

Udskrift
af
Arbejdsrettens dom af 8. december 2017

I sag nr.: AR2015.0254

Landsorganisationen i Danmark

for

Fagligt Fælles Forbund

(advokat Ulrik Mayland)

mod

Solesi S.p.A.

(advokat Karen Kaufmann og advokat Jacob Sand)

Dommer: Næstformand, højesteretsdommer Marianne Højgaard Pedersen.

Indledning

Sagen angår, om den overenskomst, som den italienske virksomhed Solesi S.p.A. har indgået med Fagligt Fælles Forbund, er gyldig, og i givet fald om virksomheden har betalt korrekt løn mv. til de medarbejdere, der var udstationerede i forbindelse med et byggeri for DONG (nu Ørsted) i Fredericia.

Parternes påstande

Klager, Landsorganisationen i Danmark for 3F Byggegruppen, har nedlagt følgende påstande:

1. Indklagede, Solesi S.p.A., skal til Fagligt Fælles Forbund betale en bod fastsat efter Arbejdsrettens skøn.
2. Principalt, at Solesi S.p.A. skal redegøre for den af Solesi S.p.A. indbetalte opsatte løn til Feriekassen på i alt 1.418.547,86 kr., herunder for hver enkelt medarbejder oplyse hvilke beløb og for hvilken periode den opsatte løn er indbetalt til Feriekassen, subsidiært, at Solesi S.p.A. skal anerkende, at det indbetalte beløb til Feriekassen 1.418.547,86 kr. fordeles

forholdsmæssigt på de medarbejdere, som Solesi S.p.A. allerede har indberettet om til Feriekassen.

3. Frifindelse overfor Solesis selvstændige påstande.

Indklagede, Solesi S.p.A., har nedlagt følgende påstande:

1. Frifindelse overfor Fagligt Fælles Forbunds bodspåstand (påstand 1)
2. Frifindelse overfor Fagligt Fælles Forbunds anerkendelsespåstand (påstand 2), subsidiært at 3F skal anerkende, at betalingen heraf skal ske forholdsmæssigt direkte til Solesis uorganiserede medarbejdere, mens den resterende del af boden, der knytter sig til de organiserede medarbejdere, betales til Solesi S.p.A.
3. 3F skal betale 1.418.547,86 kr. med tillæg af renter, principalt af 112.000 kr. fra den 6. februar 2014, af 112.000 kr. fra den 13. marts 2014, af 821.917,86 kr. fra den 14. april 2014 og af 372.630 kr. fra den 2. maj 2014, subsidiært fra indleveringen af svarskriftet til den faglige voldgift den 13. oktober 2014.

Sagsfremstilling

Solesi S.p.A. (herefter Solesi), der er hjemmehørende i Italien, udførte i efteråret 2013 arbejde på et byggeri for DONG i Fredericia. Solesi var ikke omfattet af en kollektiv overenskomst gennem medlemskab af en dansk arbejdsgiverforening, og 3F Bygge og Anlæg ønskede derfor, at Solesi indgik overenskomst med 3F. 3F sendte derfor en tiltrædelsesoverenskomst til Solesi og anmodede ved breve af 19. august 2013 og 11. oktober 2016 Solesi om at indgå i en forhandling. Ved mail af 16. oktober 2013 anmodede Solesis advokat, advokat Karen Kaufmann, om, at et møde aftaltes med hende. Der blev herefter afholdt møde den 12. november 2013. Ved brev af 13. november 2013 skrev 3F til Solesi, at virksomheden ville blive blokeret uden yderligere varsel, såfremt Solesi ikke inden den 22. november 2013 havde kontaktet 3F med henblik på at indlede forhandling, ligesom 3F ville bede LO om at etablere sympatikonflikt snarest herefter. 3F anførte, at forbundet fortsat var indstillet på en forhandlingsløsning.

Der blev herefter den 3. december 2013 afholdt et møde mellem Solesi og 3F, og Solesi underskrev den 6. december 2013 tiltrædelsesoverenskomst for udstationerende virksomheder med 3F dateret den 3. december 2013. Af tiltrædelsesoverenskomsten fremgår bl.a. følgende af den danske tekst:

”§ 2 – *Timeløn*

Timelønnen følger de ændringer, der sker i den relevante overenskomst og aftales pr. d.d. til flg

...

På bygge- og anlægsområdet til 176,00 kr i København og 1. og 2. zone og til 166,40 i provinsen

...

§ 3 – *Opsat løn*

En del af lønnen indsættes i 3f's feriekasse. Beløbet er beregnet på baggrund af bestemmelserne om pension, om Barsel, om ferie, om SH, i den aktuelle overenskomst. Beløbet udbetales til medarbejderne efter ferielovens bestemmelser. Hvis virksomheden kan dokumentere at der i hjemlandet er udbetalt eller hensat beløb der modsvarer det til 3f's Feriekasse indbetalte beløb, kan det for meget indbetalte refunderes, såfremt forbundet godkender den fremlagte dokumentation for hensættelsen eller udbetalingen.

...

På bygge- og anlægsområdet i provinsen er beløbet 38,61 kr. af timelønnen på 166,40, beløbet indeholder 15,97 kr. i feriepenge (12,5%), 8,82 kr. i SH (6,9%), 1,28 kr. i barsel (1%) samt 12,54 kr. i pension (8,15%).

...”

...

Sammen med den underskrevne overenskomst fremsendte advokat Karen Kaufmann den 6. december 2013 et referat af mødet, som parterne er enige om ikke er et egentligt forhandlingsprotokollat, da det ikke er underskrevet af parterne. Af den danske tekst fremgår følgende:

”Forhandlingsprotokollat mellem Solesi og 3F den 3. december 2013

Deltagere:

3F: Vicedirektør Bygge og Anlæg Palle Bisgaard, gruppeformand Bygge – Levnedsmiddel Jan H. Nielsen

Solesi: Direktør Ing. Paolo Augliera, adm. økonomidirektør Dominico Rizzo, advokat Karen Kaufmann, site manager []

CB&I: Bygge- og Anlægsdirektør Lars Johannson

DONG: Direktør Lars Bach

Mødet vedrørte Solesis eventuelle indgåelse af tiltrædelsesoverenskomst med 3F.

Sagen forhandlede.

Solesi gav udtryk for, at man ønskede nærmere specifikation af den dokumentation, 3F ønsker i forbindelse med udbetaling af feriepenge.

3F redegjorde for, at der skulle fremsendes lister med angivelse af bruttoløn, eventuelle tillæg mv. samt arbejdstimer pr. medarbejder tillige med lønsedler samt

dokumentation for indbetalingerne i Italien. 3F vil herefter tage stikprøver, og såfremt tingene er i orden, vil indbetalingerne til 3F omgående blive refunderet til Solesi.

Solesi gav udtryk for, at man ønskede at fremkomme med en prøve på den dokumentation, der kan fremskaffes med henblik på på forhånd at konstatere, om dokumentationen opfylder 3F's krav, således at forsinkelser med tilbagebetalingen undgås.

3F afviste dette.

Der blev konstateret en mindre forskel i de samlede ferie/søgne- og helligdagsbetalinger, som er ca. 1 % større i henhold til tillægsoverenskomsten end i henhold til Solesis nuværende overenskomst.

Vedrørende ordinær løn var der med henvisning til de af Solesi udleverede specifikationer enighed om, at Solesi generelt opfylder overenskomstens minimumsløn.

Vedrørende overtid var der enighed om, at de nuværende overtidbetalinger ikke opfylder overenskomstens krav.

3F tilkendegav, at man ville iværksætte konflikt straks såfremt overenskomsten ikke blev underskrevet i dag. [Dette punkt er med i den anden udgave af referatet].

Der var enighed om, at overenskomsten underskrives med gyldighed fra den 3. december 2013.”

Den 7. december 2013 skrev Palle Bisgaard således i en mail til Karen Kaufmann:

”Kære Karen

Tak for den tilsendte tiltrædelsesoverenskomst. Jeg skal – igen – opfordre SOLESI SPA til at overveje medlemskab af Dansk Byggeri, specielt da der tilsyneladende fortsat er usikkerhed hos SOLESI om hvilke regler de er omfattet af.

I forhold til tiltrædelsesoverenskomsten skal jeg som udgangspunkt konstatere at den er underskrevet og gælder i sin fulde udstrækning.

I forhold til det vedhæftede brev og referat har jeg følgende bemærkninger:

- Vi har ikke konstateret at lønningerne i SOLESI er i overensstemmelse med overenskomsten. Tvært imod sagde vi udtrykkeligt, at det afhang af den måde der blev arbejdet på, og at der tilsyneladende var nogle der var lønnet for lavt. Endvidere kunne parterne konstatere at overtidbetalingen var noget for lav.
- Vedr. betaling af opsat løn præciserede 3F at SOLESI skal indbetale til 3Fs ferie-kasse som overenskomsten foreskriver. Når indbetalingen er foretaget – og der er fremsendt fordelingslister vedr. de enkelte medarbejdere, skal der fremsendes dokumentation for at de samme beløb er indbetalt i Italien. Herefter vil der evt. blive afholdt et møde mellem parterne for at tage stilling til om doku-

mentationen er tilstrækkelig. Når parterne har accepteret dokumentationen vil det beløb der er indbetalt i Italien blive tilbagebetalt til virksomheden.

I øvrigt skal undertegnede anbefale at samarbejdet med 3F Fredericia bliver tæt – specielt i opstartsperioden, så man undgår misforståelser.”

Den 25. marts 2014 afholdtes 48-timers møde mellem parterne. Af mødereferatet fremgår bl.a.:

”Sagen forhandlede:

Solesi oplyste at IREM ejer Solesi, men Solesi udfører arbejdet i egen entreprise under DONG. P.t. er der 159 personer ansat i Solesi på pladsen.

Solesi oplyste at der normalt arbejdes mellem 7:00 til 17:00 inkl. pause og tøjskift, og at ca. 50 mand arbejder 6 til 7 timer om lørdagen.

Solesi medbragte ikke lønsedler, ansættelsesbeviser eller anden dokumentation for løn på mødet. Der er enighed om at der fremsendes ansættelsesbeviser og lønsedler til 3F, for de 5 navngivne personer. Oplysningerne anonymiseres, så 3F kan identificere personer. Oplysningerne fremsendes inden 72 timer.

Vedr. betaling til 3F's Feriekasse:

Der er p.t. indbetalt kr. 112.000,00 til 3F's Feriekasse. Der er ikke indsendt fordelingslister. Solesi oplyste at beløbet dækker december måned.

3F oplyste at der skal betales til feriekassen hver 10. i efterfølgende måned og at penge hver måned skal fordeles på de arbejdstagere de dækker.

Solesi oplyste at det har de et problem med, da de først udbetaler løn den 20.ende i efterfølgende måned.

Der er enighed om at Solesi indbetaler og fordeler beløbene på 28,55 % af bruttolønnen for december, januar og februar inden for 10 dage.

3F præciserede at overenskomsten fremover skal overholdes.

Solesi tilkendegav, at de fremover indbetaler et aconto beløb senest den 10.ende og fremsender fordeling hurtigst muligt derefter.

Solesi fremsender opgørelse til feriekassen indeholdende:

Navn, adresse, ordinære timer, overarbejdstimer, ordinær løn, overtidsbetaling, brutto lønsum, ferie og pension.

Dokumentation i form af kvittering fra Cassa Edile for den månedlige indbetaling fordelt på personer fremsendes så hurtigt som muligt til brug på nyt møde den 7. maj kl. 10.00 hos Kaufmann Advokater.

Dokumentation for pensionsindbetaling fremsendes i form af kvittering for den månedlige indbetaling fordelt på personer og attesteret af statsanerkendt revisor.

3F konstaterede at der har været flere overenskomstbrud vedr. indbetaling til 3F's Feriekasse samt fremlæggelse af dokumentation. 3F forbeholder sig ret til at videreføre disse.

Solesi har flere gange bedt om møde med 3F for at fastsætte den administrative procedure for at kunne respektere overholdelse af de danske arbejdsnormer. Første efter 2 måneder er der fastsat et møde d.d.

Solesi gentager at de betaler i Italien et højere beløb til Cassa Edile og INPS end det som 3F kræver i Danmark.

Solesi erklærer at de udelukkende vil levere den dokumentation, der er blevet krævet på dagens møde.

3F erklærer at vi til enhver tid er rede til at deltage i møder og til enhver tid vil kræve overenskomsten overholdt i sin helhed.”

Der var efter afholdelse af mødet fortsat uenighed mellem parterne. Som følge heraf indgav 3F klageskrift til faglig voldgift, der forhandlede den 22. oktober 2014.

Opmanden, forhenværende højesteretsdommer Poul Sørensen, afsagde følgende kendelse den 31. oktober 2014:

”**Kendelse** i faglig voldgiftssag FV2014.0090, afsagt den 31. oktober 2014

Fagligt Fælles Forbund
(forhandlingssekretær Palle Bisgaard)
mod
Solesi, filial af Solesi S.p.A, Italien
(advokat Karen Kaufmann)

Uoverensstemmelsen angår, om den indklagede italienske virksomhed har betalt sine italienske ansatte i henhold til en indgået tiltrædelsesoverenskomst til Bygge- og Anlægsoverenskomsten.

Klager nedlagde ved hovedforhandlingens begyndelse følgende påstande:

1. Indklagede skal til klager betale 11.280.351,60 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente fra ydelsernes forfaldstid.
2. Indklagede skal anerkende, at de fremsendte oversigtsbilag for indbetalinger til Cassa Edile er fejlagtige og ikke stemmer overens med de faktiske indbetalinger, og skal anerkende den månedlige betalingsforpligtelse til 3F's Feriekasse.
3. Indklagede skal anerkende, at INPS ikke kan sammenlignes med overenskomstens arbejdsmarkedspension.

...

Klagers påstand 1 er opgjort som manglende overtidstillæg ekskl. feriepenge mv. og pensionsbidrag til 80 italienske medarbejdere indtil den 31. marts 2014 og 130 medarbejdere indtil den 1. september 2014.

Klagers påstand 2 og 3 angår henholdsvis betaling af feriegodtgørelse mv. og pensionsindbetalinger i henhold til overenskomsten.

Indklagede påstod principalt afvisning, subsidiært frifindelse.

Indklagede nedlagde endvidere selvstændig påstand om, at 3F skal refundere 1.418.547,86 kr., som Solesi har indbetalt til 3F's feriekasse, med tillæg af nærmere angivne renter.

...

Efter særskilt procedure og votering afgjorde opmanden, at den af klager påberåbte praksis i henhold til Bygge- og Anlægsoverenskomstens § 82, hvorefter klager i tilfælde af en virksomheds påståede overenskomstbrud over for udenlandske arbejdstagere indtaler det samlede lønkrav for alle arbejdstagernes vedkommende ved faglig voldgift og herefter ikke søger bod pålagt i Arbejdsretten, ikke mod virksomhedens indsigelse kan videreføres i nærværende sag, da denne praksis ikke kan udledes af overenskomsten og dermed ikke kan gøres gældende på grundlag af den med virksomheden indgåede tiltrædelsesoverenskomst.

Påstand 1 må derfor under nærværende faglige voldgiftssag begrænses til at angå klagers efterbetalingskrav for så vidt angår otte af medarbejderne, der alle er medlemmer af forbundet. For disse otte navngivne medlemmer nedlagde klager herefter påstand om efterbetaling for overtid på i alt 538.843,80 kr.

Klager erklærede i tilslutning hertil, at virksomhedens påståede overenskomstbrud herefter i det hele vil blive søgt videreført for Arbejdsretten med påstand om bod.

...

For så vidt angår klagers påstand 2 om feriegodtgørelse mv. afgjorde opmanden, at spørgsmålet om karakteren og det retlige indhold af Cassa Edile, som virksomheden har indbetalt til, sammenholdt med virksomhedens forpligtelse til i henhold til tiltrædelsesoverenskomsten at betale feriegodtgørelse mv. til medarbejderne mest hensigtsmæssigt må finde sin afgørelse under den således varslede sag for Arbejdsretten. Parterne er enige om, at der i henhold til udstationeringsdirektivet ikke skal betales dobbelt af virksomheden for samme ydelser, og opmanden bemærkede i den forbindelse, at klagers krav bl.a. om forlods betaling af feriegodtgørelse i henhold til bilag 7 til Bygge- og Anlægsoverenskomsten muligt rejser nogle EU-retlige spørgsmål, der kan nødvendiggøre en forelæggelse for EU-domstolen, og at sådan forelæggelse i givet fald bedst ses at kunne foretages af Arbejdsretten. I konsekvens heraf kan heller ikke indklagedes tilbagebetalingskrav påkendes under nærværende faglige voldgiftssag.

For så vidt angår klagers påstand 3 om pensionsindbetalinger afgjorde opmanden endelig, at spørgsmålet om karakteren og det retlige indhold af INPS, som virksomheden har indbetalt til, sammenholdt med virksomhedens forpligtelse til i henhold til tiltrædelsesoverenskomsten at indbetale arbejdsmarkedspensionsbidrag til den danske pensionskasse ligeledes mest hensigtsmæssigt må finde sin afgørelse under den varslede sag for Arbejdsretten. Parterne er også med hensyn til dette krav i princippet enige om, at der i henhold til udstationeringsdirektivet ikke skal betales dobbelt af virksomheden for samme ydelser, og opmanden bemærkede i den forbindelse, at klages krav om pensionsindbetaling muligt rejser nogle vanskelige EU-retlige spørgsmål, hvis afgørelse kan nødvendiggøre en forelæggelse for EU-domstolen, og at sådan forelæggelse i givet fald bedst ses at kunne foretages af Arbejdsretten

Under den derefter fortsatte behandling af klagers otte medlemmers fornævnte efterbetalingskrav vedrørende løn og overtid blev der afgivet forklaring af tidligere ansatte Maurizio Terranova, Angelo Vecchio, Giovanni Pistritto og Giuseppe Leonardi, gruppeformand Jan Holm Nielsen, arbejdsformand Gaetano Cafiso, projekt manager Aldo Bruno Coruzzi og personaleansvarlig Marcella Saraceno. Under et særskilt retsmøde var der den 7. oktober 2014 blevet afgivet forklaring af construction director Lars Johansson, CB&I.

Baggrunden for sagen

Under sagen er bl.a. fremlagt CB&I's registreringer hhv. af de forskellige medarbejderes ankomst til pladsen med skurvogne og materialecontainere mv. og af tidspunkterne for medarbejderens ind- og udgang til og fra selve byggepladsen. Endvidere er fremlagt de personlige kalendere, der er forklaret om af nogle af klagers medlemmer.

Klagers krav på overtidsbetaling er i alt væsentligt opgjort på grundlag af disse personlige kalendere sammenholdt med CB&I's registreringer, således at gennemsnittet af de efterbetalingskrav, der er opgjort på dette grundlag, er overført til klagers øvrige medlemmer.

På grundlag af kalenderne og CB&I's registreringer er den manglende overtidsbetaling til fire af klagers medlemmer – efter fradrag for den af virksomheden udbetalte bruttoløn – opgjort således, idet der i henhold til overenskomsten er krav om betalte pauser i forbindelse med den beregnede overtid:

Giuseppe Leonardi	januar 2014	8.792,46 kr.
	februar 2014	13.096,88 kr.
	marts 2014	12.256,56 kr.
Giovanni Pistritto	januar 2014	7.044,98 kr.
	februar 2014	17.286,34 kr.
	marts 2014	17.406,52 kr.
Angelo Vecchio	februar 2014	10.173,86 kr.
	marts 2014	11.311,46 kr.
Maurizio Terranova	januar 2014	11.058,41 kr.

februar 2014	8.667,71 kr.
marts 2014	13.712,28 kr.
april 2014	7.132,78 kr.
maj 2014	11.350,67 kr.

Den gennemsnitlige underbetaling pr. måned er for disse fire medarbejdere herefter opgjort til 11.605,30 kr.

Til illustration af beregningen skal her blot nævnes klagers opgørelse for Giuseppe Leonardi for februar måned 2014:

Timer ifølge kalender:

222 timer + 10 timer betalt spisepause i forbindelse med overarbejde x 127,79 kr. 29.647,28 kr.

Overtimer 50 %
63 timer x 58,35 kr. 3.676,05 kr.

Overtimer 100 %
21 timer x 116,70 kr. 2.450,70 kr.

Løn ifølge kalender i alt 35.774,03 kr.

Bruttoløn på lønseddel
3.261,96 euro – 238,34 euro = 3.023,62 euro x 7,50 22.677,15 kr.

Manglende bruttobetaling februar 2014 i alt 13.096,88 kr.

Herefter er klagers gennemsnitlige krav vedrørende overtid til alle klagers otte medlemmer opgjort således, idet bemærkes, at tiltrædelsesoverenskomsten blev indgået den 3. december 2013:

Paolo Califore	1/2 - 16/7 2014	6 arbejdsmåneder
Maurizio Terranova	3/12 2013 - 17/10 2014	10,5 arbejdsmåneder
Giuseppe Leonardi	8/1 – 25/7 2014	6,5 arbejdsmåneder
Angelo Vecchio	7/1 – 9/6 2014	5 arbejdsmåneder
Stefano Leonardi	3/2 – 25/7 2014	6 arbejdsmåneder
Giovanni Pistrutto	7/1 – 30/6 2014	6 arbejdsmåneder
Giovanni Ierna	1/2 – 30/4 2014	3 arbejdsmåneder
Vittorio Bazzano	3/2 – 30/4 2014	3 arbejdsmåneder

Dvs. i alt 46 arbejdsmåneder á 11.605,30 kr. svarende til påstandsbeløbet på 538.843,80 kr.

Forklaringer

Giuseppe Leonardi har forklaret, at han blev ansat i januar 2014. Han arbejdede som tømrer/murer med at bygge betonelementer på pladsen.

Han blev hver dag afhentet på sin indkvartering i bus ved 6-6.15-tiden og ankom til skurbyen kl. 6.40-6.45. Han klædte derefter om og medtog diverse udstyr, idet

der efter arbejdspladsens særlige karakter var stillet særlige krav til arbejdsdragt og udstyr (hjelme og gasbeskyttelsesmaske). Han havde et adgangskort til skurområdet, hvor de også hentede det værktøj, der skulle bruges. Uden for selve byggepladsen var der endvidere en hal, hvor de modtog diverse halvfabrikata, der skulle bringes ind på sitet. De gik derefter ind på selve arbejdspladsen. Der var frokostpause kl. 13, reelt i ca. en halv time, idet der er 10 minutters gang fra arbejdspladsen til kantinen. Der blev ikke holdt yderligere pauser i dagens løb. Arbejdsdagen sluttede kl. 17.30, hvorefter de blev hentet af bussen kl. 18. Han har derefter gennemgået sine kalenderoptegnelser for voldgiftsretten. Straks efter ansættelsen var han den 8. og 9. januar 2014 på et sikkerhedskursus, der blev afholdt i skurområdet, men har ikke fået løn for de dage. Når han ikke er registreret af CM&I den 9. januar, skyldes det, at hans medarbejderkort endnu ikke var klart den dag. Den 27. januar 2014 var der snestorm. Folkene blev derfor i skuret i ca. 3 timer, indtil de blev sendt hjem. Der er heller ikke blevet betalt løn for den dag.

Han fik som de øvrige en lønseddel hver måned, men i virkeligheden havde de arbejdet en god del mere end de timer, der var påført lønsedlen. Han skrev uden indsigelse under på lønsedlen, idet man ikke kunne lave ballade på kontoret, hvad ingen af de andre medarbejdere heller ikke gjorde.

Angelo Vecchio har forklaret, at han blev ansat i januar 2014. Han har arbejdet som jernbinder på pladsen.

De første par dage, den 8. og 9. januar 2014, deltog han i et sikkerhedskursus, men fik først løn fra den 10. januar, hvor han begyndte at arbejde på pladsen. Om den daglige arbejdstid og pauser har han forklaret i overensstemmelse med Giuseppe Leonardis forklaring. Han har arbejdet både i hallen uden for sitet og på selve sitet.

På et tidspunkt bad han en lokal regnskabsmedarbejder hos Solesi om en opgørelse af hans arbejdstimer. Han fik derefter udlevet sagens bilag N, der svarer til hans faktiske arbejdstimer på pladsen. Hans lønsedler viste dog et væsentligt lavere timetal. Han gjorde ikke indsigelse, idet han som de andre medarbejdere så sig nødsaget til acceptere vilkårene, hvis de ville forsætte ansættelsen. Han har løbende skrevet antallet af sine arbejdstimer ind i sin kalender, der er fremlagt under sagen.

Maurizio Terranova har forklaret, at han blev ansat i september 2013 som chauffør på de tunge arbejdsmaskiner og i øvrigt som altmuligmand. Han kørte endvidere i nogle måneder medarbejdere til og fra arbejdspladsen i en bus. Kørslen er på sædvanlig vis registreret på køreskiver. På grund af uoverensstemmelser om betalingen for kørslen ophørte han med at være chauffør på bussen medio marts.

Om tilrettelæggelsen af den daglige arbejdstid har han forklaret som sine kolleger. Han har løbende ført sine arbejdstimer ind i sin kalender, dog undtaget den sidste uge i februar.

Giovanni Pistrutto har forklaret, at han blev ansat i januar 2014 til forskallingsarbejde. Også han førte løbende de daglige arbejdstimer ind i sin kalender. Han mistede imidlertid på et tidspunkt kalenderen, som han derefter i maj/juni 2014 har

rekonstrueret. Også han var de første to dage af ansættelsen på et sikkerhedskursus, og de dage har heller ikke han fået løn for.

Gruppeformand Jan Holm Nielsen har forklaret, at han har lavet klagers beregninger af lønkravene. Som grundlag herfor har han haft CM&I's registreringer af folkenes ankomst til pladsen, deres ind- og udgang på og fra selve sitet og af, hvornår de dagligt har forladt pladsen. Hertil kommer så de fire medarbejderes kalenderoptegnelser, der i alt væsentligt stemmer med CM&I's registreringer. Han har modregnet folkenes bruttoløn ifølge lønsedlerne, dog efter Soleris fradrag for bidrag til Cassa Edile. Opgørelsen af arbejdstiden for de fire af klagers medlemmer, der har afgivet forklaring, han derefter brugt til at beregne det gennemsnitlige efterbetalingskrav for alle otte medlemmer, idet arbejdstiden efter alle oplysninger generelt set har været den samme for alle folkene på pladsen.

Gaetano Cafiso har forklaret, at han er ansat som formand på pladsen med ansvar for alle faser af Solesis entreprise. Hans arbejdsstyrke er på 30-40 mand. Første hold medarbejdere ankommer med bussen kl. 6.40, næste hold kl. 7.30. Det er frivilligt, om folkene vil benytte bussen, og mange kommer i egen bil. Han holder møde med CB&I's folk, der giver almindelige instrukser for arbejdet den pågældende dag, hvilket han så giver videre til sine egne folk på pladsen. Først derefter begynder arbejdet på pladsen, undertiden først henad kl. 9. Frokostpausen varer en time fra det tidspunkt, hvor folkene forlader arbejdet ved 12.30-tiden, til de kommer tilbage til arbejdet en time senere. Endvidere holdes der en pause på sitet på 15 minutter kl. 10 og kl. 15. Arbejdsdagen slutter ca. kl. 17.10-17.15. Registreringen af folkenes arbejdstimer foregår på den måde, at der er ophængt lister, hvor der spises frokost. Folkene bekræfter med deres underskrift på listerne deres tilstedeværelse på pladsen, og hvornår de er gået til og fra arbejdet. På grundlag af listerne laver han for hver medarbejder en timeopgørelse, der bliver sendt til Solesis i Italien. Medarbejderne underskriver altid deres lønsedler, men det hører ikke under hans arbejdsområde. Han har ikke fra nogen af de ansatte fået indsigelser mod timeopgørelserne, fraset enkelte fejl, der så er blevet rettet i den følgende uge. Afslutningsvis har han forklaret, at han registrerer folkenes effektive arbejdstid.

Aldo Bruno Caruzzi har forklaret, at han er ansat hos Solesis som project manager og dagligt opholder sig på sitet.

Folkene ankommer almindeligvis om morgenen iført arbejdstøj. Men der skal hentes værktøj, inden arbejdet kan påbegyndes, ligesom værktøjet skal afleveres om aftenen, når arbejdet er sluttet ved 17.15-17.30-tiden. Klokkerne er almindeligvis 7.45, inden folkene kommer rigtigt ind på arbejdspladsen, idet der først skal være tid til instrukser fra hovedentreprenøren CB&I, hvilket alt efter dagens program kan vare mellem 10 og 30 minutter. Når arbejdsdagen slutter, kan folkene skifte tøj på pladsen eller blot tage direkte hjem.

Marcella Saraceno har forklaret, at hun er ansvarlig for Solesis personalekontor i Italien.

De timeopgørelser, som kontoret i Italien modtager, skal være underskrevet af den ansvarlige leder, og de bliver derefter i overensstemmelse med almindelig praksis

i Italien overført til lønregisteret i Solesis database, hvorefter de håndskrevne lister destrueres. Den af klager arbejdstimeoversigt, som Angelo Vecchio har forklaret om, sagen bilag N, er en computerudskrift, der ikke er underskrevet, og som hun derfor ikke kan forholde sig til eller tillægge nogen bevisværdi. Alle lønsedler skal imidlertid underskrives af medarbejderne, der dermed bekræfter lønsedlernes rette udvisende. Viser der sig at være fejl, bliver det rettet på den næste lønseddel. Det beløb, der er trukket på medarbejdernes lønseddel, og som klager i sine opgørelser ikke vil anerkende som en del af medarbejdernes løn, er indbetalinger til Cassa Ediles fond. Cassa Edile omfatter både sygedagpenge, ulykkesdækning, undervisning og i byggebranchen tillige feriepenge. Medarbejderne får efterfølgende fra Cassa Edile en specifikation af deres indbetalinger.

Construction director Lars Johansson har forklaret, at han er ansat i en stilling svarende til byggedirektør hos CB&I, der har en kontrakt på ca. 1 mia. kr. vedrørende projektering og udførelse af en opgradering af Shell-raffinaderiet i Fredericia. Selskabet er et hollandsk firma og datterselskab af et amerikansk selskab, der på verdensbasis har ca. 55.000 ansatte. Han har været ansat i selskabet i ca. 35 år.

Han har dagligt været på pladsen i Fredericia, der er bygget op som en skurby med administration og lagerbygninger mv. for de forskellige entreprenører på pladsen, og der er derfra adgang til selve byggepladsen. Også de seks entreprenører, som CB&I har kontraheret med, herunder bl.a. Solesi, samt disses underentreprenører holder til i skurbyen. Af hensyn til sikkerheden på pladsen foretager CB&I en daglig registrering af, hvor folkene opholder sig på pladsen fra det tidspunkt, hvor de ankommer til skurbyen og går videre til byggepladsen, og til de forlader byggepladsen og skurbyen. CB&I registrerer således både folkenes ankomst- og afgangstidspunktet til og fra skurbyen og deres ind- og udgang til og fra byggepladsen. Registreringen ved ind- og udgangen til og fra selve byggepladsen gennem en "Site Port" for kørende eller tre "Turnstiles" for gående er obligatorisk, hvorimod registreringen ved ankomsten til skurbyen i princippet kan undlades/glemmes. Der arbejder i almindelighed 250-300 folk på byggepladsen.

Solesis folk ankommer i almindelighed i busser til P-pladsen i skurbyen ca. kl. 6.30-6.50. De fleste af folkene er allerede omklædt, men der er omklædningsfaciliteter i skurbyen. Også folkenes værktøj mv. opbevares i almindelighed i skurbyen. Fra skurbyen kører eller går folkene til byggepladsen, gennem hhv. Site Port eller de tre Turnstiles, hvor de som nævnt igen registreres af CB&I. Folkene er typisk inde på byggepladsen ca. kl. 7.15. De går til frokost uden for byggepladsen ca. kl. 12.15 i frokostkantin, der ligger ca. 10 min. gang fra byggepladsen, og er tilbage på byggepladsen kl. 13.15, som de så forlader ca. kl. 17.15 for at køre med bussen ca. kl. 17.30. Kortere pauser end frokostpausen tilbringes almindeligvis på byggepladsen. Folkene arbejder selvsagt hovedsagelig på byggepladsen, men der kan i tilslutning til lagerfaciliteterne i skurbyen foretages mindre arbejder så som opskæring vedrørende mindre forskallingsarbejder. Solesi udfører jord- og betonarbejde på pladsen samt underjordisk rørføring.

Procedure

Klager har navnlig anført, at det efter bevisførelsen – CB&I's registreringer, medlemmernes fremlagte kalendere og de afgivne forklaringer – må lægges til grund, at folkene bliver afhentet ved 6-tiden og ankommer til pladsen kl. 6.40, samt at

den reelle arbejdstid derefter alt overvejende begynder kl. 7 og slutter kl. 17.15. Det kan endvidere lægges til grund, at der midt på dagen holdes en frokostpause, der dog kun kan fragå i arbejdstiden med en halv time på grund af den lange gangtid fra sitet til kantinen. De korte drikkepauser herudover på sitet, opfylder ikke kravene til at kunne anerkendes som selvbetalte pauser i henhold til overenskomsten. Endvidere må den tid, folkene om morgenen venter på instrukser om tilrettelæggelsen af det daglige arbejde på pladsen, medregnes i arbejdstiden, og det samme gælder selvsagt den tid, der går med at få udleveret værktøj og materialer. Hele bevisførelsen tegner et generelt og sikkert billede af arbejdstidsforholdene på pladsen, hvor folkene i almindelighed har haft op mod 10 timers effektiv arbejdstid dagligt. Klagers grundlag for opgørelsen af sine otte medlemmers arbejdstid og det deraf følgende efterbetalingskrav må derfor lægges til grund.

Opgørelsen af efterbetalingskravet er opgjort på grundlag af overenskomstens mindstebetaling, og det skal sikres, at folkene også har fået mindstelønnen udbetalt. Virksomhedens foretagne træk i lønnen for indbetalinger til Cassa Edile kan derfor ikke anerkendes. Der er heller ikke i øvrigt rejst berettiget kritik mod indklagedes opgørelse af medlemmernes efterbetalingskrav.

Der foreligger ikke passivitet fra klagers side, idet folkene reelt ikke har haft mulighed for at gøre indsigelse mod de løbende lønudbetalinger, i hvert fald ikke hvis de ville fortsætte med at arbejde på pladsen.

Indklagede har til støtte for sin frifindelsespåstand anført, at et eventuelt efterbetalingskrav – som klager i det hele har bevisbyrden for – ikke kan opgøres på grundlag af gennemsnitsberegninger som sket. Der foreligger ikke konkrete, individuelle oplysninger om arbejdstiden for fire af klagers medlemmer, og for de fives vedkommende, der har afgivet forklaring for voldgiftsretten, er det ikke godtgjort, at de skete lønudbetalinger har været utilstrækkelige eller fejlagtige. Også de skete indbetalinger til Cassa Edile må anses som en del af den overenskomstmæssige løn.

Folkenes arbejdstid har haft en normal effektiv længde på 37 timer ugentligt. Arbejdstiden kan ikke, som klager har gjort det, beregnes fra, når folkene tjekker ind i skurbyen, men tidligst fra morgen-briefingen i kantinen. Endvidere er gangtiden til og fra frokostkantinen i skurbyen en del af frokostpausen og indgår dermed ikke i arbejdstiden.

Særligt for så vidt angår CM&I's registreringer har klager anført, at CM&I i det højeste registrerer folkenes fysiske tilstedeværelse henholdsvis i skurbyen og på selve sitet, men ikke er en registrering af folkenes reelle arbejdstid og heller ikke kan anvendes som grundlag herfor. Solesi bruger den enkelte medarbejders indtjekning til at registrere arbejdstiden, således som dette sker på de ophængte lister. Heroverfor er de fire medarbejderes kalenderoptegnelser alt for usikre og tvivlsomme, ligesom de har vist sig fejlbehæftede og delvist efterkonstruerede, og i hvert fald viser optegnelserne ikke nogen registrering af den daglige effektive arbejdstid. De indsigelser, der er fremkommet mod Solesis lønudbetalinger, er under alle omstændigheder fremsat alt for sent, navnlig set i lyset af, at medarbejdernes løbende har kvitteret på lønsedlerne.

Subsidiært må klagers efterbetalingskrav nedsættes ganske væsentligt.

Efter bevisførelse, procedure og votering kunne der ikke opnås enighed eller flertal for en afgørelse blandt de af hver af parterne valgte medlemmer af voldgiftsretten. Afgørelsen træffes derfor af opmanden.

Opmandens begrundelse og resultat

CB&I's registreringer er ikke foretaget med henblik på at registrere folkenes arbejdstid, men giver dog et meget sikkert billede af, hvor længe folkene generelt har opholdt sig på pladsen, det være sig henholdsvis i skurbyen og inde på sitet, og registreringerne understøtter i høj grad de afgivne forklaringer fra klagers medlemmer og disses kalenderoptegnelser om arbejdstidsforholdene på pladsen. Det kan hermed lægges til grund, at folkene generelt har befundet sig på pladsen i hvert fald fra kl. 6.45 til kl. 17.15, og at deres tilstedeværelse på pladsen ydermere til dels skyldes virksomhedens medvirken i form af transport til og fra arbejdspladsen. Fraset Maurizio Terranovas buskørsel er der ikke fremkommet oplysninger om større individuelle forskelle i folkenes arbejdstid. Der er således på denne baggrund ikke grundlag for at kritisere, at klager som sket har foretaget nogle gennemsnitlige beregninger af folkenes arbejdstid på pladsen og har lagt disse beregninger til grund for opgørelsen af det hævdede efterbetalingskrav.

Tiden til omklædning findes ikke at kunne indgå i arbejdstiden, heller ikke henset til arbejdets beskaffenhed. Men både tiden anvendt til udlevering af værktøj, ventetid på instrukser og tiden til modtagelse af instrukser må på sædvanlig vis indgå i den overenskomstmæssige arbejdstid, hvilket under de foreliggende omstændigheder tillige må antages at gælde gangtiden i frokostpausen fra sitet, hvor arbejdet bliver udført, til kantinen i skurbyen. Derimod er der ikke fornødent grundlag for at anse de omhandlede drikkepauser på sitet som arbejdsgiverbetalte pauser. Endelig må tiden for de indledende sikkerhedskurser indgå i arbejdstiden på pladsen.

Klagers efterbetalingskrav er opgjort med udgangspunkt i overenskomstens mindstebetaling. Der er ikke under sagen oplyst omstændigheder, der giver grundlag for at antage, at virksomheden for en del har kunnet opfylde denne grundlæggende overenskomstforpligtelse ved de skete løntræk for indbetalinger til Cassa Edile. Ved opgørelsen af efterbetalingskravet kan derfor kun modregnes medarbejdernes løn, som den kan opgøres efter dette fradrag.

På det således foreliggende grundlag må klagers efterbetalingskrav fastsættes skønsmæssigt, hvorved navnlig bemærkes, at den nedsættelse, der herefter må foretages af klagers krav, i alt væsentligt vedrører den del af arbejdstiden, for hvilken klager har beregnet et 100 % tillæg for overtid. Klagers påstand tages på denne baggrund til følge med 400.000 kr. med tillæg af procesrenter, der, da kravet er fastsat skønsmæssigt, først findes at kunne pålægges fra den 26. juni 2014, da virksomhedens advokat efter 48 timers-møder modtog en under sagen fremlagt påkravsskrivelse fra Fagligt Fælles Forbund.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Solesi, filial af Solesi S.p.A., skal inden 14 dage til klager, Fagligt Fælles Forbund, betale 400.000 kr. med procesrente fra den 26. juni 2014.

Hver part bærer egne omkostninger og skal betale halvdelen af opmandens honorar mv.”

Ved klageskrift af 25. marts 2015 indledte 3F herefter denne sag. Solesi har i sit svarskrift af 27. maj 2015 anført, at sagen rejser en række væsentlige spørgsmål, hvis besvarelse involverer fortolkningen og anvendelsen af EU-retsakter. Sagens afgørelse afhænger af disse svar, hvorfor følgende spørgsmål (som modificeret i processkrift 1 af 18. maj 2017) bør forelægges for EU-Domstolen:

- ”1. Spørgsmålet om, hvorvidt der er indgået en frivillig aftale, når 3F under gentagne skriftlige og mundtlige konfliktrusler påtvang Solesi at tiltræde en overenskomst, som dels er stridende mod udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra c, men også artikel 56 i TEUF i relation til kravet om dobbeltbetaling af feriegødtgørelse og SH-betaling; særligt om kravet om forlodsbetaling udgør en restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser.
2. Spørgsmålet om den af 3F påståede mangelfulde implementering af pensionsdirektivet til trods for 3F’s tidligere modsatte forsikringer til Beskæftigelsesministeriet, og fortolkningen heraf i forhold til pensionsforpligtelsen i overenskomstens § 3.
3. Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 12 i EU-Charteret om grundlæggende rettigheder krænkes i relation til de uorganiserede udenlandske medarbejdere, såfremt Solesi pådømmes en bod i nærværende sag baseret på 3F’s ekstrapolation af beviserne for de påståede underbetalinger.”

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af Palle Bisgaard, Karen Kaufmann, Domenico Rizzo og Marcella Saraceno.

Palle Bisgaard har forklaret bl.a., at han er næstformand i Byggegruppen i 3F. Han har været med siden 1991.

Han hørte første gang om sagen i efteråret 2013, hvor han blev kontaktet af Jan Holm fra 3F’s Fredericia afdeling. Jan Holm orienterede ham om en stor byggeplads i Fredericia, hvor Jan Holm forinden havde sendt forslag til overenskomst til hovedentreprenøren, CB&I, og til en underentreprenør, Solesi, som imidlertid ikke var blevet underskrevet. Han deltog herefter i et møde i november 2013 sammen med Jan Holm og Solesis danske advokat, advokat Karen Kaufmann. Det var et relativt langt møde på tre-fire timer, hvor de gennemgik tiltrædelsesoverenskomsten i detaljer og den konkrete udformning heraf. De drøftede Laval-overens-

komsten, som er den overenskomst, de har lavet i 3F's Byggegruppe efter ændringen af udstationeringsloven.

Laval-overenskomsten har bl.a. til formål at sikre, at udenlandske virksomheder, der udstationerer medarbejdere i Danmark, kender bestemmelserne på området. I Laval-overenskomsten har de i § 3 erstattet de almindelige danske regler om, at en dansk arbejdsgiver skal betale til bl.a. ferie, pension og barsel, således at udenlandske virksomheder i stedet skal indbetale et samlet beløb kaldet opsat løn. Tillæggene er således konverteret til et lønkrav, som henstår til den enkelte udenlandske medarbejder. Udenlandske og danske medarbejdere bliver dermed ligestillede. Der skal beregnes opsat løn af den samlede bruttoløn, og disse beløb skal hensættes i Feriekassen. Feriekassen er en selvstændig feriecase, men regnskabsmæssigt er den ikke adskilt fra 3F. Hver enkelt medarbejder har sin egen konto i Feriekassen. Det er Feriekassen, der skal vurdere, om de beløb, der eventuelt er udbetalt eller hensat i hjemlandet, modsvarer de beløb, der er indbetalt til Feriekassen. Hvis det er tilfældet, tilbagebetales beløbet til den udenlandske virksomhed. For at Feriekassen kan vurdere, om der skal ske tilbagebetaling, er Feriekassen nødt til at få oplyst grundlaget for lønnen, herunder antal timer mv. Hvis ikke Feriekassen får disse oplysninger, ved de ikke, hvilke beløb der i givet fald skal tilbagebetales. Laval-overenskomsten er beregnet på baggrund af akkordløn og er en mindstelønsoverenskomst. Han har aldrig oplevet, at der er udenlandske arbejdere, der har kunnet forhandle akkord. Den statistiske direkte timeløn er væsentligt højere end den timeløn, der fremgår af Laval-overenskomsten. Den angivne timeløn i overenskomstens § 2 på 166,40 kr. i provinsen er den samlede løn, dvs. inkl. den opsatte løn, hvilket er indsat som følge af Laval-dommen for at gøre de udenlandske virksomheder tydeligt opmærksomme på de samlede forpligtelser og sikre gennemsigtighed.

Både på mødet den 12. november og den 3. december 2013 med Solesi talte de meget detaljeret om, hvad indholdet af Laval-overenskomsten var. Det er hans opfattelse, at Solesis advokat var helt klar over, hvad forpligtelserne indebærer. På møderne talte de også om indberetningerne og indbetalingerne til Feriekassen, herunder med udgangspunkt i bilaget om 3F Holiday Fund, hvortil der også hører en vejledning, der på det tidspunkt kun fandtes på dansk.

I Karen Kaufmanns referat af mødet den 3. december 2013 er der en meget præcis beskrivelse af det, de drøftede på mødet både i november og den 3. december 2013 om indberetninger og

dokumentation. På begge møderne gjorde de meget ud af, at indberetningen til Feriekassen skulle ske i tæt samarbejde mellem parterne, så det blev så lidt bureaukratisk som muligt. Karen Kaufmann var helt opmærksom på det, der skulle indberettes om. Det var to lange møder.

3F sagde på mødet i november, at de ville fremsende et konfliktvarsel for at manifestere, at de mente det alvorligt, at de skulle nå frem til en overenskomst. Solesi beskæftigede allerede på dette tidspunkt mange mennesker, som ikke var overenskomstdækkede. Han kan ikke huske, om det var ham eller Jan Holm, der aftalte mødet den 3. december 2013. De aftalte, at Solesi skulle møde ved personer, der var underskriftsberettigede. Efter aftalen om mødet den 3. december 2013 gjorde 3F ikke yderligere i relation til fristen for blokade den 22. november 2013, da 3 F ønsker ordnede forhold og ikke konflikt. De suspenderer således altid fristen, hvis der aftales en forhandling. Suspensionen foreligger ikke skriftligt, men af mailkorrespondancen kan man se, at der var en frist til den 6. december.

Niveauet i tiltrædelsesoverenskomsten er grundniveauet. Hvis de forhandlede ringere vilkår end dem, der fremgår af tiltrædelsesoverenskomsten, ville det betyde, at de udstationerede ansatte, der blev omfattet af overenskomsten, ville blive stillet ringere end andre ansatte. 3F var blot interesseret i, at arbejderne fik de samme rettigheder, og Dansk Byggeri ville have reageret på dårligere vilkår.

Der var mange deltagere til mødet den 3. december 2013, herunder byggeriets interessenter. De gennemgik mange dele af overenskomsten. Feriekassen blev igen drøftet indgående. Der blev stillet mange spørgsmål, og det er ikke hans indtryk, at man var usikre på så meget, da mødet var færdigt. EU-retlige forhold var ikke et emne. Solesi var meget interesseret i, hvordan de kunne få de beløb, de indbetalte til opsat løn, tilbage så hurtigt som muligt. 3F udtalte, at beløbet ville blive betalt tilbage straks, når grundlaget var i orden. Det var ikke hans opfattelse, at Solesi var usikre på, hvordan det skulle foregå. Solesi ønskede at få tilbagebetaling efter en model med procent. Han sagde og skrev også senere i en mail til Karen Kaufmann, at Feriekassen var nødt til at kende fundamentet for indbetalingerne. Der blev ikke underskrevet overenskomst på mødet den 3. december 2013. Det var ikke hans opfattelse, at Solesi ikke var interesseret i at underskrive overenskomsten, men Solesi havde problemer med at forklare overenskomsten for sit bagland, hvilket 3F havde forståelse for. Det blev aftalt, at overens-

komsten kunne vente med at blive underskrevet til senest den 6. december forudsat, at den skulle have virkning fra den 3. december. Han tror, at han og Jan på et tidspunkt forlod lokallet, så de andre kunne tale sammen alene, men han husker det ikke præcist. Han var ikke bekendt med mails fra CB&I om underskrivelse af overenskomsten. 3F suspendede fristen til den 6. december og iværksatte ikke blokade den 3. december, fordi de havde en aftale med Solesi om at indgå overenskomst. På det tidspunkt var de ikke klar over, at der også var en diskussion om økonomien.

Som han husker det, modtog han et referat af mødet fra Karen Kaufmann sammen med den underskrevne overenskomst den 6. december 2013. I det ene referat (bilag 7) er der i modsætning til referatet i bilag 6 tilføjet en passus om iværksættelse af konflikt. Han ved ikke, hvor det kommer fra. Han kunne heller ikke genkende oplysningen om beregning af grundlaget for indbetaling til Cassa Edile. Grundlaget for indbetaling til Cassa Edile er således anderledes end for indbetaling til Feriekassen, hvor der beregnes af bruttolønnen. Han gjorde indsigelse mod referatet ved sin mail af 7. december 2013 til Karen Kaufmann. På det tidspunkt håbede han helt ærligt på et godt samarbejde, og da overenskomsten nu var underskrevet, fandt han ikke anledning til at skrive noget om konflikt.

Han deltog i mødet den 7. maj 2014 på advokat Karen Kaufmanns kontor. På mødet modtog 3F indbetalingslister fra Solesi, og de havde modtaget nogle lister forud herfor. På det tidspunkt havde de modtaget indbetalinger fra Solesi. De kunne ikke få listerne til at stemme med de beløb, der var indbetalt til Feriekassen. Der manglende ca. 400.000 kr., hvorfor de ikke kunne fordele beløbet på de enkelte medarbejdere. Det ville være i strid med reglerne at fordele beløbene forholdsmæssigt på medarbejderne. For at 3F kunne påbegynde eventuel tilbagebetaling til Solesi var de desuden nødt til at vide, hvilket bruttobeløb der betaltes ud fra. Derudover skulle de have oplyst, hvilket beløb der var hensat hos Cassa Edile for hver enkelt medarbejder.

Beregningerne i den faglige voldgift er baseret på de enkelte medarbejders kalenderoptegnelser og på registreringer fra indgangsporten til byggepladsen. De kunne se, at der ikke var overensstemmelse mellem oplysningerne om beløb på lønsedlen og hvor længe, man arbejdede. Derfor lavede 3F opgørelserne ud fra de fire personer og beregnede dem med udgangspunkt i overenskomstens minimumssats og med de overtidsbetalinger, der var grundlag for.

Herefter omregnede de til et gennemsnit. Opmanden lavede en skønsmæssig vurdering ud fra 3F's beregninger og nedsatte i den forbindelse efterbetalingskravet til 400.000 kr. Det er dette beløb, som 3F nu har anvendt til at beregne kravet ud fra. Der er først lavet en beregning for alle for hver måned og derefter en gennemsnitsberegning. Der er godskrevet for det, der er indbetalt til Cassa Edile. Cassa Edile udbetaler to gange om året – sommer og jul. Mange italienere kalder disse udbetalinger for den 13. og 14. månedsløn, men de beløb, der udbetales til sommer og til jul er det, der i Danmark er feriepenge.

Overenskomsten havde – indtil den fik en ændret formulering i 2007 – en bestemmelse om 6 måneders karens for personer uden erhvervs erfaring. De har imidlertid ikke haft eksempler på medarbejdere, der ikke havde krav på pension fra dag 1. Det er derfor, at Laval-overenskomsten er indrettet, som den er. Alle udenlandske ansatte ville opfylde dette krav.

Indholdet af henholdsvis Bygge- og anlægsoverenskomsten mellem Dansk Byggeri og 3F og den overenskomst, der er indgået mellem Dansk Byggeri og 3F Bygge-, Jord- og Miljøarbejdernes Fagforening København (BJMF) er identiske, og dækningsområderne er henholdsvis København og Frederiksberg kommuner (BJMF) og resten af Danmarks område. Overenskomsterne er gensidigt forpligtende; hvis man tiltræder den ene, er man også forpligtet i henhold til den anden. Vilklårene i de to overenskomster er helt identiske, men der kan være formelle forskelle.

Karen Kaufmann har forklaret bl.a., at hun er advokat, og at hun første gang var i kontakt med Solesi lidt efter midten af oktober 2013, hvor hun fik henvist en sag via en kollega. Solesi havde brug for bistand vedrørende en række forhold. Solesi var på det tidspunkt blevet gjort bekendt med kravet om indgåelse af overenskomst.

Den 12. november 2013 deltog hun i et møde på sit kontor med Palle Bisgaard og Jan Holm. Forud for mødet havde hun ikke haft megen kontakt med 3F, men hun havde haft dialog med hovedentreprenøren CB&I og bygherren DONG, der var bekymrede og ikke ønskede dårlig omtale, hvorfor de gerne ville holdes orienteret om alt, der skete. Før mødet den 12. november 2013 var denne kontakt alene på et ”hold-os-orienteret-niveau”.

På mødet den 12. november 2013 drøftede de iværksættelse af konflikt. Der var ingen tvivl om, at Solesi basalt set ikke ønskede at indgå overenskomst. Forud for mødet havde hun fra Solesi fået tilsendt lønoplysninger mv. med henblik på beregninger af, om Solesis aflønning levede op til kravene i overenskomsten. 3F pressede på for at få en overenskomst i hus, og hun prøvede på at være tilbageholdende. Hun kan på mødet meget vel have harceleret lidt over, at der indkaldtes til møde, hvis der ikke var en reel mulighed for forhandling. Der kunne ikke flyttes så meget som et komma, selv om de havde forestillet sig undtagelse navnlig i forhold til indbetaling til Feriekassen. Hun forstod Palle Bisgaard således, at der ikke var noget til diskussion om indholdet af Laval-overenskomsten.

Hun skrev den 18. november 2013 en mail til Jan Nielsen, da hun under mødet den 12. havde forstået, at 2. konfliktvarsel ville blive afgivet med 3 ugers varsel. Hun blev derfor overrasket over, at hun modtog brev herom allerede den 13. november 2013. Der må have været en misforståelse mellem dem. Hun forstod Palle Bisgaards svar på mailen således, at man havde en konflikt og en hurtigt opkommende sympatikonflikt. Hun opfattede det således, at konflikten teknisk set blev etableret. Hun oplevede ikke, at nogen fra 3F over for hende tilkendegav, at man suspendede konflikten. Der var ikke nogen dialog mellem hende og 3F mellem mødet den 12. november og mailkorrespondancen den 18. november 2013. Blokaden blev således teknisk set iværksat allersenest den 22. november 2013. I princippet var der en blokade allerede efter syv dage fra brevet den 11. oktober 2013, men der blev ikke da iværksat konkrete tiltag for at håndhæve konflikten.

Hun husker ikke, om hun var direkte involveret i at sætte mødet den 3. december 2013 op. Inden mødet var det fortsat Solesis grundlæggende holdning, at de ikke ønskede at indgå overenskomsten, fordi de allerede havde en overenskomst i Italien, som naturligvis skulle overholdes. Hun havde løbende dialog med CB&I, som var støttende overfor Solesis holdning, men var klar over, at DONG nok havde en anden holdning, da de var nervøse for dårlig omtale.

Under mødet den 3. december 2013 blev der diskuteret mange forskellige ting, herunder om der blev betalt nok i henhold til de gældende regler. Solesi var i tvivl om, hvorvidt bolig, transport m.v., som Solesi betalte, skulle regnes med i lønnen. Det er hende, der har skrevet referatet af mødet. Referatet blev sendt til 3F den 6. december 2013. Hun fik ikke bemærknin-

ger fra 3F vedrørende sætningen ”3F tilkendegav, at man ville iværksætte konflikt straks såfremt overenskomsten ikke blev underskrevet i dag.” Det må have været sympatikonflikten, 3F truede med, da blokaden allerede var iværksat. 3F var meget opsatte på, at overenskomsten skulle underskrives den 3. december. 3F sagde noget i retning af, at de ville gå i gang med sympatikonflikter, hvis der ikke blev underskrevet. De kiggede vist på DONG i den sammenhæng. Der var mange mennesker til mødet. Der begyndte at blive uro på bænkerækkerne. De gik hvert til sit i en periode. Da 3F gik ud af lokalet, sagde Lars Bach fra DONG til hende, at hvis ikke der blev underskrevet overenskomst, kunne de godt pakke sammen, da de så ikke overholdt kontrakten. Hun er ret sikker på, at 3F hørte det, men ved det ikke. Solesi havde ikke noget valg – enten kunne de underskrive overenskomsten, eller også smed DONG dem ud. DONG og CB&I var villige til at kompensere for Solesis merudgift i forbindelse med overtidsbetaling, som er højere i Danmark end i Italien. Størrelsen af denne compensation skulle dog beregnes, hvorfor underskrivelsen af overenskomsten blev udsat på Solesis anmodning. Der var således nogle ting, der skulle forhandles på plads. Hun lavede et udkast til en aftale mellem Solesi og CB&I om compensation. Parterne forhandlede herefter uden om hende. Da Solesi og CB&I blev enige, blev overenskomsten underskrevet den 6. december 2013. Der var hende bekendt ingen konkrete tiltag i forhold til konflikt mellem den 3. og den 6. december 2013.

Der blev lagt et utilbørligt pres på Solesi, uagtet der var tale om en forhandlingssituation. Solesi efterprøvede ikke sagen i Arbejdsretten. Hun havde ikke på daværende tidspunkt tilstrækkelig baggrundsviden indenfor arbejdsret. Hertil kom, at Solesi havde et samarbejde med DONG, som skulle bringes til at fungere. Det var også grunden til, at man ikke tidligt i forløbet fremsatte indsigelser vedrørende ulovlig tvang. Palle Bisgaard opfordrede flere gange til, at Dansk Byggeri skulle ind over, men Solesi ønskede helt grundlæggende ikke at indgå overenskomst, og derfor var der heller ikke grundlag for at melde sig ind i Dansk Byggeri.

Der opstod allerede i december 2013 diskussioner om indberetning til Feriekassen. Hun blev derfor bedt om at arrangere et nyt møde med 3F. Hun prøvede gentagne gange at komme i kontakt med 3F om nyt møde. Der var mange ting, som Solesi manglede at få svar på.

Hun deltog sammen med Solesi i et par 48-timers møder, bl.a. den 7. maj 2014. Her blev de af 3F præsenteret for synspunktet om omvendt bevisbyrde. Hun sagde, at det var svært at skulle

dokumentere et helt system, som man ikke kendte i Danmark. Hun tror heller ikke, at Palle Bisgaard dengang kendte så meget til Cassa Edile og INPS. Det fremgår af referatet, at der var tvist om præsterede arbejdstimer. Det var noget nyt, der kom frem på mødet. Solesi kunne godt forstå, hvilke oplysninger 3F gerne ville have, men de var i tvivl om, hvordan de skulle dokumentere de indbetalinger, de havde foretaget i Italien. Solesi var indstillet på at afgive de ønskede oplysninger, så vidt det var muligt. I referatet skrev hun de oplysninger, som 3F ønskede fremsendt. Der skulle et meget stort arbejde til for at levere de ønskede oplysninger. Der var ingen tvivl om, at både Solesi og hun syntes, at de havde stået på hovedet for at levere de krævede oplysninger, hvilket var belastende, fordi det italienske system var så anderledes end det danske. At 3F så heller ikke længere stolede på timeopgørelserne, gjorde, at nu var det nok.

Domenico Rizzo har forklaret bl.a., at han er leder af Solesi S.p.A.

Han hørte første gang fra 3F ved brevet af 19. august 2013. Han reagerede i første omgang ikke, da brevet var på dansk. Han modtog senere brevet på engelsk. Denne gang blev brevet også sendt til DONG. Brevet var vedlagt overenskomst. Der var en trussel om, at hvis ikke Solesi straks underskrev overenskomsten, ville 3F blokere alle Solesis projekter i Danmark. Solesi har indgået overenskomst i Italien og betaler den løn, der skal betales i Italien. Han blev derfor meget overrasket over, at der blev krævet noget yderligere i Danmark. CB&I henvendte sig til Solesi og sagde, at Solesi skulle henvende sig til 3F. Solesi var ikke særligt interesseret i at indgå overenskomst. Solesi havde vundet licitationen i Danmark på baggrund af foretagne beregninger. Hvis de underskrev overenskomsten, ville det medføre meromkostninger, hvilket de ikke var interesserede i. Hertil kom, at alle Solesis medarbejdere var medlemmer af italienske fagforeninger, og medarbejderne ville gerne have deres feriepenge indbetalt til den italienske feriekasse, ligesom de gerne ville have deres pension indbetalt i Italien. Medarbejderne var således ikke interesserede i at indbetale til en kasse i Danmark. Solesi henvendte sig med hjælp fra DONG og CB&I til en advokat, der kunne hjælpe dem med forklare de italienske regler til 3F. Ganske vist var den italienske overenskomst ikke helt parallel med den danske, men lønningerne svarede til de danske. Han drøftede sagen med CB&I og DONG, der var skrækslagne ved tanken om at få problemer med 3F. De ville tage arbejdet fra dem, hvis der kom problemer.

Han deltog i mødet den 3. december 2013 i Fredericia. Paolo Augliera, der er direktør for hele koncernen, deltog også i mødet for Solesi. Der var to opfattelser på mødet: Solesi fastholdt, at det beløb, de betalte deres medarbejdere, svarede til det, som en dansk overenskomst ville kræve. På den anden side pressede 3F, DONG og CB&I dem for at indgå overenskomst. Efter to timers diskussion besluttede parterne sig for at gå hver for sig. På vej ud sagde Lars Bach fra DONG til ham, at Solesi skulle underskrive overenskomsten, ellers ville DONG tage arbejdet fra dem. Han er sikker på, at 3F hørte det, for de var endnu ikke kommet ud af lokalet. Solesi ville fortsat ikke skrive under og havde mest lyst til at forlade mødet. På et tidspunkt tilkendegav Lars Bach overfor ham, at de nok skulle dække eventuelle meromkostninger ved indgåelse af overenskomst. Der blev herefter indgået en aftale mellem Solesi og CB&I om compensation for merudgifter, men CB&I har aldrig overholdt aftalen. Denne aftale blev indgået, inden Solesi underskrev overenskomsten.

3F har både sagt og til dels også skrevet, at hvis ikke Solesi skrev under på overenskomsten, ville 3F med sikkerhed have blokeret raffinaderiet, og det var det, der bekymrede Lars Bach fra DONG. Derudover ville 3F gøre arbejdet vanskeligt ved at blokere for alle leverandører til pladsen. Det fik han meget tydeligt at vide af 3F.

Det var ikke kun vanskeligt, men umuligt, at finde oplysninger om de forhold, som 3F ville have Solesi til at dokumentere. I marts 2014 havde de et møde i Fredericia vedrørende beregning af feriepenge, og hvad Solesi skulle levere af dokumentation. På mødet blev det aftalt, at Solesi skulle levere et Excel ark med de oplysninger, de havde. Det vigtige var ikke, hvor meget det udgjorde for den enkelte person, men det samlede beløb pr. måned. Han forstod det således, at når Solesi havde betalt beløbet angivet nederst på excel arket, skulle de bevise, hvor meget de havde betalt i Italien, hvorefter de måneden efter ville få tilbagebetalt det beløb, der allerede var betalt i Italien. De skulle således kun have penge stående ude måned for måned. Inden Solesi lavede indbetalingen til den danske konto, viste de excel arket til 3F og spurgte, om det var i orden, hvilket de fik at vide, at det var. Efter betalingen troede 3F imidlertid ikke på Solesis oplysninger. 3F krævede nu en erklæring fra en statsautoriseret revisor i Italien om, at oplysningerne var korrekte. Solesi har i sagen fremlagt et uddrag fra deres regnskab lavet til 3F vedrørende indbetalinger til Cassa Edile.

Mødet den 7. maj 2014 var meget ubehageligt, da det pludselig gik det op for Solesi, at 3F ikke ville forstå deres system. Der var total mistillid. Jan Nielsen slog en hånd i bordet og sagde ”I må forstå, at vi er i Danmark, ikke i Italien”. Han vidste, at Solesi havde afleveret excel ark, der tidligere var blevet godkendt, og som Solesi havde indbetalt på baggrund af, men nu troede 3F ikke på dem. Lige pludseligt var der også mange andre ting, som 3F ville vide – hvornår mødte folk, hvornår fik de fri, hvor skiftede de tøj og meget andet. De fik pludseligt at vide, at de penge, som Solesi havde betalt til Feriekassen, ikke kunne tilbagebetales til Solesi, men at Solesi skulle aflevere bankoplysninger mv. vedrørende hver enkelt medarbejder, som Feriekassen så ville betale til. Få dage efter hjemkomsten fra mødet blev han ringet op fra Cassa Edile, der ville orientere ham om, at der lige pludseligt var mødt tre 3F folk fra Danmark op på Cassa Ediles kontor for at kontrollere, om Solesi overhovedet betalte til Cassa Edile. Det gik så op for dem, at det handlede om, at 3F ville finde undskyldninger for ikke at betale tilbage.

Marcella Saraceno har forklaret bl.a., at hun er ansvarlig for Solesis personalekontor.

Ansatte i italienske virksomheder modtager hvert år 12 månedslønninger samt en 13. månedsløn i juli måned og en 14. månedsløn i december måned. De to ekstra lønninger indbetales fra virksomhederne til Cassa Edile, som derefter udbetaler beløbene til medarbejderne de to gange om året. Det er nettobeløb, da der fradrages forskellige bidrag og skatter. Beløbene, der danner grundlag for de ekstra månedslønninger, kan ikke ses på lønsedlen. Det er ikke feriepenge, men nogle penge man får udbetalt ekstra. Ordningen med den 13. og 14. månedsløn er overenskomstsikret. Beløbet fratrækkes 10 % til særlige bidrag til forsikrings- og pensionselskaber mv. og 30 % til skat, som virksomhederne sørger for at betale. Nettobeløbet svarer således til ca. 60 % af bruttobeløbet. Hver måned giver Solesi besked til bl.a. Cassa Edile og INPS for hver enkelt medarbejder, hvorefter de indbetalte beløb fordeles på medarbejderne.

Af den fremlagte lønseddel vedrørende Leonardi Giuseppe fremgår et beløb på 1.917 euro, som angår grundlaget for beregning af de forskellige bidrag. Beløbet på 176,17 euro er et pensionsbidrag, som arbejdsgiveren trækker fra medarbejderens løn svarende til medarbejderens bidrag til pensionen. Derudover betaler arbejdsgiveren en del til pensionen. Beløbet på 5,75 euro er det, man i Italien kalder mindre bidrag. Derudover betaler arbejdsgiveren pension til INPS og andre bidrag, som skal lægges til lønnen. Man kan ikke se den 13. og 14. måneds-

løn på lønsedlen. Solesis bidrag til den 13. og 14. månedsløn betales separat udover feriepen-
gene.

Hun kan ikke huske præcist, hvornår Prevedi blev en lovpligtig pensionsordning, men også inden det tidspunkt meldte medarbejderne sig til ordningen. Arbejdsgiveren skulle acceptere dette. Efter en medarbejders indmeldelse i Prevedi, forpligter arbejdsgiveren sig til at indbetale for både medarbejder og for arbejdsgiver. De fremlagte bilag vedrørende indmeldinger i Prevedi vedrører alle medarbejdere, der har udført arbejde i Danmark.

Feriegodtgørelse udgør 23,45%.

Der var gennemsnitligt 130 medarbejdere fra Solesi på pladsen hen over sommeren 2014.

Retsgrundlag

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71 af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (udstationeringsdirektivet) indeholder følgende bestemmelse i artikel 3:

”Artikel 3

Arbejds- og ansættelsesvilkår

Stk. 1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på nedennævnte områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:

- ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller
- ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8, for så vidt de vedrører de i bilaget nævnte aktiviteter:
 - a) maksimal arbejdstid og minimal hviletid
 - b) mindste antal betalte feriedage pr. år
 - c) mindsteløn, herunder overtidbetaling; dette gælder ikke for erhvervstilknyttede tilægspensionsordninger
 - d) betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer
 - e) sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen

f) beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge

g) ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

I forbindelse med dette direktiv defineres begrebet mindsteløn, jf. stk. 1, litra c), i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret.

...

Stk. 7. Stk. 1-6 er ikke til hinder for anvendelse af arbejds- og ansættelsesvilkår, der er mere favorable for arbejdstagerne.

Ydelser, der specifikt vedrører udstationeringen, betragtes som en del af mindstelønnen, hvis de ikke udbetales som godtgørelse af udgifter, der reelt er afholdt i forbindelse med udstationeringen, såsom udgifter til rejse, kost og logi.

Stk. 8. Ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område.

Hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse, jf. første afsnit, kan medlemsstaten beslutte at lægge følgende til grund:

- de kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er alment gældende for alle tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor eller erhvervsgren, og/eller

- de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område

såfremt deres anvendelse på de i artikel 1, stk. 1, omhandlede virksomheder på de områder, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, i nærværende artikel, ikke medfører forskelsbehandling mellem disse virksomheder og de øvrige virksomheder, der er nævnt i dette afsnit, og som befinder sig i en tilsvarende situation.

Efter denne artikel foreligger der ligebehandling, når nationale virksomheder, som befinder sig i en tilsvarende situation:

- på arbejdsstedet eller i den pågældende sektor er underkastet samme forpligtelser på de i stk. 1, første afsnit, nævnte områder som udstationeringsvirksomhederne, og

- skal opfylde disse forpligtelser med de samme virkninger.

...”

Udstationeringsdirektivet er implementeret i dansk ret ved udstationeringsloven. I 2008 blev der som § 6 a indsat en ny bestemmelse om anvendelse af kollektive kampskridt mv. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 6 a. Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, kan der på samme måde som over for danske arbejdsgivere anvendes kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere til støtte for et krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Det er en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt som nævnt i stk. 1, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales.”

Rådets direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændigt erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet, har i artikel 6 følgende bestemmelse:

”Artikel 6

Bidrag til supplerende pensionsordninger fra eller på vegne af en udstationeret arbejdstager

1. Medlemsstaterne træffer sådanne foranstaltninger, der er nødvendige for at skabe mulighed for fortsat indbetaling af bidrag til en supplerende pensionsordning i en medlemsstat fra eller på vegne af en udstationeret arbejdstager, der under udstationeringen i en anden medlemsstat er medlem af en sådan ordning.
2. Når der i medfør af stk. 1 under udstationeringen fortsat betales bidrag til en supplerende pensionsordning i oprindelsesmedlemsstaten, skal den udstationerede arbejdstager og, hvor det er relevant, dennes arbejdsgiver, være undtaget fra enhver forpligtelse til at betale bidrag til en supplerende pensionsordning i en anden medlemsstat.”

I artikel 3, litra b, er følgende definition:

”»supplerende pensionsordning«: enhver erhvervstilknyttet pensionsordning, der er oprettet i overensstemmelse med national lovgivning og praksis, som f.eks. en gruppeforsikringsaftale, en branche- eller sektorspecifik ordning med finansiering ved udbetaling, en funderet ordning eller pensionstilsagn understøttet af virksomhedshenlæggelser eller enhver kollektiv eller tilsvarende ordning, der har til formål at sikre arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende en supplerende pension”.

Parternes argumentation

Klager har anført navnlig, at 3F og Solesi har indgået en gyldig overenskomst. Solesi har i perioden fra overenskomstens indgåelse den 3. december 2013 til den 1. september 2014 underbetalt sine ansatte i forhold til overenskomstens § 2 og § 3. Bod er forskyldt og skal fastsættes i henhold til arbejdsretslovens § 12. For perioden fra den 3. december 2013 til den 31. marts 2014 opgjorde Solesi, at der var præsteret 322 mandemåneder svarende til et gennemsnit på 80,5 mand. 3F har for den efterfølgende periode fra 1. april til 1. september 2014 beregnet et gennemsnit for 130 mand, hvilket er lavt sat henset til, at Solesi oplyste, at der ultimo marts 2014 var 159 mand på pladsen, og at Solesi mandede kraftigt op. Disse beregninger og deres kvantitative forudsætninger er ikke bestridt af Solesi. Ved faglig voldgift er der taget stilling til omfanget af underbetalingen af løn i henhold til overenskomstens § 2 for otte ansatte, som var medlemmer af 3F, og opmanden udmålte en bod på 400.000 kr. Den faglige voldgift fastslog, at der ikke var større individuelle forskelle i medarbejdernes arbejdstid, at medarbejderne var indkvarteret samme sted og kørte i busser til og fra arbejde, og at der var oplysninger om registreringer i indgangen til og fra arbejdspladsen. Arbejdsretten skal og kan ikke efterprøve det, den faglige voldgift allerede har taget stilling til, men må lægge oplysningerne fra den faglige voldgift til grund. Da der ikke var større individuelle forskelle i medarbejdernes arbejdstid, og da antallet af mandemåneder dels er opgjort af Solesi selv, dels ikke trods opfordret er imødegået, er det sandsynliggjort, at de øvrige medarbejdere blev underbetalt i samme omfang som medlemmerne af 3F. Solesi har en forpligtelse til at bidrage til sagens oplysning. På baggrund af opmandens skøn har 3F beregnet en besparelse på 8.695,65 kr. pr. mandemåned. Det er herefter Solesi, der må bevise, at der er betalt i henhold til overenskomsten. På baggrund af den skønnede lønbesparelse har 3F beregnet den del af den opsatte løn, som modsvarer feriegodtgørelse og SH, til at udgøre 3.831,06 kr. pr. mandemåned. Det, som Solesi har dokumenteret indbetalt til Cassa Edile, er godskrevet Solesi. På baggrund af den skønnede lønbesparelse har 3F endvidere beregnet den del af den opsatte løn, som modsvarer pension, til at udgøre 2.752,34 kr. pr. mandemåned. Solesis besparelse for perioden 3. december 2013 til 1. september 2014 udgør i alt 14.451.236,70 kr. Bodden skal fastsættes ud fra differenceprincippet, det vil sige Solesis besparelse med tillæg af et pønalt element. Solesi udførte i øvrigt efter det for 3F oplyste arbejder på pladsen i en længere efterfølgende periode.

Solesi har indbetalt opsat løn, som er registreret i Feriekassen i perioden fra den 6. februar 2014 til den 2. maj 2014 med 1.418.547,86 kr. Under organisationsmødet den 25. marts 2014 har Solesi anerkendt at være forpligtet til at indbetale og indberette 28,55% af medarbejdernes bruttoløn til Feriekassen. Solesi har imidlertid ikke oplyst – trods opfordret hertil – til hvilke medarbejdere beløbet skal knyttes, hvilket er en forudsætning for at vurdere rigtigheden af de indbetalte beløb, herunder vurdere om der skal returneres beløb til Solesi. Solesi skal derfor redegøre for den af Solesi indbetalte opsatte løn til Feriekassen i alt 1.418.547,86 kr., herunder oplyse for hver enkelt medarbejder hvilke beløb og for hvilken periode den opsatte løn vedrører. Subsidiært må 3F være berettiget til at fordele indbetalingerne forholdsvist.

For så vidt angår spørgsmålet om konfliktvarsel gøres det gældende, at udstationeringslovens § 6a og dens forarbejder bygger på hensynene til at hindre social dumping over landegrænser og at sikre ligebehandling af udenlandske i forhold til danske arbejdsgivere. Løsningen i udstationeringslovens § 6a er, at kollektive kampskridt kan anvendes for at sikre udstationerede lønmodtagere en løn, som svarer til, hvad danske arbejdsgivere i henhold til landsdækkende overenskomster er forpligtede til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde. Udgifter, som danske arbejdsgivere har til medarbejdere, kan konverteres til løn til udstationerede medarbejdere. Ved overenskomsten har 3F ageret i overensstemmelse med lovgivers intentioner.

Det bestrides, at den indgåede overenskomst ikke er baseret på en gyldig og landsdækkende overenskomst, og at overenskomsten er i strid med Laval-afgørelsen og udstationeringslovens § 6a, stk. 2. Det er ikke et krav, at konfliktvarslet skal basere sig på en landsdækkende overenskomst, men derimod at der til grund for fastlæggelsen af lønvilkår skal lægges de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter. Bygge- og anlægsoverenskomsten mellem 3F og Dansk Byggeri og Jord- og betonarbejderoverenskomsten mellem 3F Bygge-, Jord- og Miljøarbejdernes Fagforening og Dansk Byggeri har samme vilkår og dækker som udgangspunkt hele Danmark tilsammen. Varslet i denne sag indeholder lønvilkår som i de kollektive aftaler mellem 3F og Dansk Byggeri, der ubestridt på Bygge- og Anlægsområdet er de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter.

Det bestrides, at konflikt blev etableret. Advokat Karen Kaufmann har heller ikke kunnet angive præcist, hvornår en blokade i givet fald skulle være iværksat. Hertil kommer, at sympati-konflikter skal varsles to gange og først efter involvering af LO. Palle Bisgaard har forklaret,

at 3F på sædvanlig vis løbende suspenderede fristen for blokade. Pression er i øvrigt ikke det samme som ulovlig tvang. Arbejdsretsloven indeholder i § 9, stk. 1, nr. 3 og 5, en særlig hjemmel for at indbringe sager om lovligheden af varsler for Arbejdsretten. Dette kan sikre, at lovligheden af et varsel prøves af Arbejdsretten, inden overenskomst indgås. Arbejdsrettens sagsbehandlingstid for sådanne sager er kort. Allerede fordi Solesi ikke har fremmet sag ved Arbejdsretten efter arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 3 og 5, skal det ved sagens afgørelse lægges til grund, at varslingen af det kollektive kampskridt – og ligeledes hvis Arbejdsretten finder, at der blev iværksat et kollektivt kampskridt – er lovlig. Indgåelsen af overenskomsten er ikke sket med ulovlig tvang. Domenico Rizzo har forklaret, at der blev indgået en aftale om, at Solesi blev kompenseret af CB&I for at indgå overenskomsten. At det efterfølgende har vist sig, at CB&I muligt ikke har opfyldt aftalen, er uden betydning for vurderingen af overenskomstindgåelsen. Netop compensationen fra CB&I var grunden til, at Solesi underskrev overenskomsten den 6. december 2013, ikke at der forelå ulovlig tvang.

For så vidt angår forholdet til EU-retten gøres det gældende, at overenskomstens bestemmelser er ikke i strid med EU-retten. 3F's Laval-overenskomst, som svarer til den indgåede overenskomst i denne sag, er udarbejdet og administreret i overensstemmelse med bl.a. udstationeringslovens forarbejder. Danske arbejdsgiveres udgifter i henhold til overenskomsten, f.eks. pensionsbidrag, kan konverteres til opsat løn således, at danske og udenlandske arbejdsgivere ligestilles. Brancheoverenskomstens pensionsbidrag kan således konverteres til opsat løn. Overenskomsten imødegår dobbeltbetaling, idet overenskomsten foreskriver, at såfremt den udenlandske virksomhed dokumenterer, at der allerede er betalt eller hensat feriegodtgørelse (opsat løn), tilbagebetales feriegodtgørelse. Det bestrides, at 3F skulle have anerkendt, at overenskomsten er i strid med EU-retten. Såfremt Arbejdsretten måtte finde, at bestemmelser i Laval-overenskomsten ikke er EU-medholdelige, bør der foretages en EU-konform fortolkning, og kun hvis det ikke kan lade sig gøre, kan de pågældende bestemmelser af overenskomsten kendes ugyldige, men ikke overenskomsten i sin helhed.

Særligt hvad angår den opsatte løn, som er konverteret fra udgifter til pension, gøres gældende, at overenskomsten ikke foreskriver, at der skal ske betaling til en supplerende pensionsordning, og at dette ej heller efter 3F's oplysninger er sket. Pensionsdirektivet er ikke krænket. INPS er Det nationale institut for social forsorg og således ikke en arbejdsmarkedspension. Solesis advokat, advokat Jacob Sand, fremlagde i en anden sag, hvor han repræsenterede

en anden italiensk entreprenør, en skrivelse, hvoraf det fremgår, at INPS ikke er en arbejds-markedspension, og derfor er omfattet af direktivet 883/2004. Prevedi er derimod en privat arbejds-markedspension. Eventuel betaling til en supplerende pensionsordning i hjemlandet skal godskrives Solesi. Der foreligger imidlertid ikke dokumentation for, at der er sket indbe-taling til en supplerende pensionsordning i hjemlandet.

Særligt hvad angår den opsatte løn, som er konverteret fra udgifter til ferie og SH, gøres det gældende, at Solesi ikke har dokumenteret, at der er indbetalt et tillæg til medarbejdernes løn til en feriekasse i hjemlandet. Trods adskillige opfordringer har Solesi undladt at indberette behørigt til 3F's Feriekasse. Feriekassen ved ikke, hvilke af Solesis medarbejdere der har ar-bejdet i hvilken periode, hvorfor Feriekassen ikke kan sagsbehandle de indbetalte beløb; det vil sige ikke udbetale feriepengene mv. til de udstationerede medarbejdere, eller alternativt – hvis medarbejderne allerede har oppebåret tilsvarende overenskomstmæssige ydelser – at re-turnere beløbene til Solesi. Ved at undlade at indberette forsøger Solesi derved at forhindre medarbejderne i at oppebære overenskomstmæssige ydelser. EU-Domstolen har taget stilling til en lignende problemstilling vedrørende Feriekasse i sag C-49/98 m.fl., Finalarte Sociedade de Construção Civil L.^{da}. EU-Domstolen godkendte en tysk feriekasse under forudsætning af, at reglerne bl.a. yder medarbejderne en reel fordel og bidrager til den sociale beskyttelse, jf. præmis 53. Kravet om forlods indbetaling til Feriekassen gælder for såvel uorganiserede udenlandske som indenlandske virksomheder, og anvendelsen af de nationale bestemmelser er forholdsmæssige i relation til det forfulgte formål af almen interesse. 3F's Feriekasse sikrede således udbetaling af feriepenge til medarbejderne i forbindelse med en anden arbejdsretlig sag mod en italiensk entreprenør – AR2013.0246 – med 2.127.786,11 kr. ud af i alt 8.454.520,40 kr., som virksomheden havde indbetalt til Feriekassen. Hensynet til en effektiv sikring af udstationerede medarbejdere tilsiger en forlods indbetaling til Feriekassen. Ved at undlade at indberette og indbetale korrekt har Solesi forhindret en hurtig sagsbehandling i Fe-riekassen. Solesis adfærd skal ikke komme 3F til skade.

Der er ligefrem bevisbyrde i sagen, og den faglige voldgift har truffet sin afgørelse med lige-frem bevisbyrde. Ved tvist om, hvorvidt udenlandske medarbejdere har oppebåret overens-komstmæssig løn, hjemler brancheoverenskomsten mulighed for, at sagen behandles ved en faglig voldgift (fast track). Dette gælder såvel danske som udenlandske virksomheder og såvel organiserede som uorganiserede virksomheder og medarbejdere. Et hensyn bag bestemmelsen

er, at sagen afgøres inden den udenlandske medarbejder har forladt Danmark, idet udenlandske medarbejdere som oftest ikke og slet ikke uorganiserede medarbejdere er permanent i Danmark. Det er ikke sjældent væsentligt, at medarbejderne medvirker til oplysning af sagen for, at der kan træffes den materielt korrekte afgørelse.

Såfremt Arbejdsretten giver Solesi medhold i Solesis betalingspåstand, gøres det gældende, at Solesi ved at undlade at indberette og indbetale korrekt til Ferie-kassen, har forhindret Ferie-kassen i at sagsbehandle, og derved har Solesi hindret Ferie-kassen i at udbetale korrekte beløb til henholdsvis medarbejderne og Solesi. Der skal derfor i givet fald ikke tillægges renter.

For så vidt angår spørgsmålet om forelæggelse for EU-Domstolen, er EU-Domstolen tidligere fremkommet med retningslinjer for, hvad den nationale domstol skal iagttage ved afgørelsen af, hvorvidt en Feriekasse er i strid med EU-retten. Om overenskomsten er indgået frivilligt, er ikke afgørende for sagens materielle afgørelse. Der er ikke en sådan tvivl om forståelsen af de EU-retlige spørgsmål, at det kan begrunde en forelæggelse for EU-Domstolen. Spørgsmålet om mangelfuld implementering af pensionsdirektivet er ikke afgørende for sagen. Hverken konfliktvarsel eller overenskomst indeholder krav om betaling til en supplerende pensionsordning. Derimod er der lavet en overenskomst med opsat løn fuldt ud i overensstemmelse med forarbejderne til udstationeringsloven. Herudover har Solesi ikke fremlagt nogen dokumentation for, at Solesi betaler til en supplerende pensionsordning i hjemlandet, eller i givet fald hvor meget. 3F anerkender, at eventuel indbetaling til en supplerende pensionsordning i hjemlandet skal fratrækkes den opsatte løn. Spørgsmålet er imidlertid ikke relevant for afgørelsen af denne sag.

Det bestrides, at Arbejdsrettens faste praksis for udmåling af bod er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 om forsamlings- og foreningsfrihed og EU-Charteret om grundlæggende rettigheder artikel 12. Solesi forudsætter herved, at 3F enten direkte eller indirekte modtager midler fra uorganiserede medarbejdere. Denne forudsætning er ikke korrekt. Afgørelserne, som Solesi henviser til, vedrører prøvelse af overenskomstbestemmelser, hvorefter enten arbejdsgivere eller ikke-organiserede arbejdstagere skal betale til den overenskomstbærende organisation. I denne sag skal Arbejdsretten udmåle en bod i henhold til arbejdsretslovens § 12, såfremt Arbejdsretten finder, at Solesi har brudt overenskomsten. Denne situation har ikke noget med de afgørelser at gøre, som Solesi har

refereret. Såfremt Solesi pålægges at betale bod, vil det være begrundet i, at Solesi ikke har iagttaget overenskomstens bestemmelser. Spørgsmålet er derfor ikke relevant for sagens afgørelse. Samlet set er forelæggelse for EU-Domstolen ikke nødvendig.

Indklagede har anført navnlig, at Solesi ikke er bundet af overenskomsten med 3F, da virksomheden ikke har tiltrådt overenskomsten frivilligt. Det er 3F, der bærer bevisbyrden for lovligheden af overenskomsten, og denne bevisbyrde er ikke løftet. Overenskomsten blev derimod påtvunget under trussel af og under rent faktisk iværksat ulovlig konflikt og ulovlig tvang. 3F involverede bl.a. bygherren, DONG, som var nervøs for, at der ville komme en konflikt og dertil hørende bad publicity. Truslen om arbejdskonflikt medfører – lovlig eller ej – i sig selv, at der aldrig kan være tale om en frivillig tiltrædelse af overenskomsten. Forud for underskrivelse af overenskomsten blev Solesi således truet med konflikt og blokade, ligesom 3F på forhånd afviste at realitetsforhandle vilkårene i tiltrædelsesoverenskomsten. Konfliktvarslet forud for underskrivelsen af overenskomsten var ulovligt, idet det blev meddelt uden de begrænsninger i konfliktretten, som følger af Laval-dommen og udstationeringslovens § 6a, stk. 2. Konfliktvarslingen var bl.a. ikke baseret på en landsdækkende overenskomst. Hertil kommer, at Solesi alene underskrev overenskomsten efter en periode med faktisk iværksat konflikt og således under betydelig pression fra klager, hvilket udgjorde ulovlig tvang, jf. aftalelovens § 29. Som følge af disse forhold kan overenskomsten ikke håndhæves.

Overenskomsten er endvidere i strid med EU-retten, idet den indeholder krav om udenlandske arbejdsgivers forlods betaling af feriepenge til 3F's Feriekasse, hvilket er i strid med EU's regler om fri bevægelighed, ligesom pensionsreglerne er i strid med artikel 6, stk. 2, i pensionsdirektivet, og fast track- og bevisbyrde reglerne i hovedoverenskomstens § 85 for udenlandske arbejdsgivere er nationalitetsdiskriminerende. Som følge af, at overenskomsten er udformet i strid med EU-retten, er 3F's konfliktvarsler og den faktisk iværksatte konflikt også ulovlig på dette grundlag, hvorfor 3F er afskåret fra at håndhæve overenskomsten.

Det er 3F, som bærer bevisbyrden for lovlighed, og som punkt for punkt skal bevise lovligheden af sin påståede Laval-overenskomst. Denne bevisbyrde er ikke løftet. 3F kunne have lettet sin bevisbyrde og dermed betydningen af overenskomsten, hvis den havde været et egentligt udtryk for en forhandlet overenskomst mellem arbejdsmarkedets parter og dermed udtryk for

en standardoverenskomst. Det er den ikke; den er ensidigt udarbejdet af 3F til lejligheden. Hertil kommer, at tiltrædelsesoverenskomsten på ingen måde er landsdækkende.

For så vidt angår spørgsmålet om feriepenge gøres det gældende, at 3F's fortolkning af overenskomstens § 3 indebærer, at Solesi ved benyttelse af ikke-dansk arbejdskraft forlods pålægges at indbetale feriegodtgørelse i Danmark, uanset at virksomheden allerede betaler feriepenge i Italien. Solesi skal således i henhold til italiensk lovgivning afregne ferie- og søgne- og helligdagsbidrag til en fælles forening, Cassa Edile, og Solesi har løbende foretaget afregning af ferie- og søgnehelligdagsbidrag til Cassa Edile for de medarbejdere, som er beskæftiget i Danmark. Denne "dobbeltbetaling" med fremrykket forfald er i strid med EU-rettens grundprincip om den frie udveksling af tjenesteydelser. Blandt andet stiller det større krav til udenlandske tjenesteyderes likviditet, som danske virksomheder ikke står overfor, jf. bl.a. Laval-dommen og Rüffert-dommen. Det bestrides, at denne restriktion af den frie bevægelighed er "bagatelagtig". Restriktionen beror alene på det forhold, at 3F ikke accepterer en gensidig anerkendelse af den italienske feriekasse, Cassa Edile, hvilket også er nationalitetsdiskriminerende. Den måde, hvorpå 3F har administreret Solesis indbetalinger til 3F's Feriekasse, forstærker restriktionen og bekræfter, at restriktionen har betydelig skadevirkning for Solesi, idet Solesi mere end tre år efter den første indbetaling fortsat afventer den første tilbagebetaling. Overenskomsten hjemler ikke det "specifikationskrav", som 3F krævede, hvorfor 3F's tilbageholdelse af det samlede indbetalte beløb på 1.418.547,86 kr. er uhjemlet og chikanøs. Overenskomstens krav om forlodsbetaling af feriepenge er endvidere i strid med EU-retten, idet kravet om forlodsbetaling blot skal medvirke til at finansiere 3F's almindelige virksomhed. Ordningen med, at udenlandske tjenesteydere skal foretage forlodsbetaling af feriepenge til Feriekassen, er i øvrigt forladt i den nye overenskomst.

I relation til spørgsmålet om pension gøres det gældende, at pensionsforpligtelserne i overenskomstens § 3 er i strid med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra c, og pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2. Den påståede besparelse på 2.675.274,48 kr., som 3F hævder, at Solesi har opnået i den forbindelse, bestrides. For det første kan en dansk overenskomst ikke kræve, at en udenlandsk tjenesteyder skal betale supplerende pensionsbidrag, jf. udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra c, men derimod kun mindstelønnen. Det forhold, at retten til pension først indtræder efter 6 måneders beskæftigelse, jf. § 49 i 2012-overenskomsten medfører, at pension ikke har noget at gøre med mindsteløn i udstationeringsdirektivets for-

stand. Af den grund er det også ulovligt at konflikte til støtte for en overenskomst indeholdende dette vilkår. Det forhold, at overenskomsten ikke hjemler mulighed for forlods at tage højde for supplerende pensionsbetalinger i Italien til f.eks. Prevedi – modsat den nye 2017-overenskomst – bevirker også i sig selv, at overenskomsten er ulovlig. Det fremgår af Arbejdsrettens praksis og af teorien, at det næppe vil være lovligt at aktionere for at opnå en aftale, som vil være ugyldig efter gældende ret. Hertil kommer, at Solesi som udenlandsk tjenesteyder ubetinget er fritaget for ”enhver forpligtelse” til at betale supplerende pension i værtslandet Danmark, hvis blot der betales supplerende pensionsbidrag i hjemlandet Italien, jf. pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2. Dette hænger også sammen med undtagelsen i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra c. Pensionsdirektivet er i øvrigt søgt implementeret i dansk ret via kollektive overenskomster, hvorfor overenskomsten skal fortolkes EU-konformt. Det bestrides, at 3F kan komme uden om de EU-retlige forpligtelser ved blot at konvertere pensionsbidraget til et lønkrav. Dette konstituerer retsstridig omgåelse af pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2. Når Solesi indbetaler supplerende pensionsbidrag i Italien til Prevedi, er enhver forpligtelse i dansk overenskomst til at betale supplerende pension herefter i strid med EU-retten.

Det er ubestridt 3F, der skal løfte bevisbyrden for, at Solesi ikke har betalt korrekt løn. 3F skal således positivt dokumentere, at Solesi har underbetalt hver enkelt af de omhandlede medarbejdere, som der påstås at være opnået en besparelse på bekostning af, herunder også samtlige de uorganiserede medarbejdere. Denne bevisbyrde er ikke løftet af 3F. Uanset at 3F i replikken har bekræftet, at der gælder en ligefrem bevisbyrde for 3F, ændrer dette ikke ved, at 3F aktivt og mod bedre vidende påberåbte sig bestemmelserne om omvendt bevisbyrde i den faglige voldgift, og som hjemmel og grundlag for afholdelse af forhandling i form af 48-timers møde i marts og maj 2014. Den omvendte bevisbyrde i § 85, stk. 18, er nationalitetsdiskriminerende, jf. TEUF artikel 45, hvilken Solesi er berettiget til at påberåbe sig, jf. Clean Car-sagen (C-350/96). Dermed er bestemmelsen også ugyldig, jf. artikel 7, stk. 4, i forordning 1612/68 og Schöening-sagen (C-15/96). 3F’s anvendelse af den omvendte bevisbyrde som led i pressionen over for Solesi var således også en del af den ulovlige tvang, som 3F udøvede over for Solesi.

For så vidt angår 3F’s beregning af Solesis besparelse har 3F fremlagt bevismidler, som udelukkende vedrører fire ud af mere end 130 medarbejdere hos Solesi, og som blot baserer sig

på 13 mandemåneder ud af 972 mandemåneder, ligesom 3F's krav alene baserer sig på 1,3 % af det samlede datagrundlag. Denne ekstrapolation anvendes af 3F i et forsøg på at få lempet den direkte bevisbyrde. 3F's bevismidler er ufuldstændige, ikke-dækkende og dokumenterer ikke den påståede besparelse vedrørende de ikke-organiserede medarbejdere. Efter almindelig anerkendt økonomisk og statistisk metode vil en ikke-tilfældig indsamling af data og en lille stikprøve være mere end tilstrækkelig til at forkaste 3F's estimater over en gennemsnitlig underbetaling. Resultatet af en sådan tillempet bevisbyrde er tillige nationalitetsdiskriminerende, da ekstrapolation primært rammer udenlandske arbejdstagere og arbejdsgivere, som anvender udenlandsk arbejdskraft. Derudover har 3F ikke modregnet Solesis pensionsindbetalinger eller allerede ydede bidrag til den danske Feriekasse. Det gøres derfor principalt gældende, at 3F's krav ikke tages til følge, idet 3F ikke har løftet bevisbyrden. Subsidiært gøres det gældende, at Solesis besparelse ikke kan opgøres til mere end 1.089.440,32 kr.

På baggrund af erklæringer fra arbejdsmarkedets parter erklærede Beskæftigelsesministeriet over for Kommissionen i både 2002 og 2004, at artikel 6, stk. 2, i udstationeringsdirektivet var indeholdt i de danske kollektive overenskomster. Det er dokumenteret ugenomsigtigt og uklart, hvorvidt dette er tilfældet. Såfremt 3F gør gældende, at de skal friholdes for ansvar som følge af Beskæftigelsesministeriets manglende implementering af direktivet, er et sådant anbringende Solesis uvedkommende, idet overenskomstens parter har indgået og forsøgt at håndhæve en EU-retsstridig forpligtelse i overenskomstens § 3. Solesis kan ikke pålægges at betale supplerende pensionsbidrag i medfør af overenskomstens § 3, selv hvis Arbejdsretten kommer frem til, at pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2, ikke er til hinder for, at parter frivilligt kan påtage sig yderligere forpligtelser i en dansk kollektiv overenskomst til at indbetale supplerende pensionsbidrag for sine arbejdere, idet Solesis tiltrædelse af overenskomsten blev opnået på baggrund af ulovlige konfliktvarsler og ulovlig tvang fra 3F's side. En dansk fagforening kan ikke i medfør af udstationeringslovens § 6a kræve mere af en udenlandsk tjenesteyder, end hvad der følger af udstationeringsdirektivet, hvorefter erhvervstilknyttede til-lægspensionsordninger er undtaget, jf. artikel 3, stk. 1, litra c. Overenskomstens § 3 er således en omgåelse af artikel 3, stk. 1, litra c, i udstationeringsdirektivet.

En bodsbetaling til 3F, der baserer sig på uorganiserede medarbejders lønforhold, vil være i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 og EU-Charteret om grundlæggende rettigheder artikel 12, som begge beskytter forsamlings- og foreningsfriheden.

Der foreligger både praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og dansk rets-praksis, herunder fra Arbejdsretten, som slår fast, at en fagforening gerne må modtage midler direkte og indirekte fra uorganiserede medarbejdere, såfremt disse midler udelukkende går til de faktiske udgifter, som ydelsen skal dække, f.eks. administrationsudgifter. Midlerne fra uorganiserede må dog ikke gå til finansieringen af fagforeningens virksomhed, ligesom der skal være gennemsigtighed i forhold til, hvordan midlerne fordeles mv. Såfremt Solesi bliver idømt en bod i denne sag, der overvejende baserer sig på de uorganiserede medarbejdere, vil vindingen gå til 3F, som de pågældende medarbejdere enten direkte eller indirekte har valgt ikke at være medlem af. En bod i den størrelsesorden, som 3F stiler efter, vil være i strid med den negative foreningsfrihed, jf. Menneskerettighedskonventionens artikel 11 og EU-Charte-rets artikel 12.

Solesi fastholder, at de spørgsmål, der er refereret ovenfor under sagsfremstillingen, skal fore-lægges præjudicielt for EU-Domstolen, idet besvarelsen heraf involverer fortolkningen og anvendelse af EU-retsakter, og at sagens afgørelse afhænger af svarene.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

1. Indledning

I august 2013 rettede 3F henvendelse til Solesi S.p.A., der er hjemmehørende i Italien, med anmodning om at etablere kontakt med henblik på at aftale tid for en overenskomstforhand-ling. Baggrunden var, at fagforbundet havde konstateret, at virksomheden udførte arbejder på en byggeplads i Fredericia, der hørte under 3F's overenskomstområde, uden at virksomheden var omfattet af en kollektiv overenskomst. Der blev herefter afholdt møder mellem de to par-ter. 3F afgav i november 2013 konfliktvarsel, og parterne indgik den 6. december 2013 med virkning fra den 3. december overenskomst (tiltrædelsesoverenskomst, der var en såkaldt Laval-overenskomst).

Efter bevisførelsen lægger Arbejdsretten til grund, at der ikke blev etableret konflikt, da konfliktvarslet i overensstemmelse med normal praksis blev suspenderet, så længe der blev forhandlet. Det kan endvidere lægges til grund, at Solesi først og fremmest følte sig under pres fra DONG, der var bygherre og i sine kontrakter havde krav om overholdelse af danske

overenskomster, og fra CB&I, der var hovedentreprenør. Solesi underskrev først overenskomsten, efter at CB&I havde lovet Solesi økonomisk kompensation.

Under et ”48 timers” møde den 25. marts 2014 anerkendte Solesi at være forpligtet til at indberette 28,55 % af medarbejdernes bruttoløn og tilkendegav også ville gøre det fremover. I perioden fra den 6. februar til den 2. maj 2014 indbetalte Solesi i alt 1.418.547,86 kr. til 3F’s Feriekasse uden angivelse af fordeling på de enkelte medarbejdere. Beløbet vedrører Solesis beregning af opsat løn for de ansatte medarbejdere for december, januar og februar.

Den 31. august 2014 afsagde en faglig voldgift kendelse (FV2014.90) i en tvist mellem parterne om, hvorvidt Solesi havde betalt sine italienske ansatte løn mv. i henhold til den indgåede overenskomst. Voldgiftsretten pålagde Solesi at efterbetale 400.000 kr. til otte ansatte, der var medlemmer af forbundet. En række spørgsmål, herunder bod og efterbetalingskrav fra de uorganiserede ansatte, fandtes at høre under Arbejdsrettens kompetence. Solesi gjorde efter det oplyste gældende, at overenskomstens § 3 om opsat løn var i strid med grundlæggende EU-retlige principper. Efter forgæves forligsmøde indledte 3F herefter denne sag ved klageskrift af 25. marts 2015.

2. Lovligheden af konfliktvarslet

Det er indklagedes hovedanbringende, at Solesi ikke er bundet af overenskomsten, da konfliktvarslet var ulovligt som stridende mod EU-retten, og at overenskomsten ikke blev indgået frivilligt.

Det er en af flere betingelse for, at et varsel om konflikt til støtte for en overenskomst er lovligt, at overenskomsten ikke kolliderer med den EU-retlige regulering, herunder navnlig udstationeringsdirektivet.

Udstationeringsdirektivet er implementeret ved udstationeringsloven. I lovens § 6 a, der bygger på EU-Domstolens dom i Laval-sagen (C-341/05), er der givet bestemmelser om konfliktret med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for tilsvarende arbejde.

I denne sag er der rejst indsigelse mod overenskomstens § 3 om opsat løn. Af forarbejderne til udstationeringsloven fremgår bl.a., at Arbejdsretten kan underkende en eventuel konvertering af andre overenskomstelementer til lønvilkår, hvis en udenlandsk tjenesteyder derved stilles ringere end en dansk arbejdsgiver i henhold til den landsdækkende overenskomst inden for samme sektor eller erhvervsgren.

2.1. Landsdækkende overenskomst

Efter udstationeringslovens § 6 a er det bl.a. en betingelse for at iværksætte kollektive kampskridt, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område.

Det er indklagedes synspunkt, at kravet om, at konfliktvarslingen skal være baseret på en gyldig og landsdækkende overenskomst, ikke var opfyldt.

I udkastet til tiltrædelsesoverenskomst var der henvist til overenskomsten mellem Dansk Byggeri og 3F. Arbejdsretten lægger efter bevisførelsen til grund, at denne overenskomst dækkede hele landet på nær København og Frederiksberg, som var dækket af en overenskomst med samme indhold indgået mellem Dansk Byggeri og BJMP, der er en selvstændig afdeling under 3F. De to overenskomster dækker således til sammen hele landet. Arbejdsretten finder, at kravet i lovens § 6 a på denne baggrund må anses for opfyldt.

2.2. Feriepenge

Det er indklagedes synspunkt, at overenskomstens § 3 om forlods indbetaling af feriepenge strider mod EU-rettens princip om fri bevægelighed. Udenlandske virksomheder må ikke behandles dårligere end danske virksomheder og kan ikke blive mødt med krav om dobbeltbetaling. Indklagede har henvist til Laval-dommen og Rüffert-dommen.

Det fremgår af overenskomstens § 3, at virksomheden til 3F's feriekasse skal indbetale bl.a. feriepenge, og at Solesi har krav på at få for meget indbetalte beløb refunderet af feriekassen, når virksomheden dokumenterer, at der i hjemlandet er udbetalt eller hensat beløb, der modsvare det, der er indbetalt til feriekassen.

Ved vurderingen af, om denne ordning er i overensstemmelse med kravene i den EU-retlige regulering, må der bl.a. anvendes de kriterier, der bl.a. fremgår af præmis 47-49 i EU-Domstolens dom af 19. december 2012 (C-577/10).

Arbejdsretten lægger til grund, at den italienske ferieordning (Cassa Edile) er mindre gunstig end den danske. Arbejdsretten lægger endvidere til grund, at udenlandske virksomheder, der typisk beskæftiger udstationerede medarbejdere, i kraft af ordningen er dårligere stillede end danske virksomheder med ingen eller et mindre antal udstationerede, da der skal indbetales løbende til feriekassen for så vidt angår udstationerede medarbejdere, mens ikke-udstationerede medarbejdere er omfattet af en garanti fra Dansk Byggeri. Denne forskelsbehandling har likviditetsmæssige ulemper for de udenlandske virksomheder. Ordningen er efter det oplyste begrundet i et behov for en effektiv sikring af de udenlandske medarbejders rettigheder. Det gælder f.eks. i forhold til at få afregnet feriegodtgørelsen korrekt.

Det er Arbejdsrettens opfattelse, at 3F efter bevisførelsen har godtgjort, at kravet om, at Solesi skulle indbetale feriegodtgørelsen løbende til Feriekassen, har været nødvendigt til sikring af de mange uorganiserede udenlandske arbejders rettigheder.

Det er endvidere Arbejdsrettens opfattelse, at 3F gennem løbende vejledning mv. har administreret muligheden for, at Solesi hurtigt kunne få for meget betalte beløb tilbage, på en rimelig måde. Arbejdsretten har i den forbindelse navnlig lagt vægt på Palle Bisgaards forklaring om, at det ikke var muligt at tilbagebetale beløb til Solesi, fordi Solesi ikke har angivet, hvordan det indbetalte beløb fordeler sig på de enkelte medarbejdere. Efter de regler, der gælder for administrationen af feriepenge, finder Arbejdsretten, at 3F har været berettiget til at stille et sådant krav.

Der er ikke grundlag for at antage, at forlodsbetalingen skal medvirke til at finansiere klagers almindelige virksomhed.

I en dom af 20. februar 2014 (AR 2013.0828) nåede Arbejdsretten til samme resultat.

2.3. Pension

Indklagede har endvidere anført, at § 3 i overenskomsten om pensionsbidrag strider mod pensionsdirektivets artikel 6, stk. 2, da Solesi allerede i hjemlandet betaler bidrag for de ansatte til Prevedi, der er en supplerende pensionsordning. Den danske overenskomst medfører endvidere ikke pligt til at betale bidrag for personer, der ikke har mindst 6 måneders erhvervs erfaring, hvilke personer ikke er undtaget i tiltrædelsesoverenskomsten.

Klager har gjort gældende, at bidrag til INPS ikke er omfattet af beskyttelsen i artikel 6, stk. 2, da disse ordninger må anses for sociale sikringsydelser omfattet af forordning 883/2004. Indklagede ses ikke at have bestridt dette, men har anført, at Prevedi er en supplerende pensionsordning, som Solesi betaler til.

Solesi har som dokumentation for, at Solesi betaler til Prevedi for sine ansatte, fremlagt en række indmeldelsesblanketter underskrevet af personer, der angiveligt deltog i arbejdet i Danmark. Der er imidlertid ikke fremlagt dokumentation for, at Solesi for den omhandlede periode har betalt noget beløb for de ansatte til Prevedi, heller ikke gennem Cassa Edile. Arbejdsretten finder derfor ikke grundlag for at fastslå, at ordningen med betaling af pensionsbidrag som en del af den opsatte løn er i strid med pensionsdirektivet.

Arbejdsretten lægger endvidere til grund, at ingen af de italienske arbejdere, der blev omfattet af overenskomsten, havde mindre end 6 måneders erhvervs erfaring. Ordningen kan derfor heller ikke af denne grund anses som en dårligere behandling af Solesi i forhold til en dansk virksomhed.

2.4. Omvendt bevisbyrde

Det er indklagedes opfattelse, at Solesi er blevet mødt med et krav om omvendt bevisbyrde i kraft af fast track-ordningen i § 85 i hovedoverenskomsten, og at et sådant krav er i strid med forbuddet mod at diskriminere på grund af nationalitet. Den omvendte bevisbyrde blev anvendt af den faglige voldgiftsret, der dømte Solesi til at betale 400.000 kr., og klager ønsker at anvende voldgiftsrettens beregninger som grundlag i denne sag.

Klager har anerkendt, at det er klager, der skal bevise, om og i givet fald hvor meget de udenlandske ansatte er blevet underbetalt i forhold til overenskomsten. Det er endvidere Arbejds-

rettens opfattelse, at den faglige voldgifts vurdering af omfanget af efterbetalingskravet er foretaget på grundlag af sædvanlige bevisbyrderegler.

Arbejdsretten finder herefter, at 3F skal godtgøre, at overenskomstens bestemmelser ikke er overholdt, men at manglende oplysninger fra Solesi side ud fra almindelige principper om processuel skadevirkning kan tillægges bevismæssig betydning til skade for denne.

2.5. Ulovlig tvang

Indklagede har endvidere gjort gældende, at Solesi ikke har tiltrådt overenskomsten frivilligt.

Arbejdsretten lægger efter bevisførelsen til grund, at der frem til overenskomstindgåelsen pr. 3. december 2013 var forhandlinger mellem parterne, og at indklagede var bistået af advokat. Klager fremsendte under forløbet andet konfliktvarsel, men der blev indgået overenskomst, uden at nogen konflikt blev etableret, idet konfliktvarslet blev suspenderet, så længe der blev forhandlet. Presset mod Solesi kom først og fremmest fra bygherre og hovedentreprenør. Underskriften fra Solesi fremkom endvidere på baggrund af, at hovedentreprenøren lovede at kompensere Solesi for dennes merudgifter.

Arbejdsretten finder, at overenskomsten under disse omstændigheder ikke kan anses for indgået under anvendelse af ulovlig tvang fra 3F's side. Dette støttes af, at indklagede ikke benyttede adgangen efter arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 5, til at indbringe spørgsmål om lovligheden af anvendelse af kollektive kampskridt til støtte for krav om overenskomst for Arbejdsretten og af, at parterne i perioden efter overenskomstindgåelsen havde møder om tilrettelæggelsen af samarbejdet baseret på den indgåede overenskomst, uden at det blev anført, at virksomheden havde været udsat for ulovlig tvang.

2.6. Forelæggelse for EU-Domstolen

Efter resultatet af den bevismæssige bedømmelse af sagens konkrete omstændigheder har Arbejdsretten ikke fundet det nødvendigt at stille spørgsmål 1 og 2 til EU-Domstolen om frivillighed og pensionsdirektivet.

2.7. Konklusion

Arbejdsretten finder herefter, at der ikke er grundlag for at antage, at den overenskomst, som 3F varslede konflikt på grundlag af, og som Solesi efter forhandlinger tiltrådte, er i strid med EU-retten eller af anden grund er ulovlig.

3. Kravet om bod

3.1. Løn mv.

Klagers påstand om bod er baseret på, at Solesi har underbetalt sine uorganiserede ansatte for et beløb på 8.052.171,90 kr. i løn mv. Beløbet er i klageskriftet beregnet med udgangspunkt i den faglige voldgifts bedømmelse af, at den gennemsnitlige underbetaling pr. mandemåned udgjorde 8.695,65 kr. For perioden december 2013 til marts 2014 har Solesi beregnet 322 mandemåneder baseret på et gennemsnit på 80,5 ansatte i perioden. For perioden april til september 2014 har 3F beregnet de præsterede mandemåneder til 650, baseret på et gennemsnit på 130 ansatte. Opgørelsen er lavet på grundlag af, at indklagede ultimo marts 2014 oplyste, at der var 159 ansatte på pladsen. Klager har således i alt for perioden beregnet 972 mandemåneder. Indklagede blev opfordret til at fremlægge dokumentation, hvis beregningerne bestrides, hvilket ikke er sket.

Den faglige voldgift tog stilling til otte medlemmer af 3F's efterbetalingskrav på løn og overtid. Voldgiften lagde efter bevisførelsen til grund, at klagers krav på overtidsbetaling i alt væsentligt var opgjort på grundlag af fire af disses personlige kalendere sammenholdt med hovedentreprenørens registreringer af de ansattes ankomst til pladsen og til selve byggepladsen og afgang herfra. Voldgiftsretten fandt, at hovedentreprenørens registreringer gav et meget sikkert billede af, hvor længe folkene generelt har opholdt sig på pladsen, og registreringerne understøttede i høj grad de afgivne forklaringer fra medlemmerne og disses kalenderoptegnelser. Voldgiftsretten lagde herefter til grund, at folkene generelt har befundet sig på pladsen i hvert fald fra kl. 6.45 til kl. 17.15, og at der bortset fra en enkelt person ikke var fremkommet oplysninger om større individuelle forskelle i folkenes arbejdstid.

Arbejdsretten finder, at de beregninger, som klager har foretaget, er sket på et fyldestgørende grundlag og er udtryk for et forsigtigt skøn over antallet af mandemåneder. Indklagede er – trods opfordret hertil – ikke er fremkommet med dokumentation, der viser, at beregningerne er fejlbehæftede, eller at beregningerne af anden grund bør tilsidesættes. Arbejdsretten har således ikke grundlag for at antage, at det, der blev lagt til grund af voldgiftsretten for de organi-

serede medarbejdere, ikke skulle være repræsentativt for de uorganiserede medarbejdere. Den alternative beregning, som indklagede er fremkommet med i processkrift II af 10. oktober 2017, findes ikke at kunne føre til en anden bedømmelse, da den ikke er baseret på konkrete oplysninger om de ansattes arbejdstimer mv., som Solesi – som den eneste af parterne – er i besiddelse af.

3.2. Feriepenge

Bodspåstanden er endvidere baseret på, at indklagede har sparet 3.723.70,32 kr. for så vidt angår feriepenge og søgnehelligdagsbetaling (SH), opgjort i henhold til § 3 i tiltrædelsesoverenskomsten. Beløbet er beregnet for samme periode og efter samme principper som lønefterbetalingen og vedrører både organiserede og uorganiserede ansatte.

Arbejdsretten finder, at der må gives klager medhold i, at indbetalinger til Cassa Edile er fratrukket ved beregningen af manglende betaling af feriepenge og SH, og finder i øvrigt af de grunde, der er anført under pkt. 3.1, at beregningerne kan lægges til grund.

3.3. Pension

Bodspåstanden er baseret på besparelse for pensionsbidrag på 2.675.274,48 kr. opgjort som for feriepenge mv.

Klager har anerkendt, at pensionsbidrag, som indklagede godtgør er indbetalt i Italien, kan fratrækkes i det opgjorte beløb, men har anført, at indklagede ikke har godtgjort nogen indbetaling.

Arbejdsretten finder efter bevisførelsen som anført ovenfor under 2.3., at indklagede ikke har godtgjort at have foretaget indbetalinger til en supplerende pensionsordning i Italien for de omhandlede medarbejdere, og at der derfor kan tages udgangspunkt i den beregning, som klager har foretaget.

3.4. Fradrag for det indbetalte beløb til Feriekassen

Bodspåstanden er baseret på en samlet besparelse på 14.451.236,70 kr. Det indbetalte beløb til Feriekassen på ca. 1,4 mio. kr. er ikke fratrukket heri.

Som anført under pkt. 5 frifinder Arbejdsretten 3F for at skulle tilbagebetale beløbet til Solesi, men giver 3F adgang til at udbetale beløbet til medarbejderne. Arbejdsretten finder herefter, at beløbet bør fragå i beregningen af Solesis besparelse.

3.5. Den samlede bod

Boden skal opgøres i medfør af principperne i arbejdsretslovens § 12 og i overensstemmelse med Arbejdsrettens faste praksis, hvorefter boden ved underbetaling af medarbejdere, der ikke er medlemmer af det overenskomstbærende fagforbund, normalt udmåles efter det såkaldte differenceprincip (virksomhedens besparelse) med tillæg af et pønalt element.

Boden fastsættes herefter til 14 mio. kr.

4. I strid med den negative foreningsfrihed

Indklagede har gjort gældende, at det vil være i strid med artikel 11 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 12 i Charteret, hvis 3F kan berige sig på de uorganiserede arbejderes bekostning. De uorganiserede medarbejdere har netop ønsket ikke at være medlem af 3F. Bodene i forhold til de uorganiserede arbejdstagere skal derfor betales direkte til disse, mens kun den del, der vedrører de organiserede, skal betales til 3F.

Arbejdsretten bemærker hertil, at det er den udenlandske tjenesteyder, der i situationer som den foreliggende pålægges til fagforbundet at betale en bod, der indeholder den besparelse, som virksomheden har haft i kraft af underbetalingen, med tillæg af et pønalt element. Et af de grundlæggende hensyn bag reglerne – at undgå social dumping – vil ellers ikke kunne opnås. Også i tidligere sager er der pålagt store beløb i bod, som skulle betales til den faglige organisation, jf. herved bl.a. opmandens kendelse i FV2014.0171, hvor den samlede bod blev fastsat til 22 mio. kr.

Arbejdsretten har ikke fundet grundlag for at forelægge spørgsmål 3 for EU-Domstolen.

Klager frifindes herefter for indklagedes subsidiære påstand 2.

5. Udbetaling fra Feriekassen af det indbetalte beløb

Indklagede ikke har ønsket at redegøre for, hvordan det indbetalte beløb på 1.418.547,86 kr. er fordelt på hver enkelt medarbejder. Selv om indklagede under organisationsmødet lovede at indbetale og fordele beløbene på 28,55 % af bruttolønnen for december, januar og februar, finder Arbejdsretten ikke under de nuværende omstændigheder tilstrækkeligt grundlag for at pålægge indklagede en pligt hertil. Arbejdsretten har i stedet som anført under pkt. 3.4 valgt at lade beløbet fragå i den samlede besparelse for Solesi.

Arbejdsretten tager herefter klagers subsidiære påstand 2 til følge, hvorefter Klager er berettiget til at fordele det indbetalte beløb forholdsmæssigt på de medarbejdere, som indklagede – dog uden opgørelse af beløb – allerede har indberettet til Feriekassen. Dette indebærer ganske vist en vis form for overkompensation for de omhandlede medarbejdere for den begrænsede periode, indbetalingerne vedrører, men det må lægges til grund, at medarbejderne for den efterfølgende periode ikke har fået de feriepenge, som de efter overenskomsten havde krav på.

Som følge heraf og under henvisning til, at Solesi som anført under pkt. 3.4 er godskrevet beløbet ved bodsudmålingen, frifindes klager for indklagedes påstand 3.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Solesi S.p.A. skal inden 14 dage betale en bod på 14 mio. kr. til Fagligt Fælles Forbund.

Solesi S.p.A. skal anerkende, at det indbetalte beløb til Feriekassen på 1.418.547,86 kr. fordeles forholdsmæssigt på de medarbejdere, som Solesi S.p.A. allerede har indberettet om til Feriekassen.

Fagligt Fælles Forbund frifindes for Solesi S.p.A.'s selvstændige påstande.

I sagsomkostninger skal Solesi S.p.A. inden 14 dage efter afsigelsen af denne dom betale 2.000 kr. til Arbejdsretten.

Marianne Højgaard Pedersen