sine ansatte at efterleve bestemmelserne om løn- og arbejdsvilkår i den kollektive overenskomst mellem Dansk Byggeri og Malerforbundet i Danmark (i det følgende: Malerforbundet og Maleroverenskomsten eller Overenskomsten).

Der er i bilag 7 til Maleroverenskomsten bestemmelser om ”Udenlandske arbejderes løn og arbejdsvilkår ved udførelse af arbejde i Danmark”. Det hedder heri bl.a., at der på begæring af Malerforbundet skal afholdes et såkaldt Timandsmøde mellem overenskomstparterne, hvis Malerforbundet påviser omstændigheder, som giver anledning til at formode, at overenskomstens bestemmelser ikke bliver overholdt, f.eks. hvis Malerforbundet forgæves har forsøgt at komme i kontakt med den virksomhed, som beskæftiger den udenlandske arbejdskraft.

Om Timandsmødet er det bestemt, at ud over overenskomstparterne, Malerforbundet og Dansk Byggeri, skal hvervgiver på arbejdet og den udførende virksomhed deltage. Mødet skal afholdes inden 48 timer, medmindre andet aftales. På mødet skal alle relevante baggrundsoplysninger fremlægges. Det påhviler virksomheden på mødet at bevise, at overenskomstens bestemmelser overholdes.

Opnås der ikke på mødet enighed om, at overenskomsten overholdes, kan spørgsmålet videreføres til afgørelse ved faglig voldgift. Den faglige voldgiftsret ”skal 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 kan Malerforbundet ved faglig voldgift indtale et efterbetalingskrav og et såkaldt differencekrav. For sine medlemmer kan Malerforbundet indtale et efterbetalingskrav svarende til forskellen mellem den faktisk udbetalte løn og den løn, der tilkommer dem efter overenskomsten. Malerforbundet har endvidere et såkaldt 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. § 2, stk. 1, 1. pkt. Den normale daglige arbejdstid skal lægges mellem kl. 6.00 og kl. 18.00, jf. § 2, stk. 1. 2. pkt. Det følger af overenskomstens § 9, stk. 4, at mindstebetalingen udgør ”den overenskomstmæssige akkordudbetaling”, som gældende fra 25. februar 2019 er 127,85 kr. pr. time.

For overarbejde, dvs. ”arbejde, der på arbejdsgiverens forlangende udføres uden for den ordinære arbejdstid”, jf. Overenskomstens § 3, stk. 2, skal der på ugens 5 første dage for de første 4 timer efter normal arbejdstids ophør betales et tillæg på halvdelen af den overenskomstmæssige akkordbetaling (50 %-timer), dvs. et tillæg på 63,925 kr. pr. time. For efterfølgende timer ugens 5 første dage og for arbejde på lørdage, søndage, helligdage, 1. maj og Grundlovsdag fra kl. 12.00 skal der betales et overarbejdstillæg på den overenskomstmæssige akkordudbetaling (100 %-timer), dvs. et tillæg på 127,85 kr. pr. time, jf. § 3, stk. 2 og 3.

Der er efter overenskomstens § 5, stk. 1, krav på feriegodtgørelse på 12,5 % af den samlede skattepligtige løn, eksklusiv ferie- og søgnehelligdagsgodtgørelse, og efter overenskomstens § 6, stk. 1, krav på søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling med en sats på 9,75 % (gældende fra 25. februar 2019) af medarbejderens ferieberettigede løn.

Efter overenskomstens § 19 skal der for den enkelte medarbejder til PensionDanmark indbetales et pensionsbidrag på 12 % af den A-skattepligtige lønindkomst. Af pensionsbidraget betaler medarbejderen 4 %, arbejdsgiveren 8 %.

### **3.2. Den konkrete sag og de rejste krav**

Sagen udspringer af, at Dan Maler har beskæftiget 7 medarbejdere fra Polen, som har arbejdet på byggepladsen Tulipanhaven 7, 8381 Tilst, og ind imellem også andetsteds.

3 af disse er medlemmer af Malerforbundet: B, C og D.

De 4 øvrige er: F, G, H og I.

For de 3 medlemmer har Malerforbundet opgjort et samlet efterbetalingskrav på 152.870,79 kr. (B 92.742,84 kr, C 27.803,31 kr. og D 32.324,69 kr.).

Vedrørende arbejdet udført af de 4 ikke-organiserede har Malerforbundet indtalt et samlet differencekrav på 247.668,49 kr.

Malerforbundet har på denne baggrund nedlagt påstand om, at Dan Maler skal betale i alt 400.539,89 kr.

Dansk Byggeri for Dan Maler har påstået frifindelse.

### **3.3. Efterbetalingskravet**

De 3 medlemmer har samstemmende forklaret, at arbejdet var tilrettelagt, så de arbejdede 9½ timer mandag-fredag (kl. 7-17 inklusive en ½ times pause) og 6 timer lørdag (kl. 7-13). De udfyldte og indsendte timesedler uge for uge, jf. overenskomstens forskrift herom i 9, stk. 2. Disse timesedler er fremlagt. Timesedlerne viser, at de tre medarbejdere med afvigelser har arbejdet som forklaret, og at afvigelserne i alt væsentligt har bestået i, at der er arbejdet længere end til kl. 17 mandag-fredag og kl. 13 lørdag.

Ejeren af Dan Maler, E, har bekræftet, at firmaet har modtaget de fremlagte timesedler, og bestrider ikke, at der er arbejdet det antal timer, som timesedlerne viser.

På den baggrund lægges det til grund, at de 3 medarbejdere har arbejdet i overensstemmelse med det, der er indberettet til virksomheden uge for uge i timesedlerne.

Uanset det indberettede antal timer fremgår det af de fremlagte lønsedler, at de 3 medarbejdere alene er blevet aflønnet som om de arbejdede 37 timer om ugen, og for de afregnede timer alene har modtaget overenskomstens mindstetimeløn på 127,85 kr.

Malerforbundet har ud fra timesedler og lønsedler optalt de 3 medarbejders samlede antal præsterede og vederlagte arbejdstimer måned for måned. Disse opgørelser findes at kunne lægges til grund, da der ikke er rejst indsigelse om fejl og mangler ved Malerforbundets endelige opgørelser af betydning. Det lægges derfor til grund,

- at B har arbejdet for Dan Maler i perioden marts-september 2019 i i alt 1.718 timer og modtaget timeløn for 848 timer (mindstetimelønnen på de 127,85 kr. pr. time),
- at C har arbejdet for virksomheden i perioden maj-august 2019 i i alt 810 timer og modtaget mindstetimelønnen for 577 timer,
- at D har arbejdet for virksomheden i perioden maj-august 2019 i i alt 544 timer og modtaget mindstetimelønnen for 374 timer.

Af lønsedlerne fremgår imidlertid endvidere, at der ind imellem optræder et ”tillæg før skat 1”. For B er der et sådant tillæg i hver af månederne maj-august på henholdsvis 10.700 kr., 12.000 kr., 11.250 kr. og 14.700 kr., i alt 48.650 kr. For C og D er der et sådant tillæg på deres lønsedler for juli på henholdsvis 4.500 kr. og 11.500 kr., for D er der yderligere et tillæg på lønsedlen for august 2019 på 1.470 kr.

De 3 medarbejdere har samstemmende forklaret, at de gik ud fra, at tillægget var bonus for overarbejde. Virksomheden orienterede dem ikke om, hvad dette tillæg stod for, og de var forsigtige med at spørge, da de var bange for at miste arbejdet. På pladsen talte de med

arbejdslederen, F, om det. Om F's stilling har E forklaret, at han var byggeleder på pladsen for Dan Maler. Ifølge medarbejderne havde F sagt, at det var bonus for overarbejde, som de ville få for i næste lønperiode måneden efter.

E har forklaret, at virksomhedens medarbejdere ved ansættelse får at vide, at de ikke må arbejde mere end 7,5 timer om dagen, da virksomheden ikke har råd til at betale for overarbejde. Det er samtidig helt afgørende for virksomheden, at afleveringsfrister bliver overholdt. Når derfor medarbejderne bidrager til, at afleveringsfrister bliver overholdt, deler han overskuddet med medarbejderne. Er der f.eks. et nettooverskud til ham på 200.000 kr., får medarbejderne 25 %, som fordeles efter deres indsats på projektet. I vurderingen af indsats indgår ikke kun timer, men også erfaring, om det er en veltjent Dan Maler-medarbejder. Han talte ikke arbejdstid med medarbejderne, men de vidste, at der var en bonus på 25 %. Det stod medarbejderne frit for at gå hjem, når de havde arbejdet 7,5 timer. Gik de imidlertid hjem efter 7,5 timer, ville de ikke få andel i bonus, for i så fald havde de kun gjort det, de var forpligtet til.

Det er på denne baggrund opmandens bedømmelse, at tillægget reelt må anses for betaling for overarbejde. Virksomheden har stået for arbejdets tilrettelæggelse og haft en leder på pladsen. Medarbejderne har uge for uge arbejdet efter et fast mønster, som har indebåret et betydeligt merarbejde i forhold til en arbejdsuge på 37 timer. Medarbejderne har uge for uge indberettet samtlige præsterede timer til virksomheden, som har været bekendt med det meget betydelige antal timer, der har været præsteret uge efter uge. For de præsterede timer ud over 37 har medarbejderne ikke modtaget andet vederlag end det nævnte tillæg.

Der foreligger helt åbenbart underbetaling i forhold til Overenskomstens regler.

Malerforbundet har foretaget en beregning af, hvad hver af de 3 efter overenskomsten har krav på.

Det er sket ved for hver enkelt af de 3 medarbejdere at foretage en fordeling af samtlige præsterede timer ifølge de ugentlige timeopgørelser dag for dag på normaltimer, timer med 50 %-overarbejdstillæg og timer med 100 %-overarbejdstillæg med udgangspunkt i en fordeling af

de 37 normaltimer med 7,4 timer hver dag mandag-fredag. Disse opgørelser findes at kunne lægges til grund, da der ikke er rejst indsigelse om fejl og mangler ved Malerforbundets endelige opgørelser af betydning.

På grundlag af timerne er der foretaget en beregning for hver enkelt af de 3 medarbejdere af løn med overarbejdstillæg samt sociale omkostninger (feriegodtgørelse, SH- og feriefridagsgodtgørelse samt pensionsbidrag) og foretaget fradrag af, hvad den enkelte har fået udbetalt eller er godskrevet af løn (inkl. det nævnte tillæg), feriegodtgørelse, SH- og feriefridagsgodtgørelse samt pensionsbidrag. Der er ikke under sagen fremkommet noget, som giver grundlag for at tilsidesætte disse beregninger, som Dansk Byggeri da heller ikke haft bemærkninger til.

Beregningerne munder ud i de foran under 3.2 anførte efterbetalingsbeløb. Efter det anførte skal Malerforbundet have medhold i kravet om betaling af de 152.870,79 kr.

### **3.4. Differencekravet**

Vedrørende de 4 uorganiserede, F, G, H og I, har virksomheden fremlagt ansættelseskontrakter, ugesedler og lønsedler.

Det fremgår af de fremlagte ugesedler, at ingen af de 4 i nogen uge har arbejdet mere end 37 timer, og at arbejdet i almindelighed har været tilrettelagt således, at de arbejdede 7,5 timer mandag-torsdag og 7 timer fredag eller 8 timer mandag-torsdag og 5 timer fredag.

Det fremgår af de fremlagte lønsedler, at der er betalt timeløn for de timer, der er præsteret ifølge ugesedlerne. For F er der fremlagt lønsedler for månederne marts-oktober 2019. I marts fik han en timeløn på 150 kr., i de følgende måneder fik han en timeløn på 160 kr. For H er der ligeledes fremlagt lønsedler for månederne marts-oktober 2019. I marts fik han en timeløn på 140 kr., i de følgende måneder fik han en timeløn på 150 kr. Også for G er der fremlagt lønsedler for månederne marts-oktober 2019. Hans timeløn var i hele perioden 127,85 kr. For I er der fremlagt lønsedler for månederne juli-oktober 2019. Også hans timeløn var i hele perioden 127,85 kr.

Det fremgår af lønsedlerne, at de 4 medarbejdere også har fået ”tillæg før skat 1”. I perioden marts-oktober 2019 har F således i hver måned modtaget et sådant tillægsbeløb (henholdsvis 5.500 kr., 9.600 kr., 8.200 kr., 14.000 kr., 16.400 kr., 4.400 kr., 7.200 kr. og 13.000 kr., i alt 78.300 kr.). For H er der ikke noget tillæg i marts 2019, men derefter i hver af månederne april-oktober 2019 (henholdsvis 10.500 kr., 11.850 kr., 21.900 kr., 20.500 kr., 14.200 kr., 5.850 kr. og 10.500 kr., i alt 95.300 kr.). Heller ikke for G er der noget tillæg i marts 2019, men derefter i hver af månederne april-oktober (henholdsvis 760 kr., 650 kr., 8.600 kr., 6.200 kr., 3.200 kr., 1.300 kr. og 7.400 kr., i alt kr. 28.110 kr.). For I er der ikke noget tillæg i månederne juli-august, men i månederne september-oktober (henholdsvis 9.500 kr. og 8.300 kr., i alt 17.800 kr.

Det hedder i referat fra 10-mandsmøde den 21. januar 2020 med deltagelse af Dansk Byggeri, Malerforbundet og E fra Dan Maler bl.a.:

”Malerforbundet fremlagde de udleverede lønsedler, hvorpå der er udbetalt en bonus (Tillæg før skat, lønart 05).

Denne ”bonus” er der ikke betalt sociale omkostninger af, virksomheden gjorde opmærksom på at den ikke vidste, at der skulle betales sociale omkostninger af ”bonussen”, der var enighed imellem organisationerne at det skal der.”

Malerforbundet har opgjort besparelsen ved, at der ikke i overensstemmelse med, hvad der følger af Overenskomsten, er betalt sociale omkostninger (søgnehelligdags- og feriefridagsgodtgørelse, feriegodtgørelse og arbejdsgivers pensionsbidrag) af det nævnte tillæg til de 4 medarbejdere, som sammenlagt i tillægsbetaling har fået 219.510 kr., til 69.287,18 kr. Dansk Byggeri har tiltrådt denne opgørelse og er enig i, at Malerforbundet kan kræve dette beløb af Dan Maler som et differencekrav.

Malerforbundet mener derudover at have et differencekrav, som er beregnet til 178.381 kr.

Det er Malerforbundets opfattelse, at arbejdet for de 4 uorganiserede medarbejdere har været tilrettelagt ganske som for de 3 medarbejdere, der er medlem af Malerforbundet, og at de 4 uorganiserede derfor også har arbejdet langt mere end de 37 timer om ugen, som ifølge de fremlagte ugesedler er det antal de timer, der løbende er indberettet. Dette understøttes efter



Malerforbundets opfattelse af den betydelige udbetaling af ”tillæg før skat 1”, som må anses for ydet betaling for overarbejde.

Malerforbundet har for de 3 medlemmers vedkommende foretaget en beregning af, hvad de med tillægsbetalingen i gennemsnit har oppebåret pr. overarbejdstime. Det er sket ved for hver enkelt at dividere dennes samlede tillægsbeløb med dennes samlede antal overarbejdstimer i de måneder, hvor der er sket udbetaling af tillæg (og således ikke ved at dividere det samlede tillægsbeløb til de 3 medarbejdere med deres samlede antal overarbejdstimer eller ved at dividere den enkelte medarbejders samlede tillægsbeløb med dennes samlede antal overarbejdstimer i de måneder, der ligger forud for udbetalingsmånederne). Efter beregningen er de 3 medarbejdere i gennemsnit for disse timer vederlagt med 110,68 kr. pr. time. Ud fra en antagelse af, at de 4 uorganiserede med deres tillægsbetaling er vederlagt på samme måde med 110,68 kr. pr. overarbejdstime, svarer deres samlede tillægsbetaling på 219.510 kr. til 1.983 overarbejdstimer. Den besparelse, som Dan Maler har opnået herved i forhold til, hvad der mindst skulle have været betalt efter overenskomsten, er herefter ifølge beregningen 17,17 kr. for samtlige timer (differencen op til minimumstimelønnen på 127,85 kr.), 63,93 kr. for 1.708 50 %-timer og 127,85 kr. for 274 100 %-timer., i alt 178.381,92 kr.

Indklagede har anført, at der er tale om en teoretisk beregning af et overarbejde, som der ikke er nogen dokumentation for. Indklagede har herved henvist til, at de 4 uorganiseredes ugesedler er fremlagt, og at der ikke er fremkommet noget, som giver grundlag for at betvivle deres rigtighed.

De 3 medlemmer har imidlertid samstemmende forklaret, at de 4 øvrige medarbejdere arbejdede helt på samme måde og i lige så mange timer som medlemmerne – det gjorde de i hvert fald, når de arbejdede sammen, hvad enten det skete på pladsen i Tilst eller andet sted. E har forklaret, at han går ud fra, at de timetal, som de 4 medarbejdere har indberettet i deres ugesedler, er korrekte – han ved det imidlertid ikke, eftersom han ikke selv var på byggepladsen.

Efter opmandens bedømmelse må det efter bevisførelsen lægges til grund, at de 4 medarbejdere har modtaget den betydelige tillægsbetaling, fordi de i betydeligt omfang har udført overarbejde. De 3 medlemmers forklaring om, hvordan der blev arbejdet, fremstår troværdig og plausibel. Der

er imidlertid ved bedømmelsen særlig henset til, at virksomhedens ejer, E, som foretog tildelingen af tillæg, har forklaret, at der skulle arbejdes mere end 37 timer om ugen for at få tillæg.

Det findes endvidere, som sagen er oplyst, ubetænkeligt at lægge til grund, at der med den skete betaling af tillæg er opnået en besparelse for virksomheden i forhold til, hvad der mindst skulle have været betalt efter overenskomsten. Den beregning, som Malerforbundet har foretaget, er imidlertid blot en af flere mulige beregninger, og efter Es forklaring er det ikke kun timetal, men også erfaring og anciennitet, som har spillet en rolle ved tildeling af tillæg.

Der findes imidlertid, som sagen er oplyst, at være fornødent holdepunkt for skønmæssigt at lægge til grund, at der i hvert fald er opnået en besparelse, hvorefter Malerforbundets påstand om betaling af 400.539,89 kr., incl. efterbetalingsbeløbet på 152.870,79 kr., passende kan tages til følge med et samlet beløb på 300.000 kr.

**Thi bestemmes:**

Dan Maler Firma ApS skal til Malerforbundet i Danmark inden 14 dage betale 300.000 kr.

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

Børge Dahl