

**Kendelse afsagt den 14. oktober 2019**

**i**

**faglig voldgift**

**FV2018.0165:**

**Fagligt Fælles Forbund  
(advokat Ulrik Mayland)**

**mod**

**Dansk Byggeri  
for  
K2 Leseni s.r.o.  
(advokat Thorsten Wilstrup)**

## **1. Uoverensstemmelsen**

Uoverensstemmelsen i sagen angår, om der har foreligget misforhold ved aflønningen af tjekkiske medarbejdere, der som udstationerede fra det tjekkiske firma K2 Leseni s.r.o. har udført stilladsarbejde på byggepladsen Amagerværket, BIO4, i København. Det er et hovedspørgsmål under sagen, om virksomhedens betaling af sociale sikringsomkostninger i henhold til tjekkisk lovgivning indgår som en del af lønbegrebet ved misforholdsvurderingen.

## **2. Påstande**

Klager, Fagligt Fælles Forbund (3F), har nedlagt påstand om, at K2 Leseni s.r.o. skal anerkende, at der ved aflønningen af de medarbejdere ansat i K2 Leseni s.r.o., der udfører stilladsarbejde på arbejdspladsen BIO 4, Vindmøllevej 45, København S, som helhed taget foreligger misforhold, jf. Bygge- og Anlægsoverenskomstens § 28.

Indklagede, Dansk Byggeri for K2 Leseni s.r.o., har påstået frifindelse.

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

Sagen er den 2. september og den 8. oktober 2019 forhandlet for en faglig voldgiftsret etableret i overensstemmelse med reglerne i lovebekendtgørelse nr. 1003 af 24. august 2017 om Arbejdsretten og faglige voldgifter (arbejdsretsloven) med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: forhandlingssekretær André Breindahl og konsulent Michael Severinsen, begge 3F.

Udpeget af indklagede: juridisk konsulent Jeppe Wartacz og konsulent Hans Henrik Kristensen, begge Dansk Byggeri.

Som opmænd er udpeget fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, fhv. højesteretspræsident Poul Søgaard og fhv. højesteretsdommer Jytte Scharling.

Der er under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af:

John Jakobsen, formand for Stilladsklubben København,

Thomas Strømsholt, formand for Stilladsarbejdernes Landsklub,

Palle Bisgaard, næstformand for Byggegruppen 3F,

Lene Juel, advokat for K2 Leseni.

Sagen blev fra klagers side procederet af advokat Ulrik Mayland og fra indklagedes side af advokat Thorsten Wilstrup.

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 opmændene, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 1, 2. pkt.

Parterne er enige om, at kendelse kan afsiges uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringer og procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

#### **4. Overenskomstgrundlaget mv.**

Bygge- og Anlægsoverenskomsten 2017 indeholder i kapitel 6 §§ 23-31 bestemmelser om tidløn, herunder om misforhold som helhed ved lønfastsættelsen.

Det følger af § 23, at mindstebetalingssatsen til voksne medarbejdere pr. time for perioden 1. marts 2017 til den 1. marts 2018 udgør 122,15 kr. Timelønnen tillægges feriepenge, søgnehelligdags- og feriefridagsbetaling samt pensionsbidrag.

I henhold til Stilladspriskurant 2017 for København og Nordsjællands 1. og 2. zone, der gælder for akkordarbejde, ydes der et fast timetillæg til stilladsarbejdere på henholdsvis 34,88 kr., 49,45 kr. eller 58,13 kr. afhængig af stilladsarbejderens uddannelse og erfaring. Tillægget på 58,13 kr. i timen gives til stilladsmontører, der har gennemført den toårige stilladsmontøruddannelse.

Bestemmelser om misforhold ved lønfastsættelsen er indeholdt i § 28, der er sålydende:

##### **”§ 28 Generelt Lønfastsættelse**

1. Parterne er enige om, at det er en forudsætning, at der kan og skal ske afvigelser fra overenskomstens mindstebetalingssats, idet der er tale om et "bevægeligt" lønsystem, og at der er en vis lønspredning i den enkelte virksomhed.
2. Der skal således tages hensyn til medarbejderes dygtighed, erfaring, uddannelse, indsats i produktionen, lige som lønnen må påvirkes af, at der ikke eller kun i forsvindende grad er adgang til akkord eller andre præstationsbestemte aflønningsformer. Endvidere skal der tages hensyn til arbejdets krav til udøveren, herunder også særlige gener, der er forbundet med udførelsen af arbejdet.
3. Lønnen for den enkelte medarbejder aftales i hvert tilfælde mellem virksomheden og medarbejderen uden indblanding fra organisationernes side. Tillidsrepræsentanten kan tilkaldes som bisidder ved forhandlingerne.
4. Der udarbejdes efter ønske et referat over forhandlingerne.
5. Forhandling om regulering af den individuelle løn kan foretages en gang pr. overenskomstår.

##### **Misforhold som helhed**

6. Organisationerne har påtaleret i henhold til regler for faglig strid i de tilfælde, hvor misforhold som helhed skønnes at være til stede.

7. Parterne er enige om, at det er en betingelse for, at der overhovedet kan foreligge et misforhold som helhed blandt andet er, at den enkelte virksomheds lønniveau er væsentligt lavere end lønniveauet på sammenlignelige virksomheder i branchen. Parterne er enige om, at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere misforhold, at der er tale om en væsentlig afvigelse fra den generelle gennemsnitsløn inden for branchen. Det er en forudsætning, at der er tale om sammenlignelige virksomheder inden for samme branche og geografi.

### **Behandling af uoverensstemmelser**

8. Uoverensstemmelser om hvorvidt der foreligger et misforhold kan behandles efter de fagretlige regler i kapitel 16 (med ligefrem bevisbyrde). En eventuel fagretlig sag kan indledes på baggrund af forholdene på en igangværende byggeplads.

9. Under organisationsmødet søger parterne at nå til enighed om, hvorvidt der er tale om et misforhold og et eventuelt niveau herfor. Hvis parterne når til enighed, kan sagen afsluttes.

10. Såfremt det under den fagretlige sagsbehandling ikke er muligt at opnå enighed om misforhold, kan sagen videreføres for en faglig voldgift, der tager stilling til, hvorvidt der er tale om et misforhold - og i det omfang det aftales - et eventuelt niveau over misforholdet.

11. Et konstateret misforhold skal på begæring herom efterfølgende gøres til genstand for lokal forhandling.

12. Såfremt der er fastslået et misforhold, kan parterne ved fagretlig forhandling søge at nå til enighed om, hvordan misforholdet kan bringes til ophør. En eventuel uenighed om lønfastsættelse kan dog ikke videreføres til faglig voldgift.”

3F og Dansk Byggeri indgik den 20. januar 2017 *Protokollat om Pensionsforhold for udstationerede virksomheder*. Det hedder heri bl.a.:

”Ved et møde dags dato mellem nedennævnte parter om pensionsforhold for udstationerede medarbejdere er der indgået følgende aftale om betaling af pensionsbidrag til udstationerede medarbejdere, der i medfør af pensionsdirektivet (nr. 1998/49) oppebærer pensionsbidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet.  
...

Formål:

Aftalens formål er at undgå dobbeltbetaling af pensionsbidrag, og at udstationerede medarbejdere sikres en betaling på samme niveau som øvrige omfattet af overenskomsten. Den udstationerende virksomhed må således ikke stilles ringere eller

bedre end en tilsvarende dansk virksomhed, såfremt der betales bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet.

Pligt til at betale pensionsbidrag

Såfremt den udenlandske virksomhed under udstationeringen indbetaler bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet, undtages virksomheden fra pligten til at foretage indbetaling af pensionsbidrag til PensionDanmark, for de medarbejdere der er omfattet af en supplerende pensionsordning i hjemlandet. Virksomhedens dokumenterede bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet kan modregnes i bidragene som virksomheden skal betale i henhold til overenskomsten.

I stedet for indbetaling af pensionsbidrag til PensionDanmark indbetaler virksomheden differencebeløbet op til den efter overenskomsten gældende pensionssats til en supplerende pensionsordning for medarbejderen i hjemlandet eller udbetaler differencen som et løntillæg til medarbejderen. Afregning af det resterende bidrag/løntillæg skal, jf. overenskomsternes bestemmelser herom, fremgå af lønsedlen og udbetales/indbetales for hver lønperiode.

Pensionsbidraget/tillægget beregnes af de samme løndele, som indgår i pensionsgrundlaget i henhold til overenskomsten. Dette uanset om den pågældende løndel er skattepligtig i hjemlandet.

...”

Ligeledes den 20. januar 2017 indgik 3F og Dansk Byggeri *Protokollat om supplerende ferie for udstationerende virksomheder*. Det hedder i protokollatet bl.a.:

”Formål

Aftalens formål er at undgå dobbeltbetaling af ferie, og at udstationerede medarbejdere sikres betaling på samme niveau som øvrige omfattede af overenskomsten. Den udstationerende virksomhed må således ikke stilles ringere end en tilsvarende dansk virksomhed.”

Palle Bisgaard har om baggrunden for misforholdsbestemmelsen i overenskomstens § 28 forklaret bl.a., at han som forhandlingssekretær og næstformand i Byggegruppen 3F har deltaget i overenskomstforhandlingerne mellem parterne i en årrække. Misforholdsbestemmelsen kom ind første gang i Bygge- og Anlægsoverenskomsten i 2014 på baggrund af en langvarig diskussion i det centrale forhandlingsudvalg om social dumping. Det var først og fremmest udenlandske medarbejdere, der gav problemer med løndumping. Dansk Byggeri var dengang meget tilbageholdende med at ville forhøje lønniveauet for udenlandske medarbejdere til lønniveauet for danske medarbejdere. Bestemmelsen blev indsat i den dagældende § 86 om udenlandske medarbejders løn- og arbejdsforhold.

Ved 2017-overenskomsten blev bestemmelsen fastholdt, men nu flyttet til overenskomstens kapitel 6 om lønfastsættelsen. Det skete på baggrund af et klart ønske fra 3F om, at bestemmelsen skulle gælde for alle og ikke blot for udenlandske medarbejdere.

Bemærkningen om, at uoverensstemmelser om, hvorvidt der foreligger misforhold, behandles med ligefrem bevisbyrde, blev indsat i 2014 som en præcisering af, at det for så vidt angår misforhold ikke – som ellers gældende i bestemmelsen i § 86 – påhvilede underentreprenøren at bevise, at overenskomstens bestemmelser overholdes.

Bemærkningen om den ligefremme bevisbyrde blev overført uændret, da bestemmelsen om misforhold blev flyttet til § 28 i 2017-overenskomsten. Der var ikke under forhandlingerne nogen drøftelse af formuleringen. Der gælder en helt almindelig bevisbyrde. Det blev ikke under forhandlingerne drøftet, at der skulle være tale om en tung bevisbyrde.

Baggrunden for bestemmelsen i § 28, stk. 7, hvorefter det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere misforhold, at der er tale om en væsentlig afvigelse af den generelle mindsteløn inden for branchen, var et krav fra Dansk Byggeri, der ønskede, at sammenligningen skulle ske mellem sammenlignelige virksomheder inden for samme branche og geografi. Mindestbetalingssatserne er fastsat i 2017-overenskomstens kapitel 6 om tidlønsbestemmelser i §§ 23-27. Efter hans opfattelse er det overenskomstparternes faste praksis og fælles forståelse, at kun indkomstskattepligtige lønde, fx løn, feriepenge, pension, SH-betaling, indgår i mindestbetalingsbegrebet. Derimod har begrebet ”virksomhedens samlede omkostninger” aldrig været en del af drøftelserne under overenskomstforhandlingerne. Overenskomsten omtaler ikke sociale sikringsomkostninger betalt af arbejdsgiveren i henhold til udstationeringslandets lovgivning. Dansk Byggeri har aldrig før denne sag og en sag, der verserer for Arbejdsretten, gjort gældende, at sociale sikringsomkostninger indgår i lønbegrebet.

Protokollatet af 20. januar 2017 om pensionsforhold for udstationerede medarbejdere er indgået umiddelbart før overenskomstfornyelsen i 2017. Parterne var enige om, at overenskomsten skal fortolkes EU-konformt. Protokollatet omfatter dokumenterede betalinger til supplerende personlige pensionsordninger. Udtrykket ”supplerende pensionsordning” er taget fra pensionsdirektivet. Parterne var enige om, at danske og udenlandske medarbejdere skulle have det samme i pensionsbidrag. Protokollatet omfatter ikke arbejdsgiverens betaling til sociale sikringsordninger.

## **5. Om virksomheders betaling af sociale sikringsomkostninger i Tjekkiet**

En tjekkisk arbejdsgiver skal i henhold til tjekkisk lovgivning indbetale sociale sikrings- og sundhedsforsikringsbidrag opgjort på grundlag af arbejdstagerens løn.

En andel af de sociale sikrings- og sundhedsforsikringsbidrag betales af arbejdsgiveren og fratrækkes ikke i arbejdstagerens bruttoløn i henhold til lønopgørelsen. En andel betales af arbejdstageren og fratrækkes i arbejdstagerens bruttoløn.

*Sociale sikringsbidrag* indbetales til en statslig myndighed. Arbejdsgiverens samlede bidrag til sociale sikringsbidrag er 24,8 % og består af sygeforsikring 2,1 % (i 2019 nedsat fra 2,3 %), pensionsforsikring 21,5 % og bidrag til statens beskæftigelsespolitik 1,20 %. Arbejdstagerne bidrager alene til pensionsforsikringen, deres bidrag er på 6,5 %. Pensionsforsikringen omfatter følgende typer af pensionsordninger: alderspension, invalidepension, enke- og enkemandspension og pension til forældreløse børn og dækker herudover arbejdsløshedsforsikring. For de sociale sikringsbidrag er der et årligt maksimum for beregningsgrundlaget for den enkelte arbejdstagers løn på i 2019 CZK 1.569.552 (ca. EUR 61.300)

*Sundhedsforsikringsbidrag* indbetales til et af arbejdstager valgt godkendt sundhedsforsikrings-selskab og giver arbejdstageren adgang til det offentlige sundhedsforsikringssystem.

Arbejdsgiverens bidrag er på 9 %.

Arbejdstagerens bidrag er på 4.5 %.

Der er ikke noget maksimum for beregningsgrundlaget for så vidt angår sundhedsforsikringsbidrag.

Tjekkiet har afgivet erklæring i henhold til artikel 9 i EU-forordning nr. 883/2004 af 29. april om koordinering af sociale sikringsomkostninger, hvorefter de nævnte ydelser er omfattet af forordningen. Det følger herefter af betragtning 5) i EU-direktiv 98/49 EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdsgivere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for fællesskabet (pensionsdirektivet), at disse ydelser ikke er omfattet af pensionsdirektivet.

## **6. Baggrunden for sagen**

K2 Leseni s.r.o. er en tjekkisk stilladsvirksomhed, som udfører specialiseret stilladsarbejde inden for industrien. K2 Leseni udførte som underentreprenør stilladsarbejde i forbindelse med projektet BIO4 omfattende opførelse og installation af kedler på Amagerværket, Vindmøllevej 45. København. K2 Leseni arbejdede på pladsen fra juli 2017 til juni 2019. Der var i perioden et skiftende antal udstationerede, tjekkiske stilladsarbejdere på pladsen. De arbejdede i tre ugers turnus med to ugers arbejde á 55,5 timer og en uges afspadsering. Samlet androg deres arbejde 381 mandemåneder. Virksomhedens stilladsmedarbejdere havde alle kvalifikationer svarende til niveau 2.2 eller 2.3 i henhold til Arbejdstilsynets bekendtgørelse nr. 1346 af 29. november 2017 om bl.a. kvalifikationskrav ved opstilling af stilladser.

Om medarbejdernes lønforhold mv. har *K2 Leseni* oplyst følgende:

### Kontant timeløn

K2 Leseni betalte en kontant timeløn på 135 kr. med tillæg af feriepenge, søgnehelligdagsbetaling og pensionsbidrag inkl. medarbejderbidraget, svarende til 184,41 kr. pr. time.

### Udstationeringstillæg/diæter

K2 Leseni har endvidere betalt kontante udstationeringstillæg/diæter i overensstemmelse med de tjekkiske regler herom. Beløbet er ud fra en takst svarende til EUR 50 pr. fulde døgn af virksomheden opgjort til mellem 50 og 60 kr. pr. medarbejder pr. arbejdstime.

### Overnatning/bolig

K2 Leseni har afholdt udgifterne til overnatning – typisk i lejede hotellejligheder, hvor medarbejderne boede på skift med hver deres værelse – under medarbejdernes ophold Danmark. Virksomheden har på grundlag af virksomhedens samlede udgifter til bolig beregnet, at udgiften til bolig kan opgøres til ca. 30 kr. pr. arbejdstime pr. medarbejder.

### Transport

K2 Leseni har afholdt udgifterne til transport til og fra Tjekkiet samt i Danmark, hovedsageligt ved at stille firmabiler til rådighed og afholde udgifterne hertil. Virksomheden har opgjort, at udgiften svarer til ca. 4 kr. pr. arbejdstime pr. medarbejder.

### Sociale sikringsomkostninger

I henhold til tjekkisk lovgivning har K2 Leseni betalt i alt 34 % af virksomhedens lønudgifter i sociale sikringsomkostninger, fordelt med 21,5 % i pensionsbidrag, 9 % til helbredsforsikring, 2,3 % til sygeforsikring og 1,2 % til arbejdsløshedsforsikring.

### Samlet lønniveau

På dette grundlag har K2 Leseni opgjort lønniveauet pr. time til i alt 325,41 kr., sammensat af timeløn, feriepenge, SH-betaling og pensionsbidrag 184,41 kr., udstationeringstillæg/diæter 55,00 kr. pr. time, overnatning 30,00 kr. pr. time, transport 4,00 kr. pr. time og sociale omkostninger 52,00 kr. pr. time.

*Klager har bestridt*, at udstationeringstillæg/diæter, overnatning, transport og sociale sikringsomkostninger kan indgå ved sammenligning af lønniveau, og har gjort gældende, at alene timeløn, feriepenge, SH-betaling og pensionsbidrag, i alt 184,41 kr. i timen kan indgå ved bedømmelsen af misforhold.

*Klager har* til brug ved vurderingen af lønniveauet i sammenlignelige virksomheder inden for samme branche og geografi *fremlagt* en række lokalaftaler og lønsedler. Klager har opgjort *den samlede timeløn* inkl. feriepenge, SH-betaling og pensionsbidrag for de pågældende virksomheder således:

- 1) AC Stilladser ca. 332 kr.
- 2) Dan Stillads ca. 282 kr.
- 3) ESG GmbH ca. 242 kr.
- 4) Eriksson Stilladser ca. 279 kr.
- 5) E-Service ca. 312 kr.
- 6) Jerslev Stilladsservice ca. 279 kr.
- 7) Kaefer UAB ca. 351 kr.
- 8) LW Stilladser ca. 305 kr.
- 9) Persolit ca. 288 kr.
- 10) Trekanten Stilladser ca. 255 kr.

For så vidt angår virksomhederne 3) ESG GmbH og 7) Kaefer UAB har klager oplyst, at man ikke har dokumentation for, at disse har udført arbejde i Københavnsområdet. Disse virksomheder er derfor ikke medtaget i klagers beregning af det gennemsnitlige lønniveau for stilladsvirksomheder i



Københavnsområdet. På grundlag af lønoplysningerne fra de øvrige virksomheder har klager beregnet *den samlede gennemsnitlige timeløn* for virksomheder sammenlignelige med indklagede for så vidt angår branche og geografi til 293 kr.

*Indklagede har fremlagt lønoplysninger fra følgende virksomheder, hvorefter selve timelønnen er opgjort således:*

11) Kaefer/ESG GmbH ca. 160 kr. (ikke 185 kr. eller 268 kr. som i klagers opgørelse),

12) Fyens Stillads Co. ApS ca. 166 - 188 kr.

*Det er oplyst, at en række andre stilladsfirmaer end K2 Leseni har arbejdet på projektet BIO4. Der er ikke fremlagt oplysninger om lønniveauet i disse firmaer.*

John Jakobsen har forklaret bl.a., at han jævnligt har været på besøg på byggepladsen BIO4. Efter hans vurdering kræver langt den overvejende del af stilladsarbejdet på pladsen, at stilladsarbejderen har kvalifikationer svarende til niveau 2.3 i Arbejdstilsynets bekendtgørelse. En mindre del, han vil skønne 5 %, af arbejdet kan udføres af stilladsarbejdere med kvalifikationer svarende til niveau 2.2. Alle stilladsarbejdere, der har opnået niveau 2.2. eller 2.3, opfylder kravene i priskuranten til timetillæg på 58,13 kr. Stilladsarbejde udføres som udgangspunkt på akkord, men industristilladser og dermed stilladsarbejde på værker udføres typisk på timeløn i henhold til lokalaftale. Om der for sådant arbejde fås timetillæg, beror på virksomhedens lønsystem og den indgåede lokalaftale.

Thomas Strømsholt har forklaret bl.a., at han har indhentet oplysningerne om timelønnen for stilladsarbejdere. De relevante sammenligningsvirksomheder er værker i Københavnsområdet, hvor stilladsarbejdet udføres på timeløn. For disse virksomheder har han beregnet den gennemsnitlige samlede timeløn til 293 kr.

Lene Juel har forklaret bl.a., at alle K2 Lesenis stilladsmontører havde opnået anerkendelse fra Arbejdstilsynet på enten niveau 2.2. eller 2.3. og en enkelt på niveau 2.4. Virksomheden har betalt udstationeringstillæg/diæter kontant til medarbejderne, som har kvitteret for modtagelsen, og har afholdt samtlige omkostninger til indkvartering og transport. Udstationeringstillægget er et tillæg for ulempen ved at være væk fra sin faste bopæl. Beløbet afhænger af antal døgn/timer med fravær.

## **7. Parternes hovedsynspunkter**

Klager har i hovedtræk anført, at klager har en klar retlig interesse i en afgørelse af, om der har foreligget misforhold ved lønfastsættelsen. Sagen er rejst, mens arbejdet på pladsen var igangværende. Efter overenskomstens § 28, stk. 11, skal et konstateret misforhold gøres til genstand for lokal forhandling, og parterne kan ved fagretlig behandling søge at opnå enighed om, hvordan misforholdet kan bringes til ophør, eventuelt ved at aftale en efterbetaling. Hertil kommer, at der muligt kan være arbejdsretlig identitet med en ny stilladsvirksomhed.

Det er efter overenskomstens § 28, stk. 7, klager, der har bevisbyrden for, at der foreligger misforhold. Det er tale om en sædvanlig ligefrem bevisbyrde, og der er efter ordlyden og Palle Bisgaards forklaring om bestemmelsens tilblivelse intet grundlag for at antage, at denne bevisbyrde skulle være særligt tung.

Ved vurderingen af, om der foreligger misforhold, skal der efter overenskomstens § 28, stk. 7, foretages en sammenligning mellem de relevante virksomhedernes lønniveauer. Der har ikke været nogle drøftelser mellem overenskomstparterne om begrebet lønniveau, og det bestrides, at der for § 28 gælder et særligt lønbegreb. Lønniveau må derfor forstås i overensstemmelse med det almindelige lønbegreb, hvorefter løn omfatter de dele, der er blevet lønbehandlet ved tillæg af feriepenge, SH-betaling mv. og pensionsbidrag. Der er hverken i ordlyd eller litteratur holdepunkter for at side stille begrebet lønniveau med virksomhedens samlede medarbejderomkostninger. Tilkendegivelsen i faglig voldgiftssag FV2015.0070 vedrører et andet overenskomstgrundlag og er en helt konkret afgørelse, hvor parternes argumentation ikke fremgår.

Det gøres på denne baggrund gældende, at det alene er den af indklagede betalte kontante timeløn på 135 kr. med tillæg af feriepenge, SH-betaling og pensionsbidrag, eller i alt 184,41 kr., der indgår i lønbegrebet ved misforholdsvurderingen.

Indklagedes udgifter til udstationeringstillæg, logi og transport kan ikke anses som en del af lønnen. Beløbene er ikke tillagt feriepenge eller pension, og der er ikke indeholdt skat af beløbene. Der er herved skabt en formodning for, at tillæggene er givet som godtgørelse af udgifter, der reelt er afholdt i forbindelse med udstationeringen. Det påhviler herefter indklagede at afkræfte denne formodning, hvis tillæggene helt eller delvis skal kunne anses som løn, jf. herved Arbejdsrettens dom af 8. november 2011 i sag AR2008.464. Indklagede i sagen har ikke afkræftet denne formodning. De tjekkiske medarbejdere har arbejdet efter en aftale om to ugers arbejde i Danmark og en uge hjemme i Tjekkiet. De har derfor, modsat Arbejdsrettens afgørelse i sag AR2012.0618, haft ekstra udgifter, bl.a. til mad, under udstationeringen.

Heller ikke de afholdte sociale sikringsomkostninger kan indgå ved opgørelsen af den betalte løn. Ydelserne er omfattet af forordning 883/2004 og kan sammenlignes med ydelser, som i Danmark finansieres via skatten såsom folkepension, adgang til læger og hospital, sygedagpenge og bistandshjælp. Det fremgår udtrykkeligt af pensionsdirektivet, at såfremt en medlemsstat har fremsat erklæring om, at en pension er omfattet af forordning 883/2004, kan samme pension ikke være omfattet af pensionsdirektivet. Sociale sikringsomkostninger kan således ikke anses for lønde og indgår ikke ved vurderingen af en virksomheds lønniveau. Også en ordlydsfortolkning af overenskomstparternes protokollat om pensionsforhold for udstationerende virksomheder støtter, at sociale sikringsomkostninger ikke kan anses som lønde. Protokollatet omhandler supplerende pension omfattet af pensionsdirektivet, og parterne har således udtrykkeligt sikret sig, at der kun er modregningsadgang ved supplerende pensionsordninger, Kendelsen af 5. februar 2019 i sag FV2018.0075 (Mostostal) er uden betydning for denne sag. Den vedrører et andet overenskomstråde (CO-industri og DI Overenskomst I) og et andet protokollat.

Klager har ved de fremlagte lokalaftaler og lønsedler dokumenteret, at den gennemsnitlige samlede timeløn inden for sammenlignelige virksomheder inden for samme branche og geografi er ca. 293 kr. Når dette sammenlignes med den samlede timeløn hos indklagede på 184,41 kr. er det klart dokumenteret, at den indklagede virksomheds lønniveau er endog meget væsentligt lavere end lønniveauet på sammenlignelige virksomheder i branchen. Der foreligger herved misforhold som helhed, jf. overenskomstens § 28, stk. 6-7.

Indklagede har i hovedtræk anført bl.a., at klager ikke har aktuel retlig interesse i en afgørelse i sagen. Arbejdet er tilendebragt, og det følger direkte af overenskomstens § 28, stk. 12, at parterne, såfremt der fastslås et misforhold, ved forhandling kan søge at nå til enighed om, hvordan misforholdet bringes til ophør, men en eventuel uenighed om lønfastsættelsen kan ikke videreføres til faglig voldgift. Lønforhandlinger giver imidlertid ikke mening, da virksomheden ikke længere udfører arbejde i Danmark.

Spørgsmålet om, hvorvidt der har foreligget misforhold ved lønfastsættelsen hos indklagede, må i øvrigt afgøres på grundlag af en fortolkning af overenskomstens § 28, herunder begrebet ”lønniveau”. Anvendelsen af ordet lønniveau – og ikke fx ordet mindsteløn – i § 28, stk. 7, må ses som et udtryk for, at det er virksomhedens samlede ydelser, der er forbundet med medarbejdernes arbejde, der skal indgå ved sammenligningen af lønniveauer. En virksomheds lønomkostninger skal således ikke opgøres alene som løn udbetalt direkte til den enkelte medarbejder, men også omkostninger, som virksomheden udbetaler for en medarbejder i form af dækning af udgifter eller bidrag, skal medregnes til den samlede løn. De udgifter, indklagede har afholdt til udstationeringstillæg, bolig og transport, skal derfor medtages ved fastlæggelsen af virksomhedens lønniveau. Dette er fastslået i fagretlig praksis ved tilkendegivelsen i FV2015.0070, hvor misforhold blev gjort gældende, og hvor virksomheden blev frifundet under henvisning til, at den gennemsnitlige timeløn inklusive værdien af mad og bolig på 140 kr. ikke udgjorde et lønniveau, der var væsentligt lavere end lønniveauet for sammenlignelige virksomheder i branchen.

Den samlede timeløn til indklagedes medarbejdere kan herefter opgøres til 273,41 kr. (timeløn inkl. feriepenge, SH-betaling og pension 184,41 kr. med tillæg af udstationeringstillæg, bolig og transport.) Hertil kommer de sociale sikringsomkostninger, der kan opgøres til 52 kr. pr. arbejdstime. Virksomheden har faktisk afholdt disse udgifter, således som det er dokumenteret ved de fremlagte bilag.

Særligt om de sociale sikringsomkostninger har indklagede anført, at disse må medregnes ved vurderingen af virksomhedens lønniveau. Bidragene, der for arbejdsgiveren udgør 33,8 % (nedsat fra 34 % den 1. juli 2019) af lønnen, betales i tillæg til den umiddelbare direkte timeløn og stiger proportionalt både med antallet af arbejdstimer og med stigninger i timelønnen. Det fremgår af overenskomstparternes protokollat om pensionsforhold for udstationerende virksomheder, at formålet med aftalen er at undgå dobbeltbetaling af pensionsbidrag, og at udstationerede medarbejdere skal sikres betaling på samme niveau som øvrige omfattet af overenskomsten, samt at en udstationerende virksomhed ikke må stilles ringere eller bedre end en tilsvarende virksomhed, såfremt der betales bidrag til en supplerende pensionsordning i hjemlandet. For at opfylde dette formål må begrebet ”supplerende pensionsordning” have et bredere område. En sådan forståelse støttes også af kendelse af 5. februar 2019 i FV 2018.0075 (Mostostal).

Denne sag angår ikke, om mindstebetalingsskravet er opfyldt, men angår misforholdsbedømmelsen. Ved denne vurdering må der henses til virksomhedens samlede lønniveau i bredere forstand.

Indklagede bestrider, at der foreligger misforhold. Den samlede timeløn, som indklagede har betalt, er ikke væsentligt lavere end for sammenlignelige virksomheder inden for branchen. Det gælder også, selv om ikke alle de elementer, som indklagede hævder skal indgå ved fastlæggelsen af lønniveauet, indregnes.

Det er klager, der har bevisbyrden for, at der foreligger misforhold. Parterne har fundet det nødvendigt præcisere dette i overenskomstteksten. Der må derfor kræves en klar dokumentation fra klagers side for at statuere misforhold, og klager har ikke løftet denne bevisbyrde.

## **8. Opmændenes begrundelse og resultat**

Sagen angår aflønningen af tjekkiske medarbejdere udstationeret af det tjekkiske firma K2 Leseni s.r.o. til udførelse af stilladsarbejde på Amagerværket i København. De pågældende medarbejdere har udført såkaldt værksarbejde som timelønsarbejde. De er aflønnet med udgangspunkt i en personlig timeløn på 135,00 kr., dvs. med en timeløn, som er højere end 2017 Bygge- og Anlægsoverenskomstens mindstebetalingssats på 122,15 kr. Medarbejderne har endvidere af den optjente løn fået feriegodtgørelse og søgnehellidags- og feriefridagsbetaling efter taksterne i Overenskomsten, ligesom virksomheden har indbetalt pensionsbidrag til PensionDanmark efter Overenskomstens fulde takst uden fradrag af medarbejdernes andel i deres løn. Der er enighed om, at medarbejderne herved har fået en samlet løn for en normalt time på 184,41 kr. og en løn, som er højere, end hvad der efter Overenskomsten mindst er krav på. Der er således ikke under sagen spørgsmål om, hvorvidt medarbejderne i løn har modtaget, hvad de efter Overenskomsten mindst har krav på, herunder spørgsmål om, hvorvidt lovpligtige arbejdsgiverbidrag af medarbejdernes løn i Tjekkiet til sociale sikringsordninger vedrørende bl.a. pension kan fratrækkes i et eller flere af de ovennævnte lønelementer.

Det, der er spørgsmålet under sagen, er, om lønniveauet i K2 Leseni har været sådan, at der foreligger ”misforhold som helhed” i Overenskomstens forstand, jf. dennes § 28, stk. 6 og 7. Det hedder herom i Overenskomsten, at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere misforhold, at der er tale om en væsentlig afvigelse fra den generelle gennemsnitsløn inden for branchen – virksomhedens lønniveau skal være væsentligt lavere end lønniveauet på sammenlignelige virksomheder inden for samme branche og geografi.

Der er i den forbindelse spørgsmål om, hvorvidt der ved misforholdsbedømmelsen af en udenlandsk udstationerende virksomheds lønniveau kan tages hensyn til de udgifter, virksomheden har afholdt til de udstationerede medarbejders transport, kost og logi mv., og de arbejdsgiverbidrag af lønnen, som virksomheden i medfør af lovgivning i hjemlandet har afholdt til sociale sikringsordninger dér.

Om de sidstnævnte spørgsmål bemærker opmændene enstemmigt, at en besvarelse heraf beror på en fortolkning af Overenskomsten, hvorved der kan tages hensyn til relevant EU-regulering, som Overenskomsten i mangel af holdepunkter for det modsatte må antages at skulle forstås i overensstemmelse med, men som imidlertid ikke indeholder nogen direkte regulering af, hvordan den overenskomstmæssigt aftalte misforholdsbedømmelse skal foretages.

Udstationering udløser udgifter til medarbejdernes transport, kost og logi mv. For arbejde i København gælder det, hvad enten virksomheden ligger i Jylland eller Tjekkiet. En arbejdsgivers dækning af reelle udgifter forbundet med udstationering anses efter dansk arbejdsretlig opfattelse ikke som

en del af medarbejdernes løn. Der er ikke under sagen fremkommet oplysninger, som giver holdpunkt for en anden forståelse af udtrykket lønniveau i Overenskomstens misforholdsbestemmelse. En forståelse i overensstemmelse hermed stemmer også bedst overens med reguleringen af udgifter til rejse, kost og logi i udstationeringsdirektivet, direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i en udveksling af tjenesteydelser artikel 3, stk. 7, 2. led.

Det er på denne baggrund opmændenes enstemmige bedømmelse, at de udgifter K2 Leseni har afholdt til medarbejdernes logi og transport i forbindelse med udstationeringen ikke kan indgå ved fastlæggelsen af det efter misforholdsbestemmelsen relevante lønniveau.

K2 Leseni har i overensstemmelse med tjekkisk lovgivning til de udstationerede medarbejdere udbetalt et udstationeringstillæg på EUR 50 pr. døgn. Der er en formodning for, at dette beløb er udbetalt til dækning af reelle merudgifter til kost og andre fornødenheder i forbindelse med udstationering. Der henvises herved til Arbejdsrettens kendelse af 8. november 2011 i sag AR2008.464 og Arbejdsrettens dom af 9. oktober 2014 i sag AR2012.0618. Det bemærkes i den forbindelse, at den danske sats for skattefri rejsegodtgørelse til kost er knap 500 kr. pr. døgn. Der er ikke under sagen fremkommet oplysninger, som giver grundlag for en antagelse af, at udstationeringstillægget er givet som et løntillæg og ikke til dækning af reelle merudgifter forbundet med udstationeringen. Udstationeringstillægget kan derfor heller ikke indgå ved fastlæggelsen af det efter misforholdsbestemmelsen relevante lønniveau.

Spørgsmålet er herefter, om der ved fastlæggelsen af det efter misforholdsbestemmelsen relevante lønniveau kan tages hensyn til de arbejdsgiverbidrag af lønnen, som K2 Leseni i medfør af lovgivning i Tjekkiet har afholdt til sociale sikringsordninger dér.

Der er tale om sociale sikringsordninger vedrørende beskæftigelse, sundhed, sygdom og pension. Ordningerne er lovbestemte og obligatoriske. Arbejdsgiverens samlede bidrag er 33,8 %, som arbejdsgiveren betaler af og oven i den enkelte medarbejders bruttoløn (i den periode, som sagen angår, var det samlede arbejdsgiverbidrag 34 %). Den enkelte arbejdstager bidrager til ordningerne med i alt 11 % af bruttolønnen, som fratrækkes denne.

Disse lovbestemte tjekkiske sociale sikringsordninger er omfattet af EU-forordning nr. 883/2004 af 29. april 2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger. Pensionsordningen har ikke karakter af en supplerende pensionsordning omfattet af EU-direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet.

Der er tale om sociale sikringsordninger vedrørende ydelser, som i Danmark finansieres over skatten. Finansieringen af sådanne ordninger er derfor i Danmark ikke et anliggende, som angår arbejdsmarkedet og de kollektive overenskomster. Ved en sammenligning af en udenlandsk udstationerende virksomheds lønniveau med en dansk virksomheds lønniveau under Overenskomstens misforholdsbestemmelse er det imidlertid opmændenes enstemmige opfattelse, at det stemmer bedst

overens med formålet med bestemmelsen og hensynet til ligestilling af virksomhederne på markedet at anse den udstationerende arbejdsgivers udgift til medarbejderens sociale sikring for en del af det sammenlignelige lønniveau, eftersom udgiften til en dansk virksomheds medarbejders sociale sikring indirekte indgår i den løn, som medarbejderen får, idet skatten beregnes af denne.

På denne baggrund finder opmændene enstemmigt, at K2 Leseni lovpligtige bidrag til de tjekkiske sociale sikringsordninger kan indgå i opgørelsen af det efter Overenskomstens misforholdsbestemmelse relevante lønniveau med det beløb på 52 kr. pr. arbejdstime for arbejdet på Amagerværket, som K2 Leseni har opgjort det til.

K2 Leseni har herefter haft et lønniveau på ca. 236 kr. i timen.

Efter de under sagen fremlagte oplysninger om andre stilladsfirmaers lønniveauer finder opmændene enstemmigt, at det ikke er godtgjort, at der foreligger misforhold som helhed. Dertil er forskellen til de dårligst lønnende ikke graverende nok, og usikkerheden om, hvad der er betalt for andet stilladsarbejde af andre firmaer, som har arbejdet på samme plads, for stor.

Det er således opmændenes enstemmige konklusion, at indklagede skal frifindes.

#### **Derfor bestemmes:**

Dansk Byggeri for K2 Leseni s.r.o. frifindes for den påstand, som Fagligt Fælles Forbund (3F) har nedlagt under denne sag.

Hver part betaler egne sagsomkostninger samt halvdelen af udgiften til opmændene.

København, den 14. oktober 2019

Børge Dahl

Poul Søgaard

Jytte Scharling

Til bekræftelse

Poul Søgaard