

Kendelse
af
27. april 2017
om realiteten
i
faglig voldgiftssag FV2016.0191:

3F Bygge-, Jord- og Miljøarbejdernes Fagforening (BJMF)
(faglig sekretær Elo Hansen)

mod

Dansk Byggeri
for
Cinterex DK ApS under konkurs
CVR nr. 34733783
(afdelingschef, advokat Thorsten Wilstrup)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår underbetaling af udenlandske medarbejdere, hvoraf nogle er medlemmer af BJMF.

2. Parternes påstande og sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 21. april 2017 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl som opmand.

Klager har nedlagt påstand om, at den indklagede virksomhed til BJMF skal betale 9.810.415,97 kr., subsidiært 1.137.066,78 kr., alt med tillæg af procesrente fra ydelsernes forfaldstid.

Indklagede har nedlagt påstand om *principalt* afvisning, *subsidiært* afvisning for så vidt angår BJMF's krav for perioden før 1. oktober 2013, *mere subsidiært*, at BJMF skal anerkende, at fagforeningen alene har et berettiget krav på eventuelt efterbetalingsbeløb i det omfang, fagforeningen kan godtgøre at have medlemmer beskæftiget hos Cinterex DK ApS, *mest subsidiært* frifindelse.

Klager har over for afvisningspåstandene påstået frifindelse. Over for den mere subsidiære påstand har klager anført, at der ikke ses at foreligge en uenighed om spørgsmålet..

Der er under forhandlingen ved kendelse af 21. april 2017 taget stilling til den principale afvisningspåstand, bortset fra det anbringende, at den for faglig voldgift indbragte tvist ikke har været undergivet overenskomstmæssig foreskrevet forudgående fagretlig behandling. I overensstemmelse med kendelse vedrørende formaliteten af 21. april 2017 er sagen i øvrigt forhandlet den 21. april 2017.

Der er under denne del af forhandlingen afgivet forklaring af A, B, C og D, alle tidligere medarbejdere hos Cinterex, samt faglig medarbejder Michael Severinsen, 3F.

Efter procedure og votering var parterne enige om, at sagen afsluttes ved opmandskendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5, 2. pkt.

3. Opmandens begrundelse og resultat

3.1. Det er uomtvistet, at sagen henhører under overenskomstens § 78 om udenlandske medarbejders løn- og arbejdsforhold. Der er i overensstemmelse hermed afholdt 48 timers organisationsmøder, hvor hovedtemaet har været uoverensstemmelse mellem løn og præsteret arbejde i henhold til begæringer, som ikke har været tidsmæssigt begrænsede, og hvor der har været uenighed mellem parterne om adgangen til at fremme krav vedrørende tiden forud for den 1. oktober 2013. Efter overenskomstens § 78, stk. 18, skal alle relevante baggrundsoplysninger fremlægges på organisationsmøder, og det påhviler underentreprenøren på mødet ”at bevise, at overenskomstens bestemmelser overholdes”. Om faglig voldgift hedder det i § 78, bl.a.:

”25. Voldgiftsretten skal tage stilling til om overenskomstens bestemmelser er overholdt på grundlag af de oplysninger, der er forelagt voldgiftsretten, og i det omfang det er muligt et eventuelt efterbetalingskrav.”

Der ses ikke i det under sagen fremkomne holdepunkt for at følge indklagedes principale påstand om afvisning med henvisning til manglende forudgående fagretlig behandling af uoverensstemmelsen.

3.2. I BJMF's betalingspåstand indgår dels påståede efterbetalingskrav for medlemmer af BJMF svarende til forskellen mellem den faktisk udbetalte løn og den løn, der tilkommer dem efter overenskomsten, dels den påståede besparelse, Cinterex i øvrigt har opnået ved heller ikke at have aflønnet de øvrige medarbejdere efter overenskomsten svarende til forskellen mellem den faktisk udbetalte løn og den løn, der skulle have været betalt efter overenskomsten. Denne opgørelsesmåde er i overensstemmelse med fagretlig praksis på området, og der er ikke under sagen fremkommet noget, som viser en uenighed mellem parterne herom, som kan begrunde en stillingtagen til indklagedes mere subsidiære påstand.

3.3. De medarbejdere hos Cinterex fra henholdsvis Rumænien og Portugal, der har afgivet forklaring, har samstemmende og troværdigt forklaret, at de blev ansat på vilkår, at de skulle have 6 Euro i timen (netto) for alle timer uanset timetal og placering samt kost og logi, og at denne aftale blev fulgt i hele deres ansættelsestid. For nogle medarbejdere var der aftalt en timeløn på 7

Euro. De har ligeledes troværdigt og samstemmende forklaret, at arbejdstiden blev tilrettelagt således, at de typisk arbejdede 12 timer om dagen inklusive en pause på 1 time, og at der hyppigt i forbindelse med betonleverance var overarbejde, navnlig for snedkere, ikke så hyppigt for jernbindere. I firmaets sidste 2 – 3 måneder blev arbejdstiden reduceret lidt. Medarbejderne udfyldte ikke timesedler og modtog heller ikke lønsedler, før de i efteråret 2013 bad om det. De har endvidere alle troværdigt og samstemmende forklaret, at de førte deres eget regnskab om arbejdstimer dag for dag – nogle i lommebog, andre på PC – for, når den månedlige løn gik ind på deres personlige bankkonti, at kunne kontrollere, at beløbet i kroner passede med den enkeltes timetal gange 7,45/7,50. De boede alle på et nedlagt hospital i Kirke Værløse, 3 – 5 på et værelse med toilet og bad på en gang fælles med øvrige værelser på gangen. Der var en kantine, hvor der var morgen- og aftensmad, frokost fik de på arbejdspladsen. De blev kørt i minibusser til og fra arbejde. De hørte fra medarbejdere i andre firmaer, at de fik meget mere i løn for færre timer, men klagede ikke til ledelsen af frygt for at blive sendt hjem.

De afgivne forklaringer understøttes af de fremlagte lønsedler, hvorefter der for alle måneder – bortset fra virksomhedens sidste lønudbetaling i november 2013 – er beregnet løn ud fra et betydeligt lavere timetal end det, medarbejderne har noteret, og herfra foretaget et ”Fradrag efter skal 1”, hvorved fremkommer ”Udbetalt a conto” med et beløb, som er indsat på vedkommendes bankkonto, og som i det store og hele svarer til det af medarbejderen opgjorte timetal gange 7,5 kr. I november 2013 er der sammenhæng mellem antal timer på lønsedlen og medarbejdernes oplysninger om det præsterede timetal – til gengæld er ”Fradrag efter skat 1” blevet meget større.

Det findes på denne baggrund godtgjort, at virksomhedens lønsedler, bortset fra dem fra november 2013, ikke giver noget retvisende billede af medarbejdernes faktiske arbejdstid, men har fået et konstrueret indhold bestemt af, at det til den enkelte medarbejder udbetalte beløb skulle svare til det i lønperioden præsterede antal timer og den aftalte timeløn på 6 eller 7 Euro. Det findes derfor også godtgjort, at medarbejderne i alt væsentligt har arbejdet som forklaret og som de fremlagte kalenderoptegnelser viser. Det findes endelig godtgjort, at fradraget ”Fradrag efter skat 1” er en postering til sikring af, at acontobeløbet svarer til den aftalte timeløn gange antal præsterede timer, og således ikke et fradrag, som hviler på et overenskomstmæssigt grundlag, eller som virksomheden i øvrigt har godtgjort at være berettiget til at foretage.

3.4. BJMF har opgjort kravet i den principale påstand således:

Underbetaling (brutto) i perioden 2. januar – 30. september 2013	8.673.349,19 kr.
Underbetaling (brutto) i perioden 1. oktober – 17. december 2013	559.356,82 kr.
Uberettiget fradrag (netto) fra 9 navn- givne ansatte i november 2013	144.427,49 kr.
Uberettiget fradrag (netto) for de øvrige 27 ansatte i november 2013	<u>433.282,47 kr.</u>
	I alt 9.810.415,97 kr.

Den subsidiære påstand omfatter de tre sidstnævnte poster.

Om perioden 1. januar – 30. september 2013 blev der den 3. oktober 2013 indgået et forlig mellem parterne. Det hedder i det herom udarbejdede protokollat:

”Ved et møde dags dato mellem nedennævnte parter drøftedes på ny uoverensstemmelsen hos Cinterex DK Aps om løn- og arbejdsforhold for de beskæftigede medarbejdere på virksomhedens arbejdspladser ved Metrocityringen i København i perioden 1. januar til 30. september 2013.

...

Der opnåedes enighed om, at sagen sluttet ved, at Cinterex DK Aps betaler et beløb til BJMF på i alt 650.000,- kr. til fuld og endelig afgørelse af alle mellemværender mellem parterne i denne sag.

...

Der er endvidere enighed om, at den af virksomheden anvendte model for en timeopsparringsordning ophører pr. 30. september 2013, lige som Cinterex DK Aps tilkendegiver, at virksomheden ikke har til hensigt at anvende overenskomstens regler om varierende ugentlig arbejdstid med de nuværende produktionsforhold, og at virksomheden vil orientere BJMF og Dansk Byggeri forlods, såfremt man alligevel ønsker at anvende overenskomstens bestemmelser om varierende ugentlig arbejdstid.

...

Der var endelig enighed om, at med indgåelse af ovennævnte forlig afsluttes sagen, og den faglige voldgift mandag den 7. oktober 2013 aflyses.”

I BJMF's begæring af 12. juni 2013 om voldgift hedder det bl.a.:

”Det er BJMF's opfattelse, at den af virksomheden Cinterex DK udarbejdede ”Aftale om varierende ugentlig arbejdstid af 7.1.2013 med opsparing af overarbejdstimer i en timebank uden overtidsbetaling”, ikke er i overensstemmelse med Jord- og Betonoverenskomstens arbejdstidsbestemmelser, Kapitel 3, § 8.

...

BJMF er således ikke enig i, at det er muligt at opspare overskydende timer i en timebank, men at den forud fastlagte og aftalte arbejdsplan skal følges. Hvis der arbejdes timer herudover, skal der udbetales overtidsbetaling.

...”

I det til brug for den voldgiftssag udarbejdede klageskrift er der en påstand om betaling af 1.763.130,68 kr. Påstanden støttes på følgende anbringender:

- At virksomheden ikke har lokalt indgået en gyldig skriftlig aftale om varierende ugentlig arbejdstid med medarbejderne.
- At de fremlagte arbejdstidsplaner ikke lever op til overenskomstens bestemmelser om planlægning af arbejdet over en forud fastlagt periode med 37 timer i snit.
- At Arbejdsgiverforeningens timebank ikke kan erstatte en sådan plan.
- At der skal betales løn op til 37 timer ugentlig og overtid for alle præsterede timer ud over 37 t ugentligt / 7,4 dagligt på ugens 5 første dage.
- At der skal betales overtidstillæg for arbejde på lørdage, søndage, søgnehelligdage og 1. maj.

Det hedder i klageskriftet i øvrigt bl.a.:

- Det er klagers påstand at der ingen sammenhæng er mellem timebanken, arbejdstidsaftalerne, præsterede timer og lønsedler.

Indklagede opfordres til at dokumentere sammenhængen, såfremt de er uenige i denne påstand.

- På de fremsendte lønsedler er der ikke registreret timer i timebanken, hvilket der efter klagers opfattelse burde være, såfremt virksomheden mener timebanken kan erstatte betaling for overarbejde.
I overenskomstens § 31 Lønsedler er der angivet hvilke oplysninger der som minimum skal anføres på lønsedler (Bilag 21), overarbejde er et af punkterne.
- Der ikke er udbetalt 100 % overtidstillæg for arbejde og spisepauser på søndag d. 17. marts, søndag d. 24. marts, skærtorsdag den 28. marts, langfredag den 29. marts og 2. påskedag d. 1. april.
Selvom der ikke foreligger lønsedler og ugesedler for perioden efter 20. april 2013, formoder klager heller ikke at der er blevet udbetalt 100 % overtidstillæg for Store Bededag d. 26. april, 1. maj, Kristi Himmelfartsdag d. 8. maj, 2. Pinsedag d. 20. maj og Grundlovsdag d. 5. juni.
Indklagede opfordres til at dokumentere dette ikke er tilfældet, såfremt de er uenige i denne påstand.
- De fremlagte planer angiver ikke klart hvornår der skal arbejdes og hvornår der er frihed. Det fremgår ikke hvorledes der opnås 37 timer i gennemsnit for perioden. Virksomhedens timebank er ikke gennemskuelig med hensyn til registrering og afvikling af timer. Virksomhedens timebank virker mere som et udtryk for:
At virksomheden ikke er i stand til at planlægge arbejdet.
At virksomheden ikke ønsker at betale overtidsbetaling og vil have mulighed for vilkårligt at sende de udenlandske medarbejdere på tvungen afspadsring.
Det er klagers påstand, at virksomhedens arbejdstidsaftale er i modstrid med overenskomsten, og at der skal betales overtidstillæg for alle timer over 37 t ugentligt / 7,4 timer dagligt, samt lørdage.

Det er således klart, at der er et vist sammenfald mellem den tidligere og den foreliggende sag. Det er imidlertid også klart, at det først efterfølgende er kommet frem, at problemerne i forhold til overenskomsten var væsentligt mere omfattende end det, som tilsigtedes afgjort med det indgåede forlig, og at virksomheden i den forbindelse ikke blot bevidst, groft og systematisk har tilsidesat overenskomsten, men på tilsvarende måde bevidst, groft og systematisk har tilstræbt at føre BJMF og omgivelserne i øvrigt bag lyset bl.a. ved hjælp af konstruerede lønsedler, timeoversigter og timebankskemaer.

På denne baggrund kan det indgåede forlig ikke afskære BJMF fra at gøre yderligere krav gældende vedrørende perioden 1. januar – 30. september 2013. Dansk Byggeris subsidiære påstand

om afvisning for så vidt angår BJMF's krav for perioden før 1. oktober 2013 tages derfor ikke til følge.

Omvendt findes det rimeligt ved opgørelsen af, hvad medarbejderne er gået glip af, og hvad virksomheden har tjent på sin overenskomststridige underbetaling i den periode, som også denne sag omfatter, at fratække det beløb, som den tidligere sag angik, således som det også er sket i BJMF's opgørelse, jf. nedenfor under 3.5.

3.5. BJMF har baseret kravet vedrørende perioden 2. januar – 30. september 2013 på 10 medarbejders timeoplysninger for oktober måned 2013 sammenholdt med lønsedler og indkomstregisteroplysninger. Medarbejderne har ifølge egne optegnelser arbejdet mellem 198 og 250 timer. De har alle ifølge Cinterex' lønsedler fået løn for 148 timer. Der er en samlet difference på 943 timer svarende til 94,3 timer i gennemsnit pr. mand. Dette tal er divideret med det gennemsnitlige antal arbejdsdage for perioden januar til september 2013 (20,88 dage pr. måned), hvorved der fremkommer et gennemsnitligt antal arbejdstimer, 4,52 timer pr. dag. Resultatet er, at virksomheden i gennemsnit skylder 4,52 timer pr. dag pr. medarbejder. Lønnen for de manglende timer er beregnet således, at de manglende timer belægges med overenskomstens mindstebetalingssats (4,52 timer x 115,20 kr. pr. time = 520,70). Derefter er tillæg for de første 3 timer beregnet med 50 % tillæg (3 timer x 57,6 kr. pr. time = 172,80). Og tillæg for de sidste 1,5 time er beregnet med 100 % tillæg (1,5 x 115,20 kr. pr. time = 172,80). De skyldige antal timer pr. dag pr. medarbejder og den dermed forbundne løn er herefter beregnet måned for måned for samtlige medarbejdere. Antallet af ansatte er baseret på oplysninger fra virksomheden for så vidt angår januar og februar og i øvrigt på oplysninger fra Pension Danmark. Til den beregnede manglende løn er tillagt feriepenge, SH og pension, hvilket giver et beløb på 10.436.479,87 kr. Med fradrag af 1.763.130,68 kr. fremkommer beløbet på de 8.673.349,19 kr. Fradraget svarer til det beløb, BJMF krævede vedrørende perioden 2. januar – 30. september 2013 i den tidligere sag, som blev forligt.

BJMF har opgjort kravet på de 559.356,82 kr. med baggrund i, at LG for perioden 21. september – 17. december 2013 har honoreret krav baseret på medarbejdernes timeoptegnelser om skyldig løn, feriepenge og pension til 26 Cinterex-medarbejdere med i alt 2.510.936,28 kr. Ud fra denne

udbetaling er der foretaget en beregning af, hvad virksomheden må antages at have underbetalt de øvrige 10 medarbejdere med.

BJMF har opgjort kravet på 144.427,49 kr. ved en sammenlægning af de fradrag, ”Fradrag efter skat 1”, som fremgår af lønsedlerne for november 2013 for følgende ni medarbejdere:

E	13.172,40
A	13.612,96
F	15.462,58
G	17.538,93
H	18.046,67
I	16.921,13
J	16.775,79
K	15.114,11
L	17.782,92
I alt	144.427,49

BJMF har ud fra, hvad der er fratrukket de ni i gennemsnit – 16.047,50 kr. – opgjort et krav på 433.282,17 kr. ved at gange dette gennemsnitsbeløb med det øvrige antal medarbejdere, som BJMF har angivet at være 27.

Dansk Byggeri har til BJMF’s opgørelse af betalingskravet anført, at der er stor usikkerhed om rigtigheden af medarbejdernes timeopgørelser, hvortil kommer, at der ikke kan sluttes fra et gennemsnit af 10 til samtlige øvrige. Der er endvidere ikke fremlagt nogen dokumentation for, at de medarbejdere, der ikke har fået noget af LG, har ret til noget, som LG ikke har betalt. De af virksomheden foretagne fradrag i lønnen er ifølge virksomheden fradrag for kost og logi – 180 kr. pr. dag for overnatning og 135 kr. pr. dag for fortæring, i alt 315 kr. pr. dag, ca. 9.500 kr. om måneden.

3.6. Hertil bemærker opmanden:

Udgangspunkt må tages i, at det efter bevisførelsen må anses for godtgjort, at medarbejderne har modtaget en løn, som ligger væsentligt under mindstesatsen, og har arbejdet i langt flere timer, end de har fået løn for.

De foretagne fradrag i november 2013 anses efter bevisførelsen for foretaget i det øjemed at få det udbetalte acontobeløb til at passe med den aftalte nettoløn på 6 – 7 Euro og det præsterede timetal. Det lægges i den forbindelse til grund, at fradraget i november 2013 er blevet vældig meget større end i de foregående måneder, fordi presset på Cinterex for dokumentation for efterlevelse af overenskomsten, da var blevet så stærkt, at virksomheden valgte på lønsedlerne at angive det faktisk præsterede timetal. Fradraget må derfor anses for overenskomststridigt. For de ni navngivne ansatte er det oplyst, hvilke beløb der uberettiget er fratrukket, og som kan kræves betalt. Det findes ubetænkeligt at lægge til grund, at der i november 2013 er foretaget tilsvarende fradrag i samme størrelsesorden i de øvrige ansattes løn – beløbet kan dog ikke opgøres eksakt, men findes skønmæssigt passende at kunne ansættes til 400.000 kr.

Det findes endvidere ubetænkeligt at lægge til grund, at de medarbejdere, som ikke for perioden oktober – december 2013 har modtaget noget fra LG, har indebåret en besparelse for Cinterex i nogenlunde samme størrelsesorden, som LG i gennemsnit har udbetalt – det samlede beløb kan dog ikke opgøres eksakt, men findes skønmæssigt passende at kunne fastsættes til 500.000 kr.

Hvad angår opgørelsen for perioden januar – september 2013, er der en vis – beskeden - usikkerhed knyttet til de 10 udvalgte medarbejders opgjorte timetal. Samtidig er der en ganske væsentlig usikkerhed forbundet med ud fra 10 ansattes arbejdstid i oktober 2013 at antage samme gennemsnitlige arbejdstid for samtlige medarbejdere i hele perioden (10 mand i en måned – fra 36 til 73 mand (i gennemsnit 44 mand) i 9 måneder). Det er således uoplyst om gruppen på 10 er repræsentativ for den samlede medarbejderstab i hele perioden, herunder med hensyn til sammensætningen med jernbindere og snedkere, som hyppigere måtte blive et par timer længere. Denne usikkerhed er så betydelig, at det rejste krav, som er beregnet til 10.436.479,87 kr. og nedsat med de 1.763.130,68 kr., som BJMF krævede i den forligte voldgiftssag for den samme periode, til 8.673.349,19 kr. findes at burde nedsættes yderligere med ca. en tredjedel til 6 mio. kr. Samlet beløber BJMF's krav sig herefter til 7.044.427,49 kr. (6 mio. kr. + 144.427,49 kr. +

400.000 kr. + 500.000 kr.). Kravet tillægges procesrente fra BJMF's anmeldelse af kravet i konkursboet den 23. januar 2014.

Thi bestemmes:

Cinterex DK ApS under konkurs skal til 3F Bygge-, Jord og Miljøarbejdernes Fagforening betale 7.044.427,49 med procesrente fra den 23. januar 2014.

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

Børge Dahl