

## **Kendelse af 20. april 2023 i faglig voldgift 2023-55:**

**Fagligt Fælles Forbund (3F)**  
(konsulent Michael Severinsen)

**mod**

**DI/DIO Overenskomst III (DIO III)**

**for**

**Mejtech A/S**

**Valhøjs Alle 161**

**2610 Rødovre**

**CVR-nr. 30243234**

(advokat Sabine Glatz Taulov)

### **1. Uoverensstemmelsen**

Den indklagede virksomhed har indgået underentreprisekontrakter med polske enkeltmands-firmaer. Spørgsmålet er, om der foreligger omgåelse af Bygningsoverenskomsten ved, at arbejdet er udført i et lønmodtagerlignende ansættelsesforhold.

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

Sagen er den 14. april 2023 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand. Som partsudpegede medlemmer deltog: forhandlingssekretær Svend-Aage Poulsen, 3F, og konsulent Maia Yoon Skov, DI. Klager var repræsenteret af konsulent Michael Severinsen, indklagede af advokat Sabine Glatz Taulov.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af direktør A og projektleder B, begge Mejtech A/S.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret var enighed om eller flertal for en afgørelse, træffes afgørelsen af opmanden. Parterne er enige om, at det kan ske ved kendelse med en begrundelse for resultatet uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

### 3. Sagen kort fortalt

Københavns Kommune ejer og driver et botilbud for voksne med varige, svære og komplekse funktionsnedsættelser beliggende Fredskovvej i Dianalund. Mejtech har som hoved-entreprenør forestået en opgave omfattende renovering af det eksisterende byggeri og opførelse af 6 nye lejligheder samt 2 haller.

3F besøgte pladsen den 14. juli 2022. Den 22. juli 2022 anmodede 3F med henvisning til Bygningsoverenskomstens § 76 DI om afholdelse af organisationsmøde. Det hed i brevet bl.a., at der til tømrerarbejdet benyttedes to polske enkeltmandsvirksomheder, henholdsvis Precon D Stawiarski, RUT R0040338, og E Stolarskie, RUT R0045757, som ved pladsbesøget ikke ønskede at oplyse andet end, at de blev betalt, når arbejdet var færdigt.

Den 29. juli 2022 blev der afholdt et såkaldt 48-timers-møde med deltagelse af organisationerne. Af referatet fremgår, at virksomheden bl.a. oplyste,

- at arbejdet var påbegyndt i august 2021 med renovering,
- at virksomheden den 4. juli 2022 havde indgået en entrepriseaftale med den polske virksomhed FIR Wojciech Jodlowski, RUT R0045382, ”om montering af tag og vægge på hallen” i perioden 4.-22. juli 2022,
- at arbejdet var ”udført af to andre polske enkeltmandsvirksomheder som er nævnt i begæringen”,
- at der endnu ikke var afregnet for opgaven, men den polske virksomhed havde ”fremsendt en samlet faktura på opgaven på godt 65.000 kr., svarende til beløbet på entrepriseaftalen, dog uden tillagt moms”,
- at opgaverne ikke var specialopgaver og ville kunne være udført af Mejtech, ”hvis ikke det var på grund af travlhed og sommerferie”,
- at Mejtech ”leverer trævarer til opgaven, FIR Wojtech Jodlowski leverer de øvrige materialer”,
- at der, så vidt Mejtech var orienteret, blev arbejdet fra kl. 7-15.30 på hverdage, 37 timer om ugen,
- at medarbejderne havde udfyldt ugesedler, og
- at Mejtech havde fremsendt oplysninger om medarbejdernes lønforhold til Københavns Kommune.

Det fremgår endvidere af referatet, at Mejtech på mødet ikke kunne redegøre nærmere for lønforholdene for de udenlandske medarbejdere, ”men undersøger nærmere”. I tilknytning til bemærkningen i referatet om fremsendelse af oplysninger til Københavns Kommune hedder det: ”Lønsedler og ugesedler fremsendes” – med følgende tilføjelse. ”Arbejdsgiversiden tager forbehold for, at underentreprenørerne ikke selv er til stede til mødet og kan give tilsagn til udlevering af disse oplysninger”. Konklusionen på mødet var ifølge referatet: ”Ovenstående, samt entrepriseaftale, faktura samt liste over underentreprenører fremsendes sendes den 12. august 2022.”

Der fremkom herefter en ”Subcontract (based on AB 92)” mellem Mejtech (”main contractor”) og Jodlowski (”subcontractor”) med underskrifter dateret 4. juli 2022. Det hedder i aftalen bl.a.:

*“2. Description of the work*

Mounting of roof and walls (Hall)

*2.a Geographical location of construction site*

...

Fredskovvej 3-5, Dianalund

*2.b Work equipment and materials*

The subcontractor will provide the work equipment and supply the following materials:

Mejtech deliver the wood for the hall. Subcontractor delivers fasteners, and all other materials for putting up the construction.

...

*4. Contract sum*

The work will be carried out for a total amount of DKK (DKK) exclusive of VAT.

The price 65.400,- DKK

...

*6. Time schedule*

The work will be carried out ... in the following period: from 4/7-2022 to 22/7-2022.

...

*7. Delay*

In the event of an actionable delay on the part of the contractor ... daily fines of DKK 5000 ...

...

*12. Signature*

Date: 4/7-2022

[underskrifter]"

Der fremkom endvidere en faktura på 65.400 kr. udstedt af Jodlowski med adresse i Polen til Mejtech den 25. juli 2022 lydende på "1 Construction service in Denmark".

Da 3F ikke modtog yderligere oplysninger, er sagen ved klageskrift af 14. marts 2023 indbragt for faglig voldgift. Klageskriftet er vedlagt en udskrift af RUT-databasen, hvoraf fremgår følgende registreringer af arbejde i juni, juli og august 2022 på pladsen i Dianalund foretaget af de polske enkeltmandsfirmaer:

*C Jodlowski*

3/6-10/6

17/8-19/8

*Precon D Stawiarski*

3/6-10/6

28/6-1/7

4/7-8/7, 11/7-15/7, 18/7-22/7

17/8-19/8

*E Stolarski*

28/6-1/7

4/7-8/7, 11/7-15/7, 18/7-22/7

17/8-19/8

I svarskrift af 27. marts 2023 bestrides rigtigheden af de polske enkeltmandsfirmaers RUT-registreringer. Det anføres, at Jodlowski har været på pladsen 17/8-19/8 2022, Stawiarski og Stolarskie 4/7-22/7 og 17/8-19/8 2022. Arbejdet på hallen blev udført af de to sidstnævnte i den aftalte periode 4/7-22/7. Der var imidlertid mangler ved arbejdet. Med svarskriftet er der fremlagt en mangelsliste dateret 29. juli 2022. De tre nævnte udbedrede manglerne 17/8-19/8 2022.

Ifølge mangelslisten havde isoleringsarbejde og dampspærre været en del af det udførte arbejde omfattet af aftalen.

I replik af 3. april 2023 er der bl.a. en opfordring til indklagede om at fremlægge den dokumentation, der er indsendt til Københavns Kommune.

I duplik af 12. april 2023 anfører indklagede, at Mejtech i juni 2022 tog kontakt til Judlowski ”med henblik på at indhente et tilbud på arbejdet med hallen Fredskovvej”. I besvarelse heraf i indklagedes duplik af 12. april 2023 hedder det bl.a.:

”Mejtech A/S kan oplyse, at man ikke har indsendt nogen dokumentation fra FIR C Judlowski, idet FIR C Judlowski startede på pladsen *efter*, at Mejtech A/S havde sendt dokumentationen til Kommunen.

FIR C Judlowski startede på pladsen den 4. juli. Kontrollen fra Københavns Kommune blev allerede afsluttet den 6. juli 2022 uden anmærkninger, jf. bilag 6, e-mail fra Kommunen vedr. kontrollen.  
...”

I duplikken hedder det i øvrigt bl.a., at Mejtech ”har leveret byggematerialer og stillads”, ”FIR C Judlowski skulle selv sørge for værktøj, søm, skruer og andre småting til opsætningen”, og at ”FIR C Judlowski har opsat vægge, loft og isolering som beskrevet i entreprisekontrakten”. Der er med duplikken fremlagt bankudskrift, hvoraf fremgår betaling den 9. august 2022 af 65.400 kr. til C Judlowski på bankkonto i Polen.

Det nævnte bilag 6 er en e-mail fra en medarbejder i Københavns Kommune, CSR og Indkøbsjura, hvori det bl.a. hedder:

”... kigget dokumentationen du tidligere har sendt igennem, og har beregnet løn mv. for tømrerne som Mejtech har hyret ind/har haft gående på Fredskovvej.

I den forbindelse er der på ovenstående aftale *ikke* blevet konstateret en overtrædelse af arbejdsklausulen.

Jeg skriver til jer, for at orientere jer om, at den ovennævnte dokumentkontrol er afsluttet d.d.  
...”

Med processkrift A af 13. april 2023 har klager som bilag Q fremlagt følgende udtalelse i e-mail af 31. marts 2023 fra CSR og Indkøbsjura, Københavns Kommune:

”...

CSR-enheden har d. 02/06 2022 aflagt tilsynsbesøg på aftalen om ”Om- og tilbygning samt nybyggeri til botilbuddet Fredskovvej i Dianalund” på adressen Fredskovvej 3, 4293 Dianalund.

D. 03/06 2022 anmoder CSR-enheden A og B, Mejtech A/S om følgende dokumentation:

- en mandskabsliste over alle, som udfører eller har udført tømrerarbejde på ovenstående aftale vedr. opførelsen af den nye hal, inkl.:
  - oplysninger om arbejdsgiver
  - hvilke dage og perioder, de har været på arbejdspladsen.
- Mandskabslisten skal også indeholde eventuelle underleverandørers medarbejdere (gælder også vikarer), med angivelse af arbejdsgiver.

D. 10/06 2022 modtager CSR-enheden dokumentation fra B, Mejtech A/S.

D. 14/06 2022 anmoder CSR-enheden, på baggrund af den dokumentation der er modtaget, B, Mejtech A/S om yderligere dokumentation dækkende perioden maj og juni 2022 for 4 polske medarbejdere/-underleverandører, der har udført arbejde på aftalen.

D. 21/06 2022 modtager CSR-enheden dokumentation fra B, Mejtech A/S, herunder bl.a. timesedler for arbejdet udført på aftalen af de pågældende medarbejdere.

På baggrund af dokumentationen foretager CSR-enheden lønberegninger, der vedrører de 4 pågældende medarbejdere/underleverandørers arbejde, der, ifølge dokumentationen som CSR-enheden har modtaget for polske tømrers tilstedeværelse på pladsen i form af timesedler, er udført på aftalen i perioden d. 30/05 2022 til d 10/06 2022.

D. 06/07 2022 fremsender CSR-enheden meddelelse til B, Mejtech A/S, om at dokumentkontrollen er afsluttet d. 06/07 2022.”

Med processkriftet har klager også fremlagt en udskrift fra aleo.com, hvoraf fremgår, at FIR C Jodlowski den 22. april 2022 er registreret i det polske virksomhedsregister, CEIDG, som enkeltmandsvirksomhed med angivelsen ”fritaget” i rubrikken ”Status som betaler moms”.

I indklagedes processkrift 1 af 13. april 2023 hedder det bl.a.:

”Det er korrekt, at Københavns Kommune har været på kontrolbesøg den 2. juni og at Kommunen mødte personer, som udførte arbejde på hallen.

Det har dog ikke været FIR C Jodlowski, som har udført denne opgave, men derimod en af virksomhedens andre underentreprenør, PRECON D Stawiarski. Entreprisekontrakten fremlægges som bilag 8. Entreprisesummen for denne del af opgaven var aftalt til DKK 96.000 og kontraktperioden løb fra den 3. juni 2022 til den 10. juni 2022. Faktura samt bekræftelse på overførslen af entreprisesummen fremlægges som bilag 9.

Københavns Kommune har set på forholdet mellem Mejtech A/S og PRECON D Stawiarski for perioden 3. juni 2022 til den 10. juni 2022 og har afsluttet kontrollen uden yderligere anmærkninger.”

Den som bilag 8 fremlagte kontrakt er indgået mellem Mejtech og D Stawiarski. Den er i øvrigt affattet som den, der er gengivet foran – med følgende individuelle angivelser:

- Description of the work: “Mounting of new hall”
- Work equipment and materials: “Mejtech deliver the wood for the hall”
- Contract sum: “96.000,- Dkk”
- Time schedule: “from 3/6-2022 to 10/6-2022”
- Signature: “Date: 1/6-2022 [ingen underskrifter i fremlagt eksemplar]”

Den som bilag 9 fremlagte faktura er på 90.000 kr., dateret 6. juni 2022 og udstedt af Precon D Stawiarski til Mejtech angående ”1 Construction service in Denmark” med 13. juni 2022 som betalingsdato. Ifølge bankudskrift er betaling sket den 9. juni 2022.

Under den mundtlige forhandling har ledelsesrepræsentanterne for Mejtech bl.a. forklaret, at de i første omgang havde den opfattelse, at der kun ønskedes oplysninger om arbejdet i juli 2022, da 3F besøgte pladsen, hvorfor de kun gav oplysninger herom. De har videre forklaret, at juni-aftalen angik opstilling af træskelet til hallen, juli-aftalen træbeklædning af det opstillede skelet udvendig (sider og tag) og isolering med dampspærre indvendig. De har ikke udleveret de oplysninger om underentreprenører, som de har videresendt til Københavns Kommune, da oplysningerne ikke tilhører dem, og de har forgæves forsøgt at få kontakt med polakkerne.

Om fakturaen af 6. juni 2022 har A forklaret, at den angår arbejdet på juni-aftalen – han havde sagt ja til, at de sendte den, da D stod og manglede penge.

B har forklaret, at renoveringsarbejdet gik i gang i september 2021, nybyggeriet i marts 2022. Byggepladsen var hegnet ind med stålplader, så beboerne, som var meget sensitive, ikke kunne se ind; af samme grund måtte der ikke arbejdes før 7 og efter 17/18-tiden og heller ikke i weekenden, medmindre der var noget særligt, og de specielt fik lov. Alt tømrerarbejde i nybyggeriet er udført af underentreprenører, de har ikke haft deres egne folk til at lave noget på den del. Han tog i juni 2022 kontakt til D. D havde et års tid tidligere arbejdet på en arbejdsplads, hvor Mejtech havde en opgave. Han ved ikke, om D da var ansat eller arbejdede som underentreprenør. Han bad imidlertid da om D's telefonnummer. Han indgik entreprisekontrakt med D og efterfølgende med C, som selv arbejdede på sin kontrakt til at begynde med, men så brækkede armen. Han kan godt se, at der ikke er den store forskel i formuleringen af opgaverne i de to kontrakter; opgaverne blev imidlertid gennemgået på pladsen på grundlag af tegninger og beskrivelser. Mejtech købte de store ting, polakkerne sørgede for søm, skruer og beslag. Han kom på pladsen et par gange om ugen. Han blandede sig ikke i polakernes udførelse – ud over, at han har påtalt det, hvis han så noget forkert. Der var ikke en decideret afleveringsforretning, men der blev lavet en mangels gennemgang. Der var ingen mangler ved juni-arbejdet. Københavns Kommune var på pladsbesøg den 2. juni 2022. Han ved ikke, hvad polakkerne lavede på pladsen den dag, de har nok forberedt det arbejde, de skulle i gang med dagen efter. Han ved ikke, om de var på pladsen i perioden 28/6-1/7 2022. Han indsendte bl.a. timesedler udfyldt af de polske tømrere til kommunen.

#### **4. Påstande**

Klager har nedlagt påstand om, at den indklagede virksomhed, Mejtech A/S, til Fagligt Fælles Forbund skal betale 102.733,82 kr., subsidiært et mindre beløb, alt med procesrente fra den 14. marts 2023 (indgivelse af klageskrift).

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb end påstået af klager.

Det er 3F's synspunkt, at der foreligger omgåelse af Bygningsoverenskomsten, og at den indklagede virksomhed derfor til 3F skal betale den besparelse, virksomheden har opnået ved ikke at betale, hvad der efter overenskomsten mindst skulle have været betalt.

3F har ved opgørelsen af besparelsen taget udgangspunkt i:



- at C Jodlowski arbejdede på pladsen 3/6-10/6 og 17/8-19/8,
- at Precon D Stawiarski og E Stolarski begge arbejdede på pladsen i perioderne 28/6-22/7 og 17/8-19/8.

3F har lagt til grund:

- at der er arbejdet mandag-fredag 10 timer om dagen,
- at overenskomstens minimalløn pr. time var 133,40 kr.,
- at betaling for kost, logi og småfornødenheder pr. arbejdsdag indgår i besparelsen,
- at betaling for ugentlig ud- og hjemrejse til grænsen indgår i besparelsen.

3F har beregnet, at der efter overenskomsten for de tres arbejde i de nævnte perioder mindst skulle have været betalt i alt 168.133,82 kr. Herfra er trukket den betalte entreprisensum på 65.400 kr., hvorved påstandsbetøbet 102.733,82 kr. fremkommer.

Subsidiært har 3F foretaget beregningen med den ændring, at der er arbejdet 37 timer om ugen, hvilket efter fradrag af de 65.400 kr. giver en samlet besparelse på 58.517,64 kr.

Indklagede bestrider, at der foreligger omgåelse af overenskomsten. Subsidiært gør indklagede gældende, at virksomheden ikke har haft nogen besparelse. Der har kun været arbejdet 37 timer om ugen. De tre har ikke efter overenskomsten krav på betaling for overnatning, kost og småfornødenheder. Også entreprisensummen på 60.000 kr. skal trækkes fra.

## **5. Overenskomstgrundlaget og forståelsen heraf**

2020 Bygningsoverenskomsten indeholder bl.a. følgende bestemmelse:

### *”§ 5 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 lønmodtagerlignende 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 fagretslige 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.”

Indklagede har om forståelsen af bestemmelsen bl.a. anført, at det arbejdsretlige udgangspunkt i en sag som den foreliggende er, at der foreligger et aftaleforhold mellem to selvstændige virksomheder, at den, der vil anfægte dette udgangspunkt, har bevisbyrden derfor, og at der skal ganske meget til at løfte bevisbyrden. Klager har herved bl.a. henvist til kendelse af 2. november 2020 i faglig voldgift 2020-516, 3F mod Dansk Byggeri (nu DIO III) for Hammelsvang A/S, hvori opmanden (undertegnede) bl.a. udtaler:

”Det forhold, at en virksomhed er omfattet af en kollektiv overenskomst, indebærer, at virksomheden skal følge overenskomsten, når den har ansatte, som udfører arbejde omfattet af overenskomsten. Det står imidlertid virksomheden frit for i stedet at lade sådant arbejde udføre af en anden, selvstændig virksomhed. Sker sådan overladelse af arbejde til ikke-ansatte, som ikke reelt er selvstændige, kan der foreligge en omgåelse af og et brud på overenskomsten.

Når imidlertid en gulvvirksomhed som Hammelsvang A/S, der er CVR-registreret, momsregistreret og selvstændig i skattemæssig henseende, indgår en aftale om at få udført et gulvarbejde med en anden gulvvirksomhed, som er CVR-registreret, og som fakturerer arbejdet med moms og selvangiver sig som selvstændig i skattemæssig henseende, er det arbejdsretlige udgangspunkt, at der foreligger et aftaleforhold mellem to selvstændige virksomheder. Den, der vil anfægte dette udgangspunkt, har bevisbyrden derfor. Der skal normalt meget til at løfte bevisbyrden, når den arbejdsudførende har indrettet sig som selvstændig ved at lade sig CVR-registrere og fakturere med moms samt selvangive sig som selvstændig i skattemæssig henseende.”

Hertil bemærker opmanden, at det nævnte arbejdsretlige udgangspunkt angår danske enkeltmandsvirksomheder, som er CVR-registrerede, momsregistrerede og selvangiver sig som selvstændige i skattemæssig henseende. Der foreligger så betydelige forskelle mellem en sådan dansk enkeltmandsvirksomhed og en polsk enkeltmandsvirksomhed, som kan være optaget i et polsk virksomhedsregister, men ikke underlagt momspligt, at den polske

enkeltmandsvirksomhed ikke herved med samme grad af sikkerhed kan antages at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed her i landet. Om det er tilfældet, må derfor afgøres konkret under anvendelse af dansk rets almindelige bevisregler.

I den forbindelse bemærkes, at overenskomstparterne, DIO III og 3F, har aftalt følgende i protokollat af 17. august 2022 om forståelsen af bestemmelserne om oplysningspligt og bevis i bl.a. Bygningsoverenskomstens § 76:

”En henvendelse fra forbundet som angivet i bestemmelsernes stk. 6 skal resultere i et ”omgående organisationsmøde” som angivet i stk. 7. På dette organisationsmøde skal virksomheden fremlægge ”alle relevante baggrundsoplysninger” som angivet i stk. 8.

Fremlægger virksomheden ikke ”alle relevante baggrundsoplysninger” på organisationsmødet eller under en efterfølgende organisationsmæssig behandling, og videreføres sagen til faglig voldgift eller Arbejdsretten, jf. stk. 13 og 15, skal virksomheden fremlægge de nævnte relevante baggrundsoplysninger for den faglige voldgiftsret, henholdsvis Arbejdsretten.

Undlader virksomheden at opfylde denne oplysningspligt under behandlingen af sagen ved faglig voldgift eller Arbejdsretten, kommer tvivl om faktum, som kunne have været undgået ved virksomhedens fremlæggelse af ”alle relevante baggrundsoplysninger”, virksomheden til skade i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler om processuel skadevirkning og bevis.”

Som anført i FV 2020-516 indgår det som et centralt element i sager om omgåelse, om hvervgiver reelt har stået for ledelse og instruktion. De øvrige momenter nævnt i Overenskomstens § 5, stk. 4, er selvsagt også af betydning for den konkrete bedømmelse, hvori der – som anført i kendelsen – kan indgå yderligere momenter, herunder om der er tale om en enkeltstående opgave eller et længerevarende forhold, om arbejdet er opgave- eller tidsbestemt, om vederlæggelse sker efter resultat eller tid, og om den arbejdsudførende efter sin stilling på markedet naturligt må anses for selvstændig eller lønmodtager. Den konkrete vurdering påvirkes af, om der foreligger særlige omstændigheder, som peger i retning af, at en aftalt ordning har til formål at komme uden om den kollektive overenskomst, eller om dette ikke er tilfældet. I øvrigt er der også for det arbejdsretlige område god vejledning vedrørende afgrænsningen mellem lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende i de kriterier for afgrænsningen, som er indeholdt i vejledningen om afgrænsningen inden for

skattelovgivningens område i pkt. B.3.1.1. i cirkulære nr. 129 af 4. juli 1994 om personskatteloven:

### **”3.1.1. Afgrænsning mellem lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende**

...

Som **lønmodtager** anses den, der modtager vederlag for personligt arbejde i et tjenesteforhold. I de fleste tilfælde er det ikke vanskeligt at afgøre, om der foreligger et tjenesteforhold, idet indkomstmodtageren udfører arbejdet efter arbejdsgiverens anvisninger og i det hele for dennes regning.

Omvendt kan man normalt uden vanskelighed afgøre, om der er tale om selvstændig erhvervsvirksomhed. **Selvstændig erhvervsvirksomhed** er kendetegnet ved, at der for egen regning og risiko udøves en virksomhed af økonomisk karakter med det formål at opnå et overskud.

Der kan dog i praksis forekomme tilfælde, hvor det er vanskeligt at afgøre, om indkomstmodtageren står i et tjenesteforhold til hvervgiveren eller er selvstændig erhvervsdrivende. I tvivlstilfælde må afgørelsen ske på grundlag af en samlet bedømmelse af forholdet mellem den, der udfører arbejdet, og den, for hvem det udføres. Den pågældende skattemyndighed må tage selvstændig stilling uanset, om spørgsmålet eventuelt har været behandlet af en anden skattemyndighed.

Punkt 3.1.1.1.-5 omhandler alene den generelle afgrænsning mellem lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende. At en skattepligtig herefter må anses som selvstændig erhvervsdrivende, behøver således ikke nødvendigvis at betyde, at den pågældende f.eks. kan anvende virksomhedsordningen eller kan foretage henlæggelser til investeringsfonds m.v., idet der i disse regelsæt kan være andre betingelser, der skal være opfyldt.

Endelig kan der forekomme tilfælde, hvor der hverken er tale om lønmodtagere eller selvstændige erhvervsdrivende. Det kan f.eks. være tilfælde, hvor den skattepligtige driver forskellige former for bivirksomhed, som på grund af det beskedne omfang ikke kan karakteriseres som indkomst ved selvstændig erhvervsvirksomhed.

#### **3.1.1.1. Tjenesteforhold – kriterier**

Ved vurdering af, om der er tale om tjenesteforhold, kan der lægges vægt på, hvorvidt

- a) hvervgiveren har en almindelig adgang til at fastsætte generelle eller konkrete instrukser for arbejdets udførelse, herunder tilsyn og kontrol,
- b) indkomstmodtageren udelukkende eller i overvejende grad har samme hvervgiver,
- c) der mellem hvervgiveren og indkomstmodtageren er indgået aftale om løbende arbejdsydelse,
- d) indkomstmodtageren har arbejdstid fastsat af hvervgiveren,
- e) indkomstmodtageren har ret til opsigelsesvarsel,
- f) vederlaget er beregnet, som det er almindeligt i tjenesteforhold (timeløn, ugeløn, månedsløn, provision, akkord m.v.),
- g) vederlaget udbetales periodisk,
- h) hvervgiveren afholder udgifterne i forbindelse med udførelsen af arbejdet,
- i) vederlaget i overvejende grad er nettoindkomst for indkomstmodtageren,
- j) indkomstmodtageren anses for lønmodtager ved praktisering af ferieloven, lov om arbejdsløshedsforsikring, funktionærloven, lov om arbejdsskadeforsikring og lov om arbejdsmiljø.

### 3.1.1.2. Selvstændig erhvervsvirksomhed - kriterier

Ved vurderingen af, hvorvidt der er tale om selvstændig erhvervsvirksomhed, kan der lægges vægt på, hvorvidt

- a) indkomstmodtageren tilrettelægger, leder, fordeler og fører tilsyn med arbejdet uden anden instruktion fra hvervgiveren end den, der eventuelt følger af den afgivne ordre,
- b) hvervgiverens forpligtelse over for indkomstmodtageren er begrænset til det enkelte ordreforhold,
- c) indkomstmodtageren ikke på grund af ordren er begrænset i sin adgang til samtidig at udføre arbejde for andre,
- d) indkomstmodtageren er økonomisk ansvarlig over for hvervgiveren for arbejdets udførelse eller i øvrigt påtager sig en selvstændig økonomisk risiko,

- e) indkomstmodtageren har ansat personale og er frit stillet med hensyn til antagelse af medhjælp,
- f) vederlaget erlægges efter regning, og betaling først ydes fuldt ud, når arbejdet er udført som aftalt og eventuelle mangler afhjulpet,
- g) indkomsten oppebæres fra en ubestemt kreds af hvervgivere,
- h) indkomsten afhænger af et eventuelt overskud,
- i) indkomstmodtageren ejer de anvendte redskaber, maskiner og værktøj eller lign.,
- j) indkomstmodtageren helt eller delvis leverer de materialer, der medgår til arbejdets udførelse,
- k) indkomstmodtageren har etableret sig i egne lokaler, f.eks. forretning, værksted, kontor, klinik, tegnestue m.v., og arbejdet helt eller delvis udøves herfra,
- l) indkomstmodtagerens erhvervsudøvelse kræver særskilt autorisation, bevilling o.l. og indkomstmodtageren er i besiddelse af en sådan tilladelse,
- m) indkomstmodtageren ved annoncering, skiltning eller lignende tilkendegiver, at han/hun er fagkyndig og påtager sig at udføre arbejde af en nærmere bestemt art,
- n) indkomstmodtageren i henhold til lov om merværdiafgift er momsregistreret, og ydelsen er faktureret med tillæg af moms,
- o) ansvaret for en eventuel ulykke under arbejdets udførelse påhviler indkomstmodtageren.

### **3.1.1.3. Afgrænsning**

Ingen af de i punkt 3.1.1.1. og 2. nævnte kriterier, der taler henholdsvis for tjenesteforhold og selvstændig erhvervsvirksomhed, er i sig selv afgørende. De anførte momenter har endvidere ikke lige stor betydning i alle situationer.

I praksis kan det være således, at visse sider af forholdet mellem hvervgiver og indkomstmodtager taler for at statuere tjenesteforhold, mens andre sider taler for, at der foreligger selvstændig erhvervsvirksomhed. I sådanne tilfælde må afgørelsen bero på en samlet vurdering.

Det er i princippet forholdet mellem indkomstmodtageren og den enkelte hvervgiver, der skal bedømmes. Er der flere hvervgivere, kan

indkomstmodtageren således godt oppebære indkomst som lønmodtager og som selvstændig erhvervsdrivende samtidigt. Ved bedømmelsen af det enkelte forhold kan der dog lægges vægt på, om indkomstmodtageren i øvrigt er etableret som selvstændig inden for sit erhverv.

#### **3.1.1.4. Erhvervsmæssige omkostninger**

Såfremt indkomstmodtagerens kontraktsforhold med hvervgiveren forudsætter, at der af vederlaget afholdes væsentlige erhvervsmæssige omkostninger, der er atypiske for lønmodtagerforhold (dvs., at der i vederlaget i væsentligt omfang indgår betaling for andet end den personlige arbejdsydelse), f.eks. løn til ansat personale, medarbejdende ægtefælle, leje af erhvervslokaler, kontorholdsudgifter eller betaling for maskinanvendelse, vil der som oftest være tale om selvstændig erhvervsvirksomhed. Tilsvarende gælder ved anvendelse af væsentlige driftsmidler eller af kapital i øvrigt.

Den omstændighed, at indkomstmodtageren i et vist mindre omfang selv afholder driftsudgifter, f.eks. til håndværktøj eller andre mindre driftsmidler, udgifter til kontorhold eller repræsentationsudgifter, udelukker dog ikke, at der kan foreligge et tjenesteforhold. Driftsudgifterne skal både efter deres art og omfang ligge væsentligt ud over, hvad der er sædvanligt i lønmodtagerforhold. Væsentlige udgifter til transport, egen bil, forætning, overnatning eller andre lignende udgifter bevirker ikke i sig selv, at vederlaget må anses for indkomst oppebåret ved selvstændig erhvervsvirksomhed. Endvidere er det ikke enhver lønudgift, der kan berettige hertil, hvis arbejdet, der udføres af den pågældende medhjælp, er af begrænset karakter. Hvis den pågældende medhjælp er den skattepligtiges ægtefælle, samlever eller en nærstående person, skal betingelserne med hensyn til dokumentation for arbejdets omfang og udførelse for medarbejdende ægtefælle være opfyldt. Det vil som udgangspunkt sige mindst 3-4 timers daglig arbejdsindsats, der ellers skulle have været udført af fremmed arbejdskraft.

#### **3.1.1.5. Selvstændig arbejdstilrettelæggelse**

At indkomstmodtageren tilrettelægger arbejdet selvstændigt, behøver ikke at betyde, at der ikke foreligger tjenesteforhold. Der kan f.eks. være tale om højt uddannede personer eller overordnet personale, herunder direktører. Der behøver heller ikke at foreligge en egentlig ansættelseskontrakt. Det afgørende er en bedømmelse af de faktiske forhold. Løn til løsarbejdere, der ansættes fra dag til dag, er således lønindkomst. Der kan også være tale om, at forhold, man ellers ville bedømme som selvstændig erhvervsvirksomhed, f.eks. ved levering af enkeltstående ydelser, kan skifte karakter til et tjenesteforhold, hvis der opstår en mere fast tilknytning til en hvervgiver. At der beregnes moms af vederlaget udelukker ikke, at der kan være tale om lønindkomst.”

## 6. Opmandens bedømmelse

Sagen angår arbejde udført af tre litauiske tømrere, som alle udøver enkeltmandsvirksomhed, og hvoraf i hvert fald to er registreret i Litauen som udøvere af enkeltmandsvirksomhed fritaget for moms. Spørgsmålet er, om der foreligger omgåelse af Bygningsoverenskomsten ved, at de under arbejde på en byggeplads i Dianalund i Danmark må anses for at have arbejdet i lønmodtagerlignende ansættelsesforhold.

Der foreligger ikke oplysninger om karakteren af virksomhedsregistreringen i Litauen, herunder om baggrunden for registrering som momsfritaget. Der foreligger heller ikke oplysninger om de pågældende enkeltmandsvirksomheders udøvelse af erhvervsvirksomhed i Litauen. Der foreligger endvidere ikke nærmere oplysninger om deres aktiviteter i Danmark, ud over det fremkomne om deres arbejde for den indklagede virksomhed, Meltech. Der er herefter ikke grundlag for ud fra de pågældende enkeltmandsvirksomheders position på markedet naturligt at anse personerne bag for udøvere af selvstændig erhvervsvirksomhed her i landet.

Parterne strides bl.a. om, i hvilke perioder der har været polske tømrere på pladsen. Efter bevisførelsen lægges det til grund, at de polske tømrere i hvert fald har været på pladsen i de perioder, som de er registreret for at have været der i RUT-databasen. Den indklagede virksomhed har ikke givet nogen rimelig forklaring på, hvorfor den i første omgang alene oplyste, at der havde været polske tømrere på pladsen i juli 2022. Virksomheden har heller ikke givet nogen rimelig forklaring på, hvad fire polske tømrere lavede på pladsen den 2. juni 2022, hvor Københavns Kommune besøgte pladsen, eller hvad de forinden den 14. juni 2022 lavede på pladsen i maj og juni, hvor de ifølge Københavns Kommune havde udført arbejde på pladsen. Virksomheden har endvidere ikke givet nogen rimelig forklaring på, hvorfor den ikke, hverken helt eller delvist, har villet udlevere de oplysninger om udenlandsk arbejdskraft, den har indsendt til Københavns Kommune, herunder timesedler udfyldt af de polske tømrere. Virksomheden har om de polske tømreres arbejde på pladsen i perioden 28/6-1/7 2022 blot forklaret, at den ikke ved, om de var der. Omvendt foreligger der ikke oplysninger, som giver rimelig grund til at betvivle rigtigheden af de polske tømreres registreringer af arbejde på pladsen i RUT-databasen.

Det følger af det anførte, at det herefter må lægges til grund, at polske tømrere har udført arbejde på pladsen, som ikke er omfattet af de to fremlagte entreprisekontrakter.



Entreprisekontrakterne indeholder stort set enslydende opgavebeskrivelser, men angår, efter hvad der er forklaret, helt forskellige opgaver, hvis præcise indhold angiveligt beror på den indklagede virksomheds mundtlige instruks på pladsen. Kontrakterne angår opgaver, hvortil der er afsat et bestemt tidsrum på henholdsvis en uge og tre uger. På pladsen kunne der, efter hvad virksomheden har forklaret, kun arbejdes ugens fem første dage og kun i dagtimerne. Virksomhedens projektleder var jævnligt på pladsen og har forklaret, at han ikke blandede sig i arbejdet, men også forklaret, at han, hvis han så, at noget var forkert, påtalte det.

På denne baggrund findes de polske tømrere i realiteten at have været underlagt den indklagede virksomheds ledelse ved udførelsen af arbejdet i samme grad som ansatte med arbejdet i akkord.

Det kan ikke ses af de fremlagte fakturaer, hvilke kontrakter eller udførelsesperioder de angår. Den faktura, som angiveligt angår entreprisen, der skulle udføres i juni 2022, er fremsendt midt under arbejdets udførelse og lyder på et lavere beløb end entreprisesummen. Den faktura, som angår entreprisen, der skulle udføres i juli, lyder på entreprisesummen og er betalt fuldt ud på et tidspunkt, hvor der angiveligt var udarbejdet en liste med mangler, som først efterfølgende blev udbedret uden yderligere betaling. Disse forhold afviger fra, hvad der må anses for almindeligt i sædvanlige erhvervsmæssige underentrepriseforhold mellem selvstændige virksomheder.

En samlet bedømmelse af det anførte fører til, at det arbejde, de polske enkeltmandsvirksomheder har udført på pladsen, må anses for udført i lønmodtagerlignende forhold, og at der derfor foreligger en omgåelse af overenskomsten, jf. dennes § 5, stk. 1.

Det følger heraf, at den indklagede virksomhed til 3F skal betale et beløb svarende til, hvad virksomheden måtte have opnået i besparelse ved ikke betale de polske tømrere for arbejdet et beløb svarende til, hvad der mindst skulle have været betalt efter Bygningsoverenskomsten.

Ved opgørelsen af besparelsen tages udgangspunkt i, at der i hvert fald er arbejdet på pladsen af tre polske tømrere i de perioder, som 3F har lagt til grund for sit krav: C Jodlowski 3/6-10/6 og 17/8-19/8, Precon D Stawiarski og E Stolarski, begge i perioderne 28/6-22/7 og 17/8-19/8.

Efter det oplyste om pladsen lægges det til grund, at der har kunnet arbejdes i dagtimerne mandag-fredag mellem 7 og 17/18. For litauere med deres hjem i Litauen vil det være usædvanligt ikke at arbejde mere end 37 timer om ugen mandag til fredag. Det kan derfor meget vel forholde sig som hævdet af 3F, at de har arbejdet 10 timer om dagen. Indklagede hævder, at der er arbejdet 37 timer om ugen, men har på trods af opfordring dertil og mulighed derfor undladt at fremlægge de timesedler, som de polske tømrere har udarbejdet, og som den indklagede virksomhed har indleveret til Københavns Kommune. Uklarheden om, hvor mange timer de har arbejdet, må herefter komme virksomheden til skade. Det lægges derfor til grund, at de har arbejdet mandag til fredag 10 timer om dagen. Med en overenskomstæssig mindsteløn på 133,40 kr. i timen og med tillæg for overarbejde giver det en mindstedagløøn på 1.614,14 kr. Med tillæg af de faste, overenskomstæssige tillæg (feriegodtgørelse, søgnehellidags- og feriefridagsgodtgørelse samt pensionsbidrag) bliver minimumsbetalingen efter overenskomsten pr. arbejdsdag rundt regnet 2.175 kr.

Der er ikke oplyst særlige omstændigheder, som giver grundlag for at anse de polske tømrere for udsendt af den indklagede virksomhed fra deres hjemsted i Litauen til arbejde i Danmark. Der har derfor ikke efter overenskomsten været krav på betaling vedrørende overnatning, kost og småfornødenheder samt ud- og hjemrejse.

Det, som herefter mindst skulle have været betalt efter overenskomsten for de tre tømreres arbejde i de nævnte perioder, er de 2.175 kr. pr dag.

Virksomheden betalte den 9. juni 2022 60.000 kr. og har oplyst, at denne betaling dækker arbejde udført på entreprisekontrakten vedrørende det arbejde, som skulle udføres og blev udført i perioden 3/6-10/6 2022. Alene C Jodlowskis arbejde på pladsen i perioden indgår i 3F's krav. Med den skete betaling er der ikke grundlag for at antage, at virksomheden har opnået en besparelse ved underbetaling af C Jodlowski for arbejde i denne periode. Omvendt er der heller ikke grundlag for at antage, at der i forhold til overenskomsten er sket merbetaling, da virksomheden har undladt at oplyse, hvad der er meddelt Københavns Kommune om 4 polske tømreres arbejde på pladsen i maj og juni 2023 forud for den 14. juni 2023. Der er således ikke i kraft af den skete betaling den 9. juni 2022 af 60.000 kr. grundlag for at tilgoderegne virksomheden et beløb som betalt løn ved opgørelse af en besparelse for så vidt angår efterfølgende arbejde.

Det efterfølgende arbejde, som indgår i kravet, omfatter 47 arbejdsdage (C Jodlowski 3, Precon D Stawiarski 22, E Stolarski 22). For disse 47 dage udgør den samlede mindstebetaling rundt regnet 102.000 kr. Virksomheden betalte den 9. august 2022 65.400 kr.

På denne baggrund findes den opnåede besparelse for virksomheden passende at kunne fastsættes til 36.000 kr. Virksomheden skal derfor betale 36.000 kr. til 3F.

**Thi bestemmes:**

Mejtech A/S skal inden 14 dage til Fagligt Fælles Forbund betale 36.000 kr. med procesrente fra den 14. marts 2023.

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

Børge Dahl