

Kendelse af 11. februar 2020 i faglig voldgiftssag FV2018.0125:

3F Bygge-, Jord- og Miljøarbejdernes Fagforening (3F/BJMF)

Mølle Allé 26

2500 Valby

på egne vegne og

for

et antal medlemmer

(advokat Nicolai Westergaard

og

advokat Mads Bendix Skelbæk-Knudsen)

mod

Dansk Byggeri

for

Adecco A/S

CVR nr. 12932375

Falkonér Allé 1

2000 Frederiksberg

(advokat Kia Philip Dollerschell)

Indholdsoversigt

1. Uoverensstemmelsen.....	3
2. Sagens behandling ved faglig voldgift.....	3
3. Grundlaget for sagens behandling og afgørelse.....	15
4. Påstande.....	17
5. Parternes synspunkter.....	18
5.1. 3F/BJMF's argumentation.....	18
5.2. Dansk Byggeris argumentation.....	28
6. Opmændenes sagsgennemgang og bedømmelse.....	62
6.1. Sagens genstand, baggrund og sammenhæng med Adecco-sag 2.....	62
6.2. Efterbetaling, differencekrav og bod.....	63
6.3. Antal medarbejdere omfattet af sagen.....	66
6.4. Kompensation for ulempe ved forskudt tid og holddrift.....	67
6.4.1. Efterbetaling til medlemmer af 3F/BJMF.....	67
6.4.2. Adeccos besparelse i forhold til de uorganiserede.....	68
6.5. Betaling for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid.....	72
6.6. Poseopfyld på ugens første fem dage i forbindelse med forskudt tid.....	74
6.7. Diverse øvrige efterbetalinger.....	80
6.8. Samlet opgørelse af efterbetaling til medlemmer af 3F/BJMF.....	82
6.9. Samlet opgørelse af Adeccos besparelse i forhold til de uorganiserede.....	82
6.10. Bodsfastsættelse.....	82
6.11. Forrentning.....	83
Thi bestemmes.....	83

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår arbejdstilrettelæggelse for og aflønning af ca. 900 medarbejdere udsendt af Adecco A/S til arbejde under Jord- og Betonoverenskomsten på det københavnske metro-projekt for Copenhagen Metro Team (CMT) i årene 2013-2016. Der er betalt timeløn for alle timer i overensstemmelse med Overenskomsten. Hovedspørgsmålet er, om der er ydet overenskomstmæssig tillægsbetaling for ulemper ved arbejde på skæve tidspunkter, eller der som følge af manglende overenskomstmæssig tillægsbetaling for ulemper ved arbejde på skæve tidspunkter mv. er krav på efterbetaling og betaling af bod.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

I sagen, der af parterne er benævnt Adecco-sag 3, har Arbejdsrettens formand på parternes fælles anmodning den 26. september 2018 som opmænd udpeget fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, fhv. højesteretspræsident Poul Søgaard og fhv. højesteretsdommer Jytte Scharling, der således udgør et udvidet formandskab, jf. arbejdsretslovens § 25, stk. 3.

Denne udpegning skete kort efter, at der var sket udpegning af samme formandskab i faglig voldgiftssag FV2018.0119, der af parterne er benævnt Adecco-sag 2.

Den 29. oktober 2018 blev den foreliggende sag, Adecco-sag 3, berammet til mundtlig forhandling den 26., 27. og 29. august 2019.

På det tidspunkt var Adecco-sag 2 berammet til mundtlig forhandling den 4.-6. februar 2019. I Adecco-sag 2 blev der afholdt mundtlig forhandling som berammet. I forbindelse med voteringen blev det med de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten – faglig sekretær Elo Hansen og faglig sekretær Mogens Larsen, begge 3F/BJMF, direktør Peter Stenholm og afdelingschef Anja Bülow Jensen, begge Dansk Byggeri, som også har været partsudpegede medlemmer i Adecco-sag 3 – aftalt, at afgørelsen i første omgang navnlig skulle angå de fortolkningsmæssige tvister mellem parterne, idet opgørelsen af et eventuelt efterbetalingskrav og udmåling af en eventuel bod i første omgang skulle holdes ude. Afgørelsen af de nævnte spørgsmål blev forelagt for parterne i en tilkendegivelse af 25. marts 2019. Tilkendegivelsen blev drøftet med parterne på et møde den 3. april 2019. På mødet var der enighed om at foretage

en række præciseringer og tilføjelser, som er indarbejdet i den endelige tilkendegivelse af 5. april 2019, som parterne har taget til efterretning og er enige om at lægge til grund. Det blev samtidig aftalt, at parterne til brug for sagens afslutning med stillingtagen til de nedlagte påstande skulle udarbejde hver sit processkrift. Den afsluttende forhandling blev berammet til den 12. juni 2019. Der blev afsagt kendelse i sagen den 10. juli 2019.

I mellemtiden rettede parterne i fællesskab henvendelse til formandskabet i en e-mail af 23. maj 2019 med baggrund i, at den endelige afgørelse af Adecco-sag 2 ville falde senere end forudsat ved berammelsen af Adecco-sag 3, for at få oplyst:

- ”1) Vurderer formandsskabet umiddelbart at behandlingen af sag 3 skal ske med 3 opmænd, og vurderer formandsskabet at det er nødvendigt med 3 retsdage?
- 2) Hvis parterne vælger at voldgiften i august skal flyttes, hvilke dage kan formandsskabet/opmanden i så fald deltage fra oktober 2019 og fremefter?”

Formandskabet besvarede den 25. maj 2019 denne henvendelse således:

”Formandskabet har forstået det sådan, at det er sagens omfang og kompleksitet, som har begrundet parternes ønske om udvidet formandskab og forhandling over tre dage. Eftersom der i sagen ikke er udvekslet klageskrift og svarskrift har formandskabet ikke mulighed for at foretage en anden bedømmelse end den, som parterne har været enige om.

Formandskabet bemærker i øvrigt, at berammelse af en sag til hovedforhandling inden forberedelsens afslutning, ja, i det foreliggende tilfælde inden udveksling af klageskrift og svarskrift, nødvendigvis må være foreløbig, og ikke bør fastholdes, såfremt sagens forsvarlige forberedelse ikke kan gennemføres som forudsat. Formandskabet bemærker i den forbindelse, at vi af hensyn til fremme af sag 3 da gerne ser sag 2 afsluttet med kendelse den 19. juni 2019, men at det meget vel kan vise sig, at parternes uenigheder i de afsluttende skrifter er af et omfang og en kompleksitet, at det kommer til at tage længere tid at få afsagt kendelse.

Hvad mulige andre datoer angår, forekommer det mest hensigtsmæssigt at følge sædvanlig fremgangsmåde, hvorefter parterne fremkommer med forslag.”

Efter parternes fælles forslag i e-mail af 27. maj 2019 om udskydelse af den mundtlige forhandling til november 2019 blev Adecco-sag 3 den 30. maj 2019 berammet til mundtlig forhandling over tre dage den 27. november, den 28. november og den 2. december 2019.

I forbindelse med forhandlingen den 12. juni 2019 i Adecco-sag 2 blev det aftalt at afholde et forberedende møde i Adecco-sag 3 om tilrettelæggelsen af sagens forberedelse, dokumentation og bevisførelse. Efter korrespondance herom blev mødet i e-mail af 16. juli 2019 fastsat til afholdelse den 29. august 2019. I e-mailen bemærkede formandskabet i øvrigt:

”Senest på mødet bedes BJMF oplyse, hvilke krav – med hvilket beløb og på hvilket grundlag vedrørende hvilke medarbejdere i hvilke perioder – BJMF agter at fremføre under sagen, hvorledes kravene agtes dokumenteret ved fremlæggelse af bilag og beregninger, og hvad der i øvrigt forventes af bevisførelse.”

I e-mail af 16. juli 2019 anførte BJMF:

”Angående dokumentationen, skal vi gøre hvad vi kan for at have et overblik klar til den 29. august.

Et detaljeret specifikt beløb afhænger dog af, at vi når at omberegne samtlige af de 40-70 mand vi forventer at dokumentere, idet vi inden kendelsen af 10. juli 2019 tydeligvis ikke havde forstået præcis hvilke principper der skulle betales efter.

Vi ved godt, at det afklarende retsmøde efter den midlertidige tilkendegivelse af 25. marts var et særtilfælde uden præcedens, men vi har stadig efter kendelsen af 10. juli behov for præciseringer af enkelte elementer.

Som vi læser kendelsen ...

Dette er ret afgørende for hvordan efterbetalingskravet skal beregnes, og vi ville være meget taknemmelige, hvis det var muligt at afklare/præcisere dette forhold.”

Formandskabets svar i e-mail af 20. juli 2019 er sålydende:

”Formandskabet kender ikke andet til sag 3 end det, som er oplyst under sag 2, og som er gengivet i kendelsen på s. 20:

Der verserer herudover en sag mellem parterne om underbetaling af uorganiserede medarbejdere, der har været udsendt af Adecco til arbejde på Metro Cityring-projektet i perioden 1. januar 2013 til 31. december 2016 (sag 3). Sagen afventer den principielle stillingtagen til de omtvistede fortolkningsspørgsmål, som nærværende sag rejser. Kravet i sag 3 er senest opgjort af BJMF til samlet 182.079.180,06 kr.

Det, vi efterlyser, er ikke noget detaljeret, gennemregnet, færdigt, men en beskrivelse af, hvad sag 3 handler om – gerne med almindelige ord – så alle om bordet kan få en forståelse af, hvad det er for problemstillinger, der skal tages stilling til under sagen. Det er ikke vigtigt for denne forståelse, om påstanden kommer til at lyde på det ene eller andet beløb. En sådan forståelse er derimod vigtig for en drøftelse af sagens tilrettelæggelse. Vi forventer i øvrigt, at det i første række er en drøftelse mellem BJMF og Dansk Byggeri, men vil ikke undlade at gøre opmærksom på, at uden klarhed over, hvad sagen angår, på mødet den 29. august 2019 kommer forberedelse af en sag af den angivne størrelse let til at kræve en indsats, som gør det helt urealistisk at forestille sig hovedforhandling som berammet i november 2019. Hvis regneri og dokumentation på den ene side dårligt kan nås på 6 uger, ser det nok ikke meget bedre ud med efter/contraregneri og dokumentation på den anden side.

Mødet er i øvrigt et møde til forberedelse af sag 3, ikke et møde om sag 2, som er afsluttet med den afsagte kendelse.”

I referat af det forberedende møde den 29. august 2019 med den samlede voldgiftsret hedder det:

”På dagens forberedende møde blev det efter drøftelse og votering bestemt, at sagens aftalte hovedforhandling over tre dage den 27. november, 28. november og 2. december 2019, alle dage kl. 0900-1500, forberedes gennem skriftveksling med følgende frister:

- Klageskrift senest den 19. september 2019
- Svarskrift senest den 10. oktober 2019
- Replik senest den 24. oktober 2019
- Duplik senest den 7. november 2019
- Sammenfattende processkrifter, Ekstrakt, Tidsplan for den mundtlige forhandling og eventuelle Materialesamling(er) den 14. november 2019

Der afholdes et forberedende møde mandag den 14. oktober 2019 kl. 1500 hos Dansk Byggeri.”

I e-mail af 5. september 2019 oplyste advokat Asger Tue Pedersen, at han fremover skulle varetage BJMFs interesser i sagen. Han anmodede samtidig om, at de foreliggende frister blev forlænget og den mundtlige forhandling udsat.

Efter indlæg fra parterne herom traf den faglige voldgiftsret den 13. september 2019 på forslag af formandskabet med de partsudpegede dommeres indforståelse følgende afgørelse:

”Den 29. august 2019 blev det på et forberede retsmøde i sagen bestemt, hvordan forberedelsen af den aftalte hovedforhandling over tre dage den 27. november, 28. november og 2. december 2019 skulle gennemføres – med frist for klageskrift den 19. september 2019.

Den 5. september 2019 har BJMF indgivet en begæring om forlængelse af fristerne for skriftvekslingen og udsættelse af det aftalte tidspunkt for hovedforhandling med henvisning til, at ... sagsførelsen overtages af advokat Asger Tue Pedersen. Det anføres i begæringen, at advokatskiftet under hensyn til sagens kompleksitet nødvendiggør forlængelse og udsættelse.

Den 6. september 2019 har Dansk Byggeri protesteret mod en imødekommelse af begæringen. Dansk Byggeri anfører, at der på det forberedende retsmøde blev indgået en procesaftale mellem parterne om fristerne for skriftveksling og tidspunktet for afholdelse af hovedforhandling, og at denne aftale ikke kan ændres, medmindre parterne er enige herom. Dansk Byggeri anfører endvidere bl.a., at ... [3F/BJMF] allerede på det forberedende retsmøde, efter meddelelsen om, hvad der var bestemt, rejste spørgsmål om fristforlængelse og udsættelse med henvisning til sagens kompleksitet, hvilket med henvisning til, hvad der var bestemt, blev afvist – der er intet nyt i sagens kompleksitet, som derfor heller ikke nu bør kunne begrunde fristforlængelse og udsættelse.

Hertil bemærker den faglige voldgiftsret, at den bestemmelse, som blev truffet på det forberedende retsmøde, har karakter af en processuel beslutning om et tidsmæssigt forløb, som efter fast praksis er åben for ændring, når der indtræder omstændigheder, som kan begrunde dette. Nødvendigt advokatskifte som følge af sygdom kan, alt efter hvornår i forløbet, være et sådant forhold.

På denne baggrund imødekommer den faglige voldgiftsret til dels begæringen således, at tidsplanen for forberedelsen ændres til nedenstående, mens der efter det aktuelt foreliggende ikke er grundlag for at imødekomme begæringen om udskydelse af tidspunktet for hovedforhandlingen:

- Klageskrift senest den 3. oktober 2019
- Svarskrift senest den 24. oktober 2019
- Forberedende retsmøde den 28. oktober 2019
- Replik senest den 4. november 2019
- Duplik senest den 14. november
- Sammenfattende processkrifter, Ekstrakt, Tidsplan og eventuel Materialesamling den 21. november 2019.

Der vil efterfølgende blive givet besked om, hvornår på dagen det forberedende møde den 28. oktober 2019 finder sted.”

Under korrespondancen om fristforlængelse havde Indklagede i e-mail af 6. september 2019 anmodet voldgiftsretten om at meddele Klager et nærmere angivet editionspålæg.

I e-mail af 13. september 2019 anmodede Klager i tilknytning til ovennævnte afgørelse om fristforlængelse om, at der blev afholdt et hastemøde til drøftelse af det videre forløb, herunder alternativt et mæglingslignende forløb. Under korrespondance herom nævnte advokat Asger Tue Pedersen, at han ikke kunne deltage i en forhandling den 2. december 2019.

Der blev herom den 17. september 2019 truffet følgende afgørelse:

”Den faglige voldgiftsret har modtaget nogle begæringer og oplysninger. Efter drøftelse i voldgiftsretten er afgørelsen overladt til formandskabet.

Til e-mail af 13. september 2019 fra klager, e-mail af 16. september 2019 fra indklagede og e-mail af 16. september fra klager samt tidligere udvekslede synspunkter om navneliste bemærker formandskabet i enighed:

Editionsbegæring

Da der endnu ikke er indgivet klageskrift, foreligger der ikke en sag, som giver grundlag for udstedelse af et editionspålæg i medfør af retsplejelovens § 298.

Mæglingslignende forløb

Noget sådant ville forudsætte en enighed mellem parterne, som ikke foreligger, og der er allerede af denne grund ikke anledning for voldgiftsretten eller formandskabet til at forholde sig til forslaget herom.

Hasteforberedende retsmøde

Klager har fremsat begæring om afholdelse af et forberedende hastemøde med henvisning til, at der er ”behov for at afstemme forventninger til den kommende skriftveksling”. Det fremgår ikke, hvad det anførte behov nærmere går ud på.

Indklagede ser ikke noget behov for et sådant møde.

Formandskabet bemærker, at skriftvekslingen er underlagt regler og frister – opstår der efter drøftelse mellem parterne konkrete stridsspørgsmål herom, kan de forelægges for voldgiftsretten eller formandskabet til afgørelse, i almindelighed på skriftligt grundlag. Hvis det i øvrigt skønnes hensigtsmæssigt, kan der afholdes et forberedende møde. Der har imidlertid netop været afholdt et møde til drøftelse af processen, og det ligger allerede nu fast, at der skal afholdes et møde efter udveksling af klageskrift og svarskrift. På den baggrund forekommer det ikke tilstrækkeligt oplyst, hvad et møde nu skal afklare. Formandskabet tager derfor på det foreliggende grundlag ikke begæringen om indkaldelse til hastemøde til følge.

Hovedforhandlingen

Sagen er berammet til hovedforhandling over tre dage den 27. november, den 28. november og den 2. december 2019. Advokat Asger Tue Pedersen har nu meddelt, at han har den udfordring, at han ikke kan deltage i en forhandling mandag den 2. december 2019. Indgivelse af meddelelse om en sådan udfordring kan imidlertid ikke i sig selv begrunde en ændring. Formandskabet foreslår, at advokaterne drøfter dette forhold og vender tilbage, hvis det er nødvendigt, i fællesskab eller hver for sig.

Forberedende møde den 28. oktober 2019

Mødet afholdes kl. 15.30.”

Den 1. oktober 2019 indgav Klager klageskrift med bilag 1-5. Den 24. oktober 2019 indgav Indklagede svarskrift med bilag A-J.

Den 28. oktober 2019 blev der afholdt forberedende møde. Det hedder i referatet:

”1. Der er den 28. oktober 2019 afholdt et forberedende møde med deltagelse af den faglige voldgiftsret, parternes advokater og repræsentanter for Adecco.

2. I sagen foreligger klageskrift med bilag 1-5 og svarskrift med bilag A-J.

3. Det blev besluttet fortsat at søge sagen færdigforberedt til hovedforhandling og hovedforhandlet efter tidsplanen meddelt parterne i e-mail af 13. september 2019 med følgende justeringer og forbehold:

a) Justering: Klager afgiver replik efter den lagte plan, men kan fremlægge beregninger vedrørende medlemmer omfattet af sagen senest den 14. november 2019 og inden for samme frist justere påstande og mellemregninger i overensstemmelse med disse beregninger.

b) Justering: Indklagede har i svarskriftet bebudet, at beregninger for medlemmer er under revisorpåtegning og forventes fremsendt med duplikken. Indklagede har i svarskriftet endvidere bebudet, at indklagede med duplikken vil fremlægge ”samtlige beregninger for samtlige uorganiserede vikarer”. Om det sidste har indklagede på mødet oplyst, at resultatet af beregningerne fremgår af det med svarskriftet fremlagte bilag I. Indklagede har endvidere på mødet oplyst, at de nævnte beregninger og det underliggende materiale vil blive tilstillet klager hurtigst muligt. Klager har mulighed for, når beregningerne fremkommer, at tage stilling til, om der er tale om indhold, som nødvendiggør yderligere sagsoplysende skridt, og kan i givet fald fremkomme med de begæring, som dette måtte give anledning til.

c) Forbehold: Skulle det i forbindelse med hovedforhandlingen vise sig, at der på et punkt efter en eller begge parters opfattelse foreligger et så utilstrækkeligt faktuel grundlag, at det vil være retssikkerhedsmæssigt uforsvarligt at træffe afgørelse, kan der fremsættes begæring om genoptagelse af forberedelsen for så vidt angår dette punkt, således at hovedforhandlingen for øvrige punkters vedkommende færdiggøres, men fortsættes på et senere tidspunkt for det udestående punkts vedkommende.

d) Justering: Der reserveres kun to dage til hovedforhandling, den 27. og 28. november 2019, begge dage som tidligere aftalt 9-15 (eventuelt 16). Hovedforhandlingen indledes med, at hver part kort præsenterer sagen, de fremlagte bevisligheder og stridspunkterne.

4. BJMF og Dansk Byggeri er principielt uenige om, hvorvidt der under en sag ved faglig voldgift om betaling af et differencekrav vedrørende uorganiserede medarbejdere kan indtales et krav om tillæg af et pønalt element. I den foreliggende konkrete sag er parterne imidlertid enige om, at den faglige voldgiftsret konkret skal have kompetence til at træffe afgørelse på samme måde som Arbejdsretten til en påstand om bod udmålt som et differencekrav med tillæg af et pønalt element. Denne aftale er en konkret aftale helt uden præjudicerende virkning for, hvad der er omfattet af en faglig voldgiftsrets kompetence i andre sager.

5. I kendelsen af 10. juli 2019 i FV2019.0119, Adecco-sag 2, vedrørende BJMF-medlemmerne A, B og C skete der til dels afvisning af den del af sagen, som angår krav om overarbejdsbetaling for arbejde i weekenden på forskudt tid og det dermed forbundne krav om poseopfyld op til 37 timer på ugens fem første dage. Parterne er enige om, at

BJMF under den foreliggende sag kan medtage krav for de tre nævnte medlemmer for så vidt angår den afviste del af sag 2.

6. I forlængelse af kendelsen af 10. juli 2019 indledte BJMF en sag mod Dansk Byggeri for vægring mod deltagelse i mægling. Denne sag er udsat på afholdelse af mæglingsmøde efter afgørelsen af nærværende faglige voldgiftssag. BJMF har erklæret, at sagen vil blive hævet og ikke yderligere forfulgt.”

I e-mail af 29. oktober 2019 fra BJMF ved faglig sekretær D hedder det:

”BJMF bekræfter med nærværende mail at det begærede – og nu suspenderede - mæglingsmøde om poseopfyld for kortere arbejdsdage på hverdage ved arbejde på forskudt arbejdstid i weekenden, jf. mæglingsbegæring af 11. september 2019 (vedlagt) trækkes, idet kravet for de tre ansatte, jf. aftale af 28. oktober 2019, medtages i FV2018.0125.

Endvidere afstår BJMF fra at fortsætte sagen om vægring af etablering af mæglingsmøde. Sagen der har sagsnummer hhv. DA j.nr. 20190648 og FH sagsnr. 19-2585, blev behandlet på fællesmøde den 10. september 2019.

Begge ovennævnte sager trækkes således uden præjudice og konkret fordi kravet om poseopfyld for kortere arbejdsdage på hverdage ved arbejde på forskudt arbejdstid i weekenden for de nævnte personer i vedlagte mæglingsbegæring af 11. september 2019 medtages i FV2018.0125, jf. også punkterne 4., 5. og 6. i mail (af 29. oktober 2019 09:34) fra Børge Dahl vedr.: Forberedende møde den 28. oktober 2019 i FV2018.0125 – Adecco-sag 3.”

Med e-mail af 1. november 2019 fremsendte Indklagede en række dokumenter til Klager med kopi til voldgiftsretten. Dokumenterne blev den 4. november 2019 fremlagt i sagen som bilag K-M.

Den 6. november 2019 indgav Klager foreløbig replik med bilag 6.

Den 14. november 2019 anmodede Klager om forlængelse af fristen for indgivelse af endelig replik til den 19. november 2019. Indklagede protesterede ikke herimod. Indklagede indleverede samme dag duplik med bilag N-T.

Der blev den 14. november 2019 truffet afgørelse om fristforlængelse:

”Den faglige voldgiftsret har modtaget en begæring fra klager om forlængelse af den allerede forlængede frist for indgivelse af beregninger og justering af påstande og mellemregninger. Begæringen er ikke nærmere begrundet. Begæringen går på forlængelse af fristen for indlevering til den 19. november 2019.

Indklagede har meddelt, at der ikke protesteres mod en sådan forlængelse af fristen.

På den baggrund imødekommer formandskabet, som afgørelsen er overladt til, begæringen om forlængelse af fristen med bemærkning om, at der efter det foreliggende ikke kan forventes yderligere udsættelse.”

Den 15. november 2019 indgav Klager en supplerende foreløbig replik med bilag 7 og nogle provokationer.

Den 18. november 2019 meddelte Advokatfirmaet Lind ved advokat Nicolai Westergaard, at advokat Asger Tue Pedersen i weekenden var blevet sygemeldt, og anmodede samtidig om udsættelse af den mundtlige forhandling. Indklagede meddelte samme dag, at man ikke ville protestere mod en udsættelse. Der fremkom samme dag en fælles anmodning fra parterne om afholdelse af et forberedende møde telefonisk den 22. november 2019.

Der blev taget stilling til dette i e-mail af 18. november 2019:

”Under de foreliggende omstændigheder imødekommes begæringen om udsættelse ... Endvidere imødekommes parternes fælles begæring om afholdelse af et forberedende retsmøde *til drøftelse af* forberedelsens afslutning og nyt tidspunkt for hovedforhandling. Fra voldgiftsretten deltager i mødet alene undertegnede. Mødet kan afholdes fredag den 22. november 2019 kl. 08.45.”

I referat af møde den 22. november 2019 hedder det:

”I mødet deltog undertegnede retsformand, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, og advokaterne Nicolai Westergaard og Kia Philip Dollerschell.

Retsformanden orienterede om, at baggrunden for mødet er, at sagens afsluttende forberedelse og hovedforhandling den 18. november 2019 har måttet udsættes som følge af klagers advokats i weekenden forinden akut opståede sygefravær, og at formålet med mødet er med baggrund i en afklaring af sygefraværets varighed at drøfte forberedelsens afslutning og et nyt tidspunkt for hovedforhandling.

Det konstateredes, at situationen er sådan, at hensynet til sagens fremdrift sammenholdt med de nu foreliggende oplysninger om sygefraværets forventede varighed fordrer et advokatskifte, og at Lind Advokataktieselskab i den kommende uge har et møde med BJMF, hvor der vil blive truffet beslutning om, hvilken advokat der tager over.

Det er på den baggrund aftalt, at der afholdes nyt forberedende møde telefonisk fredag den 29. november 2019 kl. 08:45 med deltagelse af den advokat, som indtræder til videreførelse af sagen for BJMF. Formålet med mødet er at fastsætte en frist for indgivelse af det skrift, som BJMF havde frist til den 19. november 2019 til indgivelse af, og at fastlægge et tidspunkt for hovedforhandling.”

I referat af møde den 29. november 2019 hedder det:

”I mødet deltog samme personkreds som i mødet den 22. november 2019.

Advokat Nicolai Westergaard meddelte, at han er indtrådt i sagen som advokat for klager.

Endelig replik indgives senest onsdag den 11. december 2019.

Tidspunktet for hovedforhandlingen blev drøftet. Tirsdag den 28. januar 2020 og onsdag den 29. januar 2020 er foreløbigt reserveret. Det afklares snarest muligt, om berømmelse til disse dage kan ske.

Senest tirsdag den 14. januar 2020 indleveres ekstrakt, sammenfattende processkrifter, tidsplan og materialesamling(er).”

Den 1. december 2019 blev sagen berammet til mundtlig forhandling den 28. og 29. januar 2020.

Den 11. december 2019 indgav Klager endelig replik med bilag 8-19.

Med e-mail af 18. december 2019 fremlagde Indklagede bilag U-Z. Klager protesterede herimod i e-mail af 22. december 2019. Efter yderligere korrespondance blev der den 4. januar 2020 truffet følgende afgørelse herom:

”I sagen har indklagede, Dansk Byggeri for Adecco A/S, efter klager BJMFs endelige replik fremlagt bilag U, V, W, Y og Z. Klager har i nedenstående e-mail af 22. december 2019 gjort indsigelse mod denne fremlæggelse af yderligere bilag.

Det fremgår af den e-mail af 18. december 2019, hvormed indklagede har fremlagt de nævnte bilag, at fremlæggelse sker til imødegåelse af, at klager i den endelige replik har anført, at indklagede *”fortsat ikke har opfyldt alle 3F BJMFs provokationer og anmodninger. På tidspunktet for afslutningen af arbejdet med udarbejdelse af denne replik havde klager således fortsat ikke modtaget lønsedler for samtlige berørte medlemmer, uanset at Dansk Byggeri og Adecco A/S har oplyst, at dette ville ske så betids at materialet kunne indgå i arbejdet med udarbejdelsen af replikken. Det gøres gældende, at dette må komme indklagede til skade”*.

Parterne er enige om, at formandskabet tager stilling til den nævnte indsigelse på det foreliggende grundlag.

Formandskabet finder ikke grundlag for at afskære indklagede fra at fremlægge de nævnte bilag i det angivne øjemed, hvorved bemærkes, at der ikke med denne fremlæggelse sker nogen genåbning af forberedelsen for så vidt angår sagens materie.”

Efter korrespondance om fremlæggelse af yderligere materiale traf formandskabet den 9. januar 2020 følgende afgørelse herom:

”Klager har med den endelige replik fremlagt et omfattende materiale vedrørende de medlemmer, som sagen omfatter.

Indklagedes standpunkt har på forhånd været det, at indklagede ikke skylder noget, og at klager derfor ikke skal have medhold. Indklagede støtter sit standpunkt på det, som allerede indgår i sagen, og har bebudet, at der under hovedforhandlingen vil blive afgivet forklaring af medarbejder(e) fra Adecco til imødegåelse af de beregninger, som klager har foretaget, og det materiale, som klager har fremlagt vedrørende de enkelte medarbejdere. I den forbindelse ønsker klager at understøtte sit standpunkt og de forklaringer, som vil blive afgivet, med bilag, som for hver enkelt medlem indeholder en angivelse af, hvordan der efter Adeccos opfattelse er sket betaling af henholdsvis poseopfyld og weekendtillæg, og af, hvornår den pågældende har været syg eller på ferie eller lignende (bilagene vil blive udarbejdet, så det drejer sig om en side om hver problemstilling pr. medlem).

Da det først er med klagers endelige replik, at indklagede har kunnet gøre sig bekendt med karakteren af og indholdet i det fremlagte materiale, finder formandskabet, at indklagede må gives mulighed for at understøtte sit standpunkt ved at fremlægge bilag med det beskrevne indhold.”

Materialet er efterfølgende fremlagt som bilag Æ.

Ekstrakt er fremsendt den 9. januar 2020.

I mellemtiden havde formandskabet den 8. januar 2020 tiltrådt parternes forslag om ikke at medtage de meget omfattende underbilag til bilag 12 i ekstrakten, men således at underbilagene fortsat indgår i sagen. Formandskabet har endvidere den 16. januar 2020 tiltrådt parternes forslag om fremlæggelse af det komplette bilag 12 (ca. 1700 sider) pagineret.

Klager har den 14. januar 2020 fremlagt sammenfattende processkrift og en tidsplan udarbejdet af parterne i fællesskab.

Indklagede har den 15. januar 2020 fremlagt sammenfattende processkrift.

Sagen er mundtligt forhandlet den 28. og 29. januar 2020 for en faglig voldgiftsret, der som nævnt er med samme sammensætning som i Adecco-sag 2.

Under forhandlingen blev der afgivet forklaring af faglig sekretær D og legal manager E, Adecco.

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

3. Grundlaget for sagens behandling og afgørelse

Til grund for sagens behandling ligger den i sagen udarbejdede ekstrakt. Ektrakten indeholder:

- Kendelsen af 10. juli 2019 i Adecco-sag 2 med tilkendegivelsen af 5. april 2019.
- Parternes processkrifter.
- Uddrag af 2014 Jord- og Betonoverenskomsten (uddrag heraf er gengivet i kendelsen af 10. juli 2019).
- Parternes procesaftale af 17. september 2017.
- Indkaldelse til og referat af lokal forhandling afholdt den 2. maj 2018.
- Udvalgte lønkørsler og lønoplysninger vedrørende de 3 medarbejdere omfattet af Adecco-sag 2.
- Liste over medlemmer af 3F/BJMF omfattet af sagen.
- Korrespondance i sagen mellem Dansk Byggeri og BJMF.
- Korrespondance i sagen mellem parternes advokater.
- Materiale fra PensionDanmark med oversigt over og opgørelse af antal pensionsmåneder med indbetalinger fra Adecco for arbejde under Jord- og Betonoverenskomsten i årene 2013-2016.
- Et antal arbejdsplaner anvendt i Metro-projektet.
- Diverse opgørelser og beregninger foretaget af parterne vedrørende såvel medlemmer af 3F/BJMF som uorganiserede.
- Materiale til illustration af beregningsmetoder mv. (navnlig lønsedler, arbejdsbekræftelser og tidslinjer for tre medlemmer af 3F/BJMF med individuelle opgørelser af krav vedrørende poseopfyld og weekendarbejde på forskudt tid).
- Materiale vedrørende efterbetaling foretaget af Adecco vedrørende 2015 og 2016.
- Revisorerklæringer vedrørende Adeccos beregninger og materiale vedrørende et antal stikprøver foretaget af revisor.
- Oversigter over og opgørelser af parternes påstande.

I tillæg til ekstrakten er fremlagt:

- Klagers opgørelser af krav vedrørende poseopfyld og weekendarbejde på forskudt tid for 42 medlemmer af 3F/BJMF vedlagt lønsedler, arbejdsbekræftelser og tidslinjer (tre af disse opgørelser er medtaget i ekstrakten).
- Indklagedes bemærkninger til klagers opgørelser vedrørende poseopfyld og weekendarbejde på forskudt tid i form af beregninger og opgørelser.

- Klagers e-mails af 23. og 27. januar 2020 med ændrede påstande samt hjælpebilag 1-3, hjælpebilag 1 i version 1-3.
- Parternes fælles materialesamling.
- Referat af forberedende retsmøde den 28. oktober 2019 med gengivelse af procesaftale mellem parterne indgået på mødet.
- Parternes sammenfattende processkrifter.

Den mundtlige forhandling er indledt med en præsentation af sagen fra henholdsvis klager og indklagede.

Der er herefter foretaget afhøring af D og E. Begge har navnlig forklaret om de opgørelser og beregninger, som er foretaget af henholdsvis 3F/BJMF og Adecco.

Forhandlingen er afsluttet med parternes procedurer.

4. Påstande

3F/BJMF har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Indklagede, Adecco A/S, skal betale 4.998.465,06 kr. til de i bilag 8 oplistede medlemmer af 3F/BJMF med procesrente fra klageskriftets dato den 1. oktober 2019.

Påstand 2:

Indklagede, Adecco A/S, skal til 3F/BJMF betale en bod på 60.500.000,00 kr.

Dansk Byggeri har nedlagt følgende påstande:

1. Påstande i forhold til Klagers medlemmer (Klagers påstand 1):

Betaling af 1.692.637,73 kr. uden procesrente forud for tidspunktet for opfyldelse af kendelsen.

2. Påstande i forhold til Klagers påstand 2:

Principal: Frifindelse.

Subsidiært: Betaling af 687.406,68 kr.

Mere subsidiært: Betaling af 3.469.213,74 kr.

Endnu mere subsidiært: Betaling af et efter voldgiftsrettens skøn fastsat beløb.

Nærmere om påstandene:

3F/BJMF's påstand 1 (vedrørende medlemmerne af 3F/BJMF) er sammensat af følgende poster:

1. Kompensation for ulempe ved forskudt tid og holddriftsarbejde
2. Betaling for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid
3. Poseopfyld på ugens første fem dage ved forskudt tid
4. Diverse øvrige efterbetalingskrav

3F/BJMF's påstand 2 er et bodskrav, der er opgjort som en pønalt bod på 20% af efterbetalingsbeløbene til medlemmerne samt en bod svarende til virksomhedens besparelse ved ikke at have efterlevet overenskomsten (et differencekrav) med tillæg af en pønalt bod på 20%.

5. Parternes synspunkter

Parterne har udarbejdet sammenfattende processkrifter om den beløbsmæssige opgørelse af kravene og om bodspørgsmålet. Parterne har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med de sammenfattede processkrifter, som i alt væsentligt gengives i det følgende med enkelte tilføjelser fra den mundtlige procedure.

5.1. 3F/BJMF's argumentation

Til støtte for Klagers påstande gøres det overordnet gældende,

at Adeccos undladelse eller afvisning af – trods opfordringer herom – at fremkomme med oplysninger, der er nødvendige eller i hvert tilfælde relevante for opgørelsen af Klagers krav, må komme Adecco til skade derved, at 3F/BJMF's opgørelse af de pågældende krav må lægges til grund,

at det i påstand 1 opgjorte efterbetalingskrav er anerkendt af Indklagede i overensstemmelse med de principper, der er fastlagt i kendelsen af 10. juli 2019 i sag 2 (i det følgende betegnet Kendelsen),

at Adecco ifølge en fast arbejdsretlig praksis skal fralægge sig den besparelse, Virksomheden har haft ved ikke at aflønne uorganiserede medarbejdere i overensstemmelse med den gældende overenskomst i perioden fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2016,

at den beregning af differencekravet, 3F/BJMF har foretaget, er i overensstemmelse med de foreliggende oplysninger og principperne i Kendelsen og derfor skal lægges til grund, og

at den i påstand 2 krævede bod er opgjort i overensstemmelse med gældende praksis og er proportional i forhold til de begåede overenskomstbrud.

Klagers sammenfattende bemærkninger:

1. Sagens problemstilling:

Denne sag drejer sig om et stort antal medarbejdere hos Adecco, der har været ansat under Jord- og Betonoverenskomsten (i det følgende betegnet Overenskomsten) i perioden fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2016.

Perioden fra den 1. januar 2017 til den 31. december 2018 er ikke omfattet af denne sag, men er udskilt til særskilt behandling ved en efterfølgende sag – sag 4.

Sagen omfatter dels i alt 57 medlemmer af 3F/BJMF, dels et betydeligt antal uorganiserede medarbejdere, – i alt 1.119 personer, jf. opgørelse fra PensionDanmark.

Sagen drejer sig konkret om følgende krav:

1. Kompensation for ulempe ved arbejde på forskudt tid og holddriftsarbejde
2. Betaling for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid
3. Poseopfyld op til 37 timer på ugens 5 første dage i forbindelse med arbejde på forskudt tid
4. Efterbetaling i forbindelse med fravigelser og ændringer som f.eks. dage uden arbejde og løn, sygedage uden løn/løntillæg, arbejdsdage, som forlænges eller forkortes, manglende overenskomstmæssige erstatningsfridage, manglende varslet ophør i utide m.v.

Endelig skal Voldgiftsretten tage stilling til spørgsmålet om bod for brud på Overenskomsten, idet dette spørgsmål efter aftale mellem parterne er henlagt til afgørelse ved denne faglige voldgiftssag.

2. Nogle gennemgående spørgsmål:

a. Udgangspunktet for sagen - beregningsmetoder:

Sagen tager sit udgangspunkt i Kendelsen og skal afgøres inden for den ramme, som Kendelsen fastlægger. Opgaven består derfor i alt væsentligt i på grundlag af Kendelsen at foretage en konsekvensberegning af de krav, sagen drejer sig om – en opgave, der umiddelbart burde være overkommelig. Det er derfor 3F/BJMF's opfattelse, at sagen har fået et unødvendigt stort omfang.

Det er i den forbindelse 3F/BJMF's opfattelse, at alene antallet af de involverede medarbejdere ikke blot taler for, men også nødvendiggør, at en afgørelse af sagen i hvert tilfælde i et vist omfang må baseres på en fremskrivning af krav, der er opgjort for et antal konkrete medarbejdere, nemlig stort set alle medlemmerne af 3F/BJMF, og at der allerede derfor må tolereres et vist skøn, navnlig i relation til bodskravet i forhold til de uorganiserede medarbejdere.

3F/BJMF har beregnet kravene 1 – 3 for 51 medlemmer, hvortil kommer tre medlemmer, der er omfattet af sag 2. For så vidt angår de resterende tre medlemmer, har kravene ikke kunnet beregnes, idet lønsedler vedrørende disse trods 3F/BJMF's opfordringer først blev modtaget på så sent et tidspunkt, nemlig søndag, den 9. december 2019, at der ikke var tid til at foretage beregningerne vedrørende disse, før forberedelsen af sagen sluttede den 11. december 2019.

3F/BJMF gør imidlertid gældende, at beregningerne for de 54 medlemmer udgør et både solidt og tilstrækkeligt grundlag, også for fremskrivninger i forhold til de uorganiserede medarbejdere.

Det bemærkes herved, at det fremgår af arbejdsplanerne, at det helt dominerende billede er, at såvel medlemmer som ikke medlemmer har arbejdet i teams på grundlag af arbejdsplaner, og at der ikke er grundlag for at antage, at arbejdsformerne og rutinerne for de tre medarbejdere, der var omfattet af sag 2, har adskilt sig fra de øvrige medarbejders.

b. Bevisbyrden:

Det påhviler i udgangspunktet 3F/BJMF at godtgøre eksistensen og størrelsen af de krav, der er rejst. Det bør imidlertid indgå ved vurderingen af, hvor store krav der i så henseende kan stilles til organisationen, at parterne i Overenskomsten har aftalt, at der skal gælde en delt, henholdsvis omvendt bevisbyrde i visse relationer, blandt andet for så vidt angår udenlandske medarbejderes løn- og arbejdsforhold, jf. §§ 76, nr. 15, og 78, nr. 18. Det gøres således gældende, at 3F/BJMF's bevisbyrde er lempet. Dette gælder også, selv om sagen ikke er rejst som en 48 timers sag.

Adecco har om nogle afgørende forhold undladt eller afvist at fremlægge oplysninger og materiale, som kun Virksomheden og ikke 3F/BJMF har adgang til. Dette er der i arbejdsretlig praksis lagt vægt på som en negativ faktor for virksomheden, jf. eksempelvis kendelse af 20. september 2019 i FV2019.0050.

Adecco har trods provokationer herom om en række forhold afvist eller undladt at give eller er kun i et utilstrækkeligt omfang fremkommet med oplysninger, som kun Virksomheden er i besiddelse af, og som er væsentlige eller endog afgørende for, at 3F/BJMF kan udarbejde konsoliderede beregninger af de konkrete krav. Det drejer sig navnlig om følgende:

Adecco har undladt at fremkomme med oplysninger om, hvordan det beløb på 185.104 kr., som Virksomheden ifølge Kendelsen side 113 efter pålæg fra Dansk Byggeri ubestridt har betalt til de tre medlemmer, der er omfattet af sag 2, er beregnet. Beløbet danner grundlag for krav nr. 4, jf. ovenfor, og for de deraf afledte bodskrav i forhold til såvel medlemmer som uorganiserede.

3F/BJMF er af gode grunde ikke selv i besiddelse af oplysninger vedrørende de uorganiserede medarbejdere. Den største del af det rejste bodskrav relaterer sig til disse, dels for så vidt angår en opgørelse efter differenceprincippet, dels i form af et pønalt tillæg. Adecco har fremlagt en opgørelse over de uorganiseredes krav (bilag S), men uden at ville fremlægge de underliggende beregninger eller materiale. Adecco har dog fremlagt beregninger på 25 uorganiserede medarbejdere (bilag L), men har som svar på 3F/BJMF's

provokation (14) oplyst, at det ikke vides, om disse 25 medarbejdere er repræsentative for sagen.

Som følge heraf har 3F/BJMF været henvist til at basere sine opgørelser på en fremskrivning af allerede foreliggende, konsoliderede tal.

Det gøres gældende, at bevisbyrden for de indsigelser, som Adecco har fremsat i forhold 3F/BJMF's krav, påhviler Adecco selv.

Ved at undlade at fremkomme med de udbedte oplysninger med henvisning til, at 3F/BJMF selv har bevisbyrden for eksistensen og størrelsen af de rejste krav, påtager Adecco sig en standpunktsrisiko for det tilfælde, at voldgiftsretten ikke måtte dele Virksomhedens opfattelse. I så fald må Adeccos manglende medvirken til at oplyse sagen komme Virksomheden til skade derved, at 3F/BJMF's opgørelse af krav, som de manglende oplysninger har betydning for, må lægges til grund. Der kan i den forbindelse for eksempel henvises til præmisserne i Arbejdsrettens dom af 8. december 2017 (Solesi) og til kendelse af 2. juli 2019 i FV2019.0053.

c. Pensionsmåneder som beregningsfaktor:

3F/BJMF har, dels fordi der ikke er enighed om antallet af uorganiserede medarbejdere, der er omfattet af sagen, dels fordi Adecco ikke har tilvejebragt de nødvendige oplysninger, jf. ovenfor, anvendt antallet af pensionsmåneder, der er oplyst fra PensionDanmark, til beregning navnlig af de krav, der vedrører de uorganiserede medarbejdere. En beregning for hver af disse medarbejdere, der, selv hvis Adeccos oplysninger lægges til grund, i hvert tilfælde udgør ca. 1.000 personer, ville være meget omfattende, ville tilføre sagen et endog meget betydeligt materiale, hvilket de fremlagte beregninger for de 54 medlemmer (bilag 12 med underbilag) vidner om, og ville dermed gøre sagen yderligere uoverskuelig. Det gøres således gældende, at anvendelse af pensionsmåneder er *den* praktisk anvendelige beregningsmetode, hvilket Kendelsen også lægger op til.

Selvom det ikke kan udelukkes, at der kan være afvigelser mellem angivne pensionsmåneder og det faktiske antal udførte arbejdstimer under Overenskomsten, gøres det gældende, at dette ved en gennemsnitsbetragtning udlignes. Metoden anvendes således til at sikre forholdsmæssigheden mellem organiserede og uorganiserede medarbejdere. Det gøres således gældende, at metoden, hvorefter de af PensionDanmark oplyste pensionsmåneder, hvor de uorganiserede medarbejdere har arbejdet for Adecco på Overenskomsten, sammenholdt med de konsoliderede beregninger af efterbetalingskravene for de 54 medlemmer af 3F/BJMF er en adækvat, solid og fyldestgørende fremgangsmåde for beregning af differencekravene vedrørende de uorganiserede medarbejdere.

Det fremgår af arbejdsretlig praksis, at lignende beregningsmetoder har været anvendt navnlig i tilfælde, hvor den indklagede virksomhed ikke har bidraget tilstrækkeligt til oplysning af sagen, jf. eksempelvis Solesi-sagen.

Adecco har bestridt dette, men har dog for så vidt angår post 2 – compensation for weekendarbejde på forskudt tid – tilsluttet sig anvendelsen af pensionsmåneder som beregningskriterium ”alene for at fremkomme med et relevant input til en mindelig afslutning”. 3F/BJMF kan, som det fremgår ovenfor, tilslutte sig denne betragtning.

d. Er der forskel mellem beregning af efterbetalingskrav for medlemmer og differencekrav for uorganiserede?

Det følger af en fast arbejdsretlig praksis, at der ved fastsættelse af boden for overenskomststridig underbetaling m.v. af uorganiserede medarbejdere skal foretages en beregning af den besparelse, som den pågældende virksomhed har haft ved ikke at efterleve overenskomsten (differencekravet), jf. for eksempel tilkendegivelse af 15. oktober 2019 i FV2019.0056 og kendelse af 16. september 2019 i FV2019.0080, hvortil skal lægges et pønalt bestemt beløb. Der kan i den forbindelse tillige henvises til bl.a. Arbejdsretsloven med kommentarer, 3. udg., side 302 og til Ole Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, side 2900.

Heroverfor har Adecco gjort gældende, at beregningen af differencekravet skal foretages på den måde, at ikke betalte overenskomstfastsatte tillæg m.v. ikke skal medregnes i kravet, i det omfang sådanne tillæg m.v. ikke overstiger forskellen imellem den overenskomstmæssige mindsteløn og

den aktuelle løn, og at dette i det konkrete tilfælde medfører, at der ikke kan opgøres noget differencekrav, som kan danne grundlag for bodsfastsættelsen i relation til underbetalingen af de uorganiserede medarbejdere.

3F/BJMF gør heroverfor gældende, at differencekravet vedrørende de uorganiserede medarbejdere og efterbetalingskravet for medlemmerne af 3F/BJMF skal opgøres på samme måde, og at der hverken er støtte i foreliggende arbejdsretlig litteratur eller i arbejdsretlig praksis for Adeccos synspunkt.

3. De enkelte krav:

a. Kompensation for ulempe ved arbejde på forskudt tid og holddriftsarbejde:

Spørgsmålet er behandlet af voldgiftsretten i Kendelsen side 114-116.

Kravet vedrørende denne post indgår endeligt i klagers påstand 1 med kr. 1.692.637,73 kr., der er anerkendt af indklagede.

Differencekravet for de uorganiserede er på grundlag af pensionsmånederne beregnet til 17.178.145,76 kr.

b. Betaling for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid:

Kravet vedrørende denne post indgår endeligt i klagers påstand 1 med 106.782,20 kr. Dansk Byggeri har anerkendt, at der skal betales overtid for arbejde på forskudt tid lørdag og søndag. Indklagede har gjort gældende, at der er betalt for årene 2015 og 2016, men erkendt, at der ikke er sket en tilsvarende efterbetaling for årene 2013 og 2014, samt at det har vist sig for kompliceret at foretage en gennemgang af samtlige berørte medarbejdere for disse år. Indklagede har herefter som en mindelig og pragmatisk løsning anvendt en forholdsmæssig opgørelse på grundlag af pensionsmånederne og har på dette grundlag opgjort samtlige medarbejders tilgodehavender for 2013 og 2014 til 1.085.822 kr.

Klager kan tilslutte sig denne opgørelse og har på dette grundlag opgjort efterbetalingskravet for medlemmer til 106.782,20 kr. og et differencekrav for ikke-medlemmer til 979.039,80 kr., hvortil skal lægges et pønalt element på 20 %, herunder også af 2.637.062,00 kr., der er betalt under sagen for årene 2015 og 2016.

c. Poseopfyld op til 37 timer på ugens fem første dage i forbindelse med arbejde på forskudt tid:

Det fremgår af Kendelsen, at Voldgiftsretten ikke tager stilling til spørgsmålet om poseopfyld op til 37 timer på ugens fem første dage.

Kravet vedrørende denne post indgår i klagers påstand 1 med kr. 767.4789,29.

3F/BJMF har opgjort kravet for de 51 medlemmer, som organisationen i tide har modtaget lønsedler for, til 717.384 kr. Opgørelsen er foretaget på grundlag af en beregning ud fra de enkelte lønsedler, jf. bilag 12 med underbilag. For de resterende tre medlemmer er kravet opgjort på tilsvarende måde som for de øvrige krav, nemlig ved en gennemsnitsberegning på grundlag af pensionsmåneder til i alt kr. 50.095,29.

Med det formål at forenkle sagen, er kravet for de enkelte medlemmer opgjort på ugebasis med udgangspunkt i, om der har været mindre end 37 timers arbejde på ugens fem første dage, og således ikke en opgørelse pr. dag. Endvidere er der taget udgangspunkt i, at der skal ske poseopfyld, hvis der har været arbejdet tre hverdage i én uge, mens der ikke er beregnet poseopfyld, hvis der har været arbejdet to dage.

Adecco har efter pålæg fra Dansk Byggeri foretaget efterbetaling af poseopfyld til de tre medlemmer, der er omfattet af kendelsen. Dette er i realiteten en erkendelse af, at det følger af Overenskomsten, at der skal foretages sådan betaling.

Parternes uoverensstemmelse vedrørende denne post synes således alene at dreje sig om selve opgørelsen af kravet.

Adeccos standpunkt synes hidtil at have været, at Virksomheden ikke er forpligtet til at betale for poseopfyld i videre omfang, end det allerede er sket, med henvisning til, at 3F/BJMF ikke har dokumenteret sit krav – eller højst et meget beskedent krav. Det gøres heroverfor gældende, at den beregning, 3F/BJMF har foretaget, jf. bilag 12 er tilstrækkeligt velfunderet til, at opgørelsen kan lægges til grund ved bedømmelsen af sagen.

Det bemærkes herved, at det må komme Indklagede processuelt til skade, at Indklagede først med fremlæggelsen af Bilag Æ den 14. januar 2020 har oplyst om registreringerne i ”Absent sheets”, som er Indklagedes interne registreringer, som Klager ikke har haft adgang til.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at når henses til, at Dansk Byggeri har anset de tre medlemmer, der er omfattet af Kendelsen for berettiget til at få betaling for poseopfyld, forekommer det usandsynligt, at de øvrige medlemmer ikke også skulle have et krav herpå. Hertil kommer, at indklagedes beregninger vedrørende poseopfyld er behæftet med en ”systemfejl”, idet indklagede ikke har beregnet poseopfyld, hvor medarbejderen har haft en arbejdsuge på 37 timer fordelt over dagene mandag til lørdag. Det følge imidlertid af Overenskomstens § 6, at den ugentlige arbejdstid fordeles på ugens 5 første dage.

d. Efterbetaling i forbindelse med fravigelser og ændringer som for eksempel dage uden arbejde og løn, sygedage uden løn/løntillæg, arbejdsdage, som forlænges eller forkortes, manglende overenskomstmæssige erstatningsfridage, manglende varslet ophør i utide m.v.:

Det fremgår af Kendelsen, at de tre medlemmer, der er omfattet af Kendelsen, af Adecco har fået efterbetalt et særligt beløb på 185.104 kr.

Beløbet er efter det oplyste betalt efter pålæg fra Dansk Byggeri.

Klager gør gældende, at denne betaling vedrører andre poster end de ovenfor nævnte, og at en tilsvarende betaling ligeledes tilkommer de øvrige medlemmer.

Adecco har ikke villet medvirke til at fremkomme med oplysninger om, hvorledes beløbet nærmere er opgjort, og hvilke poster det vedrører. Det gøres gældende, at dette i sig selv må komme Adecco til skade.

3F/BJMF har derfor været henvist til at foretage en opgørelse af kravet på grundlag af de oplysninger, organisationen selv har kunnet fremskaffe. 3F/BJMF er i den forbindelse kommet i besiddelse af de centrale lønkørsler, der danner grundlag for betalingen af beløbet til de tre medlemmer. Lønsedlerne viser, at der er udbetalt et beløb på i alt 173.807,62 kr. Adecco har som nævnt ikke bidraget med oplysninger, der kan forklare forskellen mellem dette beløb og beløbet på de 185.104 kr. Det gøres derfor gældende, at sidstnævnte beløb skal danne grundlag for opgørelsen af de øvrige medlemmers krav.

Kravet kan herefter opgøres på følgende måde:

185.104 kr. med fradrag af medtagne poster for poseopfyld, i alt 182.202 kr., som fordelt på de 110 pensionsmåneder, som de tre medlemmer er registreret for, svarende til 1.656,38 kr. pr. måned.

Kravet for de 54 øvrige medlemmer er herefter opgjort som beløbet ganget med de 1.468 pensionsmåneder, disse medarbejdere er registreret for, hvilket svarer til et samlet krav på 2.431.565,84 kr., hvilket indgår i 3F/BJMF's påstand 1. Det gøres gældende, at Adeccos manglende medvirken til at give de relevante eller fornødne oplysninger fører til, at 3F/BJMF's beregning må lægges til grund.

Differencekravet for ikke-medlemmer er på grundlag af pensionsmånederne opgjort til 23.964.505,84 kr.

e. Bod:

Klagers påstand 2 om betaling af bod består af to dele, nemlig

- a. Vedrørende medlemmer af 3F/BJMF en bod på 20 % af deres efterbetalingskrav, jf. påstand 1.
- b. For uorganiserede medarbejdere en bod opgjort som et differencekrav i forhold til, hvad Adecco har sparet ved at underbetale de pågældende medarbejdere i forhold til Overenskomsten, med et tillæg på 20 %.

Denne opgørelse af boden vedrørende underbetalingen af de uorganiserede medarbejdere er i overensstemmelse med foreliggende arbejdsretlig litteratur og praksis.

For så vidt angår størrelsen af det pønale element, svarer det til, hvad der er lagt til grund i Kendelsen, hvor boden i forhold til det samlede efterbetalingsbeløb på 243.805 kr. blev fastsat til 50.000 kr. Der kan endvidere henvises til bl.a Arbejdsretsloven med kommentarer, side 302 og Ole Hasselbalch, Den Danske Arbejdsret, side 2901, hvoraf fremgår, at et pønalt element på 20 % ligger inden for den ramme, praksis udstikker.

Subsidiært gøres det gældende, at det pønale tillæg skal udgøre mindst 10 %, jf. Arbejdsrettens dom af 27. juni 2005 i sagerne AR2004.0955, AR2004.0957 og AR2005.0056 og Arbejdsrettens dom af 8. december 2017 i sag AR2015.0254 (Solesi).

5.2. Dansk Byggeris argumentation

Indklagedes påstand 1 angår det krav, som Indklagede anerkender i forhold til Klagers medlemmer, der nærmere er opgjort og redegjort for i bilagene Q og R. Indklagedes beregningsmetode er revisorpåtegnet jf. bilag T. Det er aftalt med Klager, at udbetalingen af dette beløb skulle afvente den endelige afgørelse i sag 3.

Indklagedes påstand 2 angår differencekravet i forhold til de uorganiserede vikarer, der nærmere er opgjort og redegjort for i bilag S. Også denne beregningsmetode er revisorpåtegnet jf. bilag T.

1. Indklagedes hovedanbringender

Det gøres overordnet gældende, at bevisbyrden for berettigelsen af Klagers krav både i relation til Klagers egne medlemmer og i relation berettigelsen af de af Klager foretagne ekstrapolationer af krav fra sag 2 til sag 3, påhviler Klager.

Denne bevisbyrde er ikke løftet ud over de krav, der allerede er anerkendt af Indklagede, hvilket må komme Klager til skade.

1.1 Klager har ikke løftet bevisbyrden for berettigelsen af de rejste krav for Klagers egne medlemmer

Indklagede har som sin *principale påstand 1* anerkendt en efterbetaling af ulempetillæg til Klagers medlemmer på 1.692.637,73 kr.

Indklagede beregningsmetode har været den samme under hele sagen, uanset om den var i Indklagedes favør eller ej, og Klager har efter sin endelige påstand accepteret denne opgørelse.

Indklagedes beregninger er foretaget på baggrund af de af vikarerne indtastede og godkendte præsterede arbejdstimer (time-sheets) jf. bilag H. Parterne har hidtil været enige om, at time-sheets skal lægges til grund.

Indklagede bemærker, at Klager ikke noget sted – herunder i bilag 11 – har fremlagt reel dokumentation for sit krav for egne medlemmer.

Klager har som opgørelse af sit krav for weekendarbejde på forskudt tid og poseopfyld fremsendt bilag 12. Bilag 12 udgør selvudarbejdede dato-ark for vikarernes timer, og ud fra disse oplysninger har Klager foretaget egne opgørelser for poseopfyld og weekendbetaling for forskudt tid. Den bagvedliggende – og helt afgørende dokumentation – er dog ikke fremlagt hverken helt eller delvist på trods af, at dokumentationen har været Klager bekendt, siden sagen blev rejst for godt to år siden.

Det er helt afgørende for Indklagede at påpege det problematiske ved at Klager rejser et krav mod Indklagede på 244 mio. kr. + bod; nedjusterer kravet til ca. 74 mio. kr. for så at hæve kravet til ca. 93 mio. kr. og endeligt nedsætte det til ca. 65 mio. kr. Og at dette krav dybest set ikke er dokumenteret.

Klager har dermed rejst den største fagretlige sag på det private arbejdsmarked mod Indklagede, *uden* at Klager *på noget tidspunkt* har forholdt sig til eller fremlagt dokumentation for:

- i)* hvornår arbejdede vikaren (ordrebekræftelse, arbejdsplan og time-sheets)
- ii)* hvor mange timer arbejdede vikaren (time-sheets og lønsedler)
- iii)* på hvilken plads og under hvilket arbejdsmønster arbejdede vikaren (forskudt tidsplan, holddriftsplan eller almindeligt dagarbejde)
- iv)* hvilken løn har vikaren modtaget (lønsedler og time-sheets)
- v)* hvis en difference gøres gældende, hvoraf fremgår den og på baggrund af hvilke beregninger.

Det er efter fast fagretlig praksis Klager, der efter almindelige bevisbyrde-regler (ligefrem bevisbyrde) skal dokumentere sit krav, og det er derfor *alene* i de tilfælde, hvor Indklagede som arbejdsgiver afstår fra at medvirke til at oplyse sagen, og hvor Indklagede er nærmest til at bidrage hertil, at den manglende dokumentation kan medføre processuel skadevirkning for Indklagede.

Indklagede fastholder, at Indklagede har opfyldt samtlige af Klagers provokationer om fremlæggelse af materiale vedrørende Klagers egne medlemmer, herunder lønsedlerne i Bilag K og det seneste materiale som blev fremsendt i november som Bilag Z. Der udestår således *ingen* uopfyldte provokationer fra Klager mod Indklagede.

Det bemærkes herved, at Indklagede i relation til kravet vedrørende overarbejde i weekenden på forskudt tid kan konstatere, at Klager ikke har fremsendt nogen form for dokumentation for sit krav på en del af sine medlemmer. Vedrørende post 4 dokumenterer Klager ikke sine krav på de

enkelte medlemmer, faktisk ikke på et eneste medlem, men anvender blot en ekstrapolation af Adeccos efterbetalinger for de 3 i sag 2.

Det gøres sammenfattende gældende:

at Indklagede har fremlagt korrekte og troværdige beregninger af vikarernes efterbetalingskrav,

idet Indklagedes beregninger er funderet på baggrund af time-sheets, som parterne er enige om at lægge til grund for vikarernes præsterede arbejdstimer,

idet beregningsmetoden er revisorgodkendt,

at Klager er forpligtet til at foretage korrekte og dokumenterbare beregninger af sit krav,

at Klager har afstået herfra,

at dette må komme Klager til skade,

at Klagers beregninger derfor må tilsidesættes,

at Klager er *afskåret* fra at falde tilbage på at ekstrapolere efterbetalingsbeløbet til sine medlemmer som det ”bekvemme alternativ”

idet Klager gennem sine egne medlemmer har fuld adgang til samtlige oplysninger vedrørende disse medlemmer og via MitAdecco.dk,

idet Ekstrapolation alene kan anvendes som sidste alternativ, når oplysninger ikke på nogen måde kan skaffes,

at ekstrapolation som beregningsgrundlag, når de fornødne oplysninger kan skaffes hos egne medlemmer eller hos Indklagede, er en yderst usikker og

retssikkerhedsmæssigt stærkt problematisk opgørelsesmetode, særligt henset til at Klager har *valgt* at afstå fra at dokumentere sit krav, og Indklagede ingen ankemulighed har.

1.2 Klager har ikke løftet bevisbyrden for berettigelsen af den foretagne ekstrapolation for de uorganiserede vikarer

Klagers påstand 2 i relation til de uorganiserede vikarer udgør endeligt ca. 59.5 mio. kr.

Påstanden er opgjort på baggrund af ekstrapolation. Indklagede bemærker, at Klager ikke på noget tidspunkt har anmodet om at få tilsendt lønsedler, arbejdsplaner eller time-sheets for andre end de i bilag K og Z omfattede vikarer, der alle er medlem af BJMF.

Klager har således på intet tidspunkt interesseret sig for de uorganiseredes arbejdsmønstre, arbejdsomfang, lønsedler, time sheets mv.

Indklagede gør gældende, at forudsætningen for, at Klager kan indtale et krav beregnet ud fra en simpel ekstrapolation af tre vikarer i sag 2, ikke er opfyldt. Forudsætningen for at anvende ekstrapolation er, at Indklagede som arbejdsgiver enten aktivt tilbageholder information/dokumentation eller forholder sig passivt over for en anmodning om at fremlægge dokumentationen.

Indklagede er som nævnt på *intet tidspunkt* blevet opfordret til at dokumentere de uorganiseredes lønsedler, time-sheets, arbejdsplaner mv.

Klager er således efter eget valg positivt afstået fra at oplyse sagen bedst muligt. Klager har endvidere aktivt valgt at afstå fra at forholde sig til dokumentation som Klager blot kunne have udbedt sig igennem de sidste (mindst) to år, hvor sagen har verseret.

Dertil kommer, at Klager ikke har forholdt sig til eller mere konkret bestridt Indklagedes revisorpåtegnede beregninger, som de foreligger for Voldgiftsretten.

Indklagede bestrider et sådant grundlag og en sådan fremgangsmåde for ekstrapolation.

Arbejdsretten udtaler sig om bevisbyrde og den processuelle skadevirkning i bl.a. Solesi (FV2015.0254) og Cipa (FV2914.0171).

I de nævnte sager undlod arbejdsgiverne at oplyse sagen, herunder fremlægge egne beregninger, der kunne lægges til grund eller dokumentation for, at klagernes beregninger var ukorrekte eller fejlbehæftede eller ikke var repræsentative for arbejdsgivernes besparelse. Alene derfor var Klager berettiget til at anvende en ekstrapolation.

Indklagede bemærker, at Indklagede til forskel fra Cipa og Solesi har besvaret samtlige af Klagers opfordringer og fuldt ud har medvirket til oplysning af sagen.

Som nærmere redegjort for nedenfor har Klager i sine beregninger helt systematisk set bort fra de betalinger, Indklagede allerede har foretaget til vikarerne, ligesom Klager også helt har undladt at forholde sig til de lønsedler, der fremgår af de bilag, der er fremlagt i sagen (og som Klager har opfordret Indklagede til at fremlægge).

Derudover kan Indklagede konstatere, at der er åbenlyse fejl og mangler i opgørelserne, samt at klager tidligere under sagen har foretaget en urigtig anvendelse af Overenskomstens § 17 om beregning af overarbejdsbetaling.

Yderligere er der eksempler på, at Klager, på trods af al lønmateriale har været tilgængeligt for Klager, alligevel har ”ekstrapoleret” og dermed i strid med fagretlig praksis bevidst har undladt at foretage de beregninger, som Klager netop kunne lave.

Indklagede bestrider at Klager kan ekstrapolere ”internt” – altså en ekstrapolation direkte fra enkelte af Klagers medlemmer til andre af Klagers medlemmer. Indklagede gør gældende, at Klager er afskåret fra at falde tilbage på en ”intern” ekstrapolation fra de tre kranførere i sag 2 op til 54 andre medlemmer og herefter ekstrapolere endnu engang til de uorganiserede vikarer – blot fordi man ikke vil engagere sig i at beregne hvert enkelt medlem eller ikke finder, at man

har tid til at forholde sig til de uorganiserede vikarer – som Indklagede har fremsendt behørig dokumentation for.

En yderligere årsag til at Klager ikke kan støtte ret på en ekstrapolation af kravene i sag 2 er, at kravene i sag 2 var baseret på kranførere/tillidsrepræsentanter med helt særlige arbejdsmønstre. Parterne var forud for sagsanlægget enige om, at de tre medlemmer i sag 2 ikke var repræsentative, og de tre medlemmer var af BJMF udvalgt efter, at netop disse tre medlemmer repræsenterede ”flest mulige overenskomstbrud” m.v. og derfor var egnede som prøvesag for en række fortolkningstvister på Overenskomsten.

Dertil kommer yderligere, at Klagers ekstrapolationer er baseret på pensionsmåneder fremfor reelt udførte arbejdstimer, og at Klager fx uden videre antager, at alle uorganiserede arbejdede fuld tid (160,33 timer per måned), hvilket notorisk er forkert. Dertil kommer, at Klager heller ikke har taget højde for, at Adecco havde vikarer udsendt til andre brugervirksomheder på Overenskomsten i samme periode.

Derudover gør Indklagede gældende, at der i beregningen af Indklagedes ”besparelse” ved de pådømte overtrædelser i sagen selvfølgelig skal ske modregning med de overenskomstillæg og betalinger, som Indklagede allerede har foretaget, hvilket Klager bevidst har undladt i sine beregninger.

Det forhold, at Klager bevidst ser bort fra de betalinger, Indklagede allerede har foretaget, giver Voldgiftsretten et ganske forkert indtryk af sagens genstand og skaber forvirring i forhold til, hvad parterne er enige hhv. uenige om.

Det må i vurderingen af sagen også tillægges processuel skadevirkning, at Klager – trods utallige opfordringer og i strid med tidligere løfter – først i forbindelse med fremlæggelse af den foreløbige Replik har oplyst Indklagede om identiteten af sine medlemmer.

Som Indklagede tidligere har anført i skriftvekslingen, har Klager bevidst søgt at hindre eller forsinke Indklagede i at kunne oplyse sagen bedst og hurtigst muligt samt foretage de relevante

beregninger i sagen. Der var og er fortsat ingen forklaring givet på denne helt ekstraordinære undladelse og dette løftebrud fra Klagers side.

Til brug for Voldgiftsrettens bedømmelse af sagen har Indklagede fremlagt revisorpåtegnede opgørelser, der erstatter et eventuelt krav baseret på (forkerte) ekstrapolationer. Disse påtegninger er ikke imødegået af Klager.

Indklagede bestrider derfor, at Klagers beregninger udgør et ”solidt og retvisende grundlag” for Voldgiftsrettens bedømmelse, hvorfor Voldgiftsretten bør tilsidesætte Klagers beregninger.

Det gøres sammenfattende gældende:

at forudsætningen for, at Klager kan ekstrapolere, ikke er til stede, eftersom Klager positivt har valgt ikke at beregne og dokumentere sit krav,

at der aldrig kan ske ”intern” ekstrapolation fra et medlem til et andet, eftersom Klager er forpligtet til at beregne sine medlemmers krav individuelt,

at Klager ikke har forholdt sig til eller mere konkret bestridt Indklagedes revisorpåtegnede beregninger, som de foreligger for Voldgiftsretten, hvorfor de af Indklagede foretagne beregninger skal lægges til grund af Voldgiftsretten,

at Klager systematisk har set bort fra Indklagedes allerede foretagne betalinger,

at der må ske modregning med de overenskomstillæg og betalinger, som Indklagede har foretaget,

at Klagers krav er baseret på beregninger med åbenlyse fejl og mangler,

at Indklagede har fremlagt revisorpåtegnede opgørelser, der efter Indklagedes opfattelse erstatter et eventuelt krav baseret på ekstrapolationer, og

at Klagers beregninger *ikke* udgør et ”solidt og retvisende grundlag”.

1.3 Indklagede har i fuldt omfang medvirket til oplysning af sagen

I Processkrift A gennemgik Indklagede de sidste af Klagers fremsatte provokationer og konstaterede, at alle provokationer var opfyldte. Dette gav ikke Klager anledning til nye provokationer i den endelige replik eller efterfølgende. Voldgiftsretten kan herefter lægge til grund, at samtlige af Klagers provokationer i sagen er opfyldte.

Klager anfører i den endelige replik ikke desto mindre, at Indklagede ikke har opfyldt alle Klagers opfordringer. Dette bestrides.

For så vidt angår manglende lønsedler i sagen bemærkes, at Indklagede allerede ved e-mail af 1. november 2019 (og dermed kun fire arbejdsdage efter retsmødet den 28. oktober 2019) fremlagde lønsedler på de af Klagers medlemmer, som var omfattet af Klagers provokation nr. 1, bilag U. Denne dokumentation blev senere eftersendt og litereret som bilag K.

Klager henvendte sig til Indklagede igen den 2. december 2019 og anmodede om lønsedler på yderligere tre af Klagers medlemmer jf. bilag V. Indklagede besvarede Klagers henvendelse den 4. december 2019 jf. bilag X. Den 9. december – altså 3 arbejdsdage herefter – fremsendte Indklagede ved e-mail til Klager jf. bilag Y det af Klager ønskede materiale, jf. bilag Z.

Indklagede har i tillæg hertil løbende, og som drøftet på retsmøderne i sagen, fuldt ud medvirket til oplysning af sagen og løbende fremsendt og udarbejdet eventuelle manglende oplysninger.

Når Klager på side 8 i den endelige replik bemærker, at Indklagede har ”afvist” at bidrage med oplysninger om forskellen på de oplyste beløb på 185.104 kr. og 173.807 kr. i tidligere foretagne efterbetalinger, er dette heller ikke korrekt. Som det er fremgået på retsmødet den 28. oktober 2019 og duplikken side 11, er Indklagedes efterbetaling 173.807 kr. Det tidligere nævnte tal på 185.104 kr. beror, som det allerede er fremgået, på en simpel misforståelse/skrivefejl. Dette blev også drøftet og meddelt på retsmødet den 28. oktober 2019.

Det er problematisk, at Klager efter at være oplyst om fejlen, fortsat fastholder beløbet mod bedre vidende i den endelige replik. En sådan adfærd tjener ikke til en reel oplysning af sagen og bør også komme Klager til skade.

Indklagede har i tillæg til besvarelse af Klagers opfordringer gennemgået og foretaget beregninger baseret på talmaterialet på samtlige ca. 900 vikarer og bekostet og fremlagt revisorpåtegnede opgørelser og beregninger, som kan lægges til grund af Voldgiftsretten.

Det bemærkes på ny, at Klager ikke på ét tidspunkt har bedt Indklagede om lønsedler, arbejdsplaner eller time-sheets på deres medlemmer, udover de medlemmer, der var omfattet af Klagers provokationer, eller på de uorganiserede vikarer for at foretage sine beregninger baseret herpå.

Hvis Klager havde anmodet om lønsedler på de uorganiserede, havde Indklagede fremlagt disse. I stedet har Klager valgt at foretage det for Klager mere ”bekvemme” skridt, nemlig at foretage ”ekstrapolationer”. Dette på trods af at Indklagede har fremlagt revisorpåtegnede beregninger for samtlige vikarer – både medlemmer og uorganiserede.

Det forhold, at det er besværligt at gennemgå lønsedler, kan imidlertid ikke begrunde, at Klager i stedet baserer sit krav på ekstrapolation. Ekstrapolation har sin berettigelse i sager, hvor en arbejdsgiver uden rimelig grund afviser at medvirke til oplysning af sagen, herunder fremkomme med lønsedler m.v. på anmodning.

Hvis Klager måtte få medhold i sin fremgangsmåde, ville det indebære et afgørende nybrud med gældende bevisbyrderegler og almene retssikkerhedsmæssige grundsætninger og betragtninger. Det vil også skabe en ny fagretlig praksis, som vil være ganske problematisk og ødelæggende for det fagretlige processystem.

Indklagede har valgt det procesøkonomiske skridt at lade det omfattende talmateriale for ca. 900 vikarer gennemgå med revisorpåtegninger og dermed fremlagt beregninger, der kan lægges til grund af Voldgiftsretten.

Disse beregninger *fortrænger* således Klagers ekstrapolationer.

I bilag L fremkom Indklagede med en stikprøve på 25 uorganiserede vikarer til illustration af sine beregninger. Det bestrides, at stikprøverne er udtryk for, at Indklagede ikke bidrager til oplysningen af sagen. Tværtimod. Da der var tale om en regnskabsteknisk korrekt gennemført stikprøve, er disse beregninger i sagens natur ikke nødvendigvis repræsentative. De nævnte stikprøver underbygger imidlertid kun yderligere rigtigheden af Indklagedes beregninger. Indklagede har som allerede nævnt fremlagt revisorpåtegnede beregninger for alle medlemmer og uorganiserede.

Klager er ikke fremkommet med dokumentation eller argumentation, der viser, at Indklagedes beregninger er fejlbehæftede, eller at beregningerne af anden grund bør tilsidesættes. Indklagedes revisorpåtegnede beregninger kan herefter lægges til grund af Voldgiftsretten.

I bevisbyrdevurderingen må det også tillægges vægt som en skærpende omstændighed, at Klager har udvist en betydelig grad af passivitet.

Vikarerne har for den periode, sagen omhandler, modtaget betaling for deres indtastede timer på baggrund af ”time sheets” samt modtaget lønsedler og hver måned kunne konstatere og kontrollere betalingerne. Vikarerne har derfor også haft alle muligheder for at inddrage Klager i tilfælde af tvivl. Det har vikarerne undladt.

Som anført af Voldgiftsretten i Kendelsen side 121 skærpes kravet til bevis, som tiden går. Den udviste passivitet må derfor komme Klager til skade.

Det gøres sammenfattende gældende:

- at Indklagede under hele sagen hurtigt og effektivt har medvirket til oplysning af sagen og løbende fremsendt og udarbejdet eventuelle manglende oplysninger,
- at samtlige af Klagers provokationer i sagen er opfyldt,
- at Indklagede har fået foretaget en stikprøveberegning af 25 vilkårlige uorganiserede vikarer til illustration og verifikation af Indklagedes beregninger,
- at Klager ikke er fremkommet med dokumentation eller argumentation, der viser, at Indklagedes beregninger er fejlbehæftede, eller at beregningerne af anden grund bør tilsidesættes,
- at Klager har udvist rettighedsfortabende passivitet/stiltiende accept,
- at Indklagedes beregningsmetoder er revisorpåtegnede, og
- at Indklagedes beregninger herefter kan lægges til grund af Voldgiftsretten.

1.4 Klagers reviderede beregninger er fejlbehæftede

Klager tilkendegiver og gentager flere steder, at Klagers beregninger udgør et ”solidt og retvisende grundlag”. Dette bestrides. Det gøres derimod gældende, at Klagers beregninger under sagens forløb er særdeles fejlbehæftede og i det hele må tilsidesættes.

Som Bilag Æ har Indklagede fremlagt nærmere dokumentation for fejl og mangler i Klagers beregninger.

1.5 Medlemmerne i sag 2 er ikke repræsentative for de øvrige vikarer

Klager har som grundlag for sit differencekrav for punkt 4 (diverse øvrige efterbetalinger) opgjort sit krav til 31.675.286 kr. Dette krav er opgjort på baggrund af ekstrapolation fra de tre vikarer i sag 2 til samtlige medlemmer samt uorganiserede vikarer.

Indklagede bestrider, at der ved opgørelsen af et eventuelt differencekrav for de uorganiserede vikarer, der udførte arbejde på Metro-projektet, kan ekstrapoleres ”internt” altså fra nogle medlemmer til andre medlemmer, ligesom Indklagede bestrider at Klager kan ekstrapolere fra de tre vikarer i sag 2 til samtlige uorganiserede i forholdet 1:1.

Indklagede bestrider også, at alle vikarerne på Metroen havde det samme arbejdsmønster, og Klager har heller ikke fremlagt nogen dokumentation herfor.

De tre medlemmer i sag 2 er ikke repræsentative for de øvrige vikarer på Metroprojektet, eftersom medlemmerne i sag 2 var kranførere eller beskæftiget med arbejde relateret hertil og tillidsrepræsentanter. Kranførerne havde særlige komplekse arbejdsmønstre affødt af, at kranerne på Metroen skulle køre i døgndrift med et akut og væsentligt behov for løbende og konstant bemanning. Dette gjorde sig ikke gældende for andre medarbejderkategorier på Metroprojektet.

Der var i konsekvens heraf også enighed mellem parterne ved udvælgelsen af de tre medlemmer som prøvesag i sag 2, at disse netop ikke var repræsentative, men derimod egnede til afklaring af fortolkningstvív og principper, fordi de repræsenterede ”flest mulige overenskomstbrud”.

Dertil kom, at medlemmerne i sag 2 var ansat kontinuerligt gennem mange år, og at de konstaterede fejl og mangler i arbejdsplaner (indholdsmæssige og formelle/vedtagelsesmæssige mangler m.v.) samt i arbejdstilrettelæggelsen altså var særligt udtalte for disse tre vikarer. De ulempekompensationer og andre krav, der blev udmålt til disse, er altså (heller) ikke ”repræsentative”.

Det er Indklagedes opfattelse, at ulempetillæggene størrelsesmæssigt er fastsat med udgangspunkt i de overtrædelser, som var gældende for de tre vikarer i sag 2, og derfor ikke uden videre kan overføres på eller ekstrapoleres til alle øvrige vikarer.

Det har formodningen imod sig, at vikarer, der ikke oplevede overtrædelser af den art og karakter, som de tre medarbejdere i sag 2 oplevede, skal oppebære samme timekompensation, som de tre vikarer i sag 2 modtog.

Hvis der i sag 2 var udmålt konkrete efterbetalingsbeløb, var der blevet differentieret mellem de tre medlemmer og andre vikarer, som oplevede mindre eller ingen overtrædelser, og sidstnævnte ville ikke pr. time have fået det samme som de første.

Det fremgår fx af Kendelsen på side 49: ”*Under hensyn til, at der ved arbejdets konkrete tilrettelæggelse er sket en række fravigelser fra overenskomstens bestemmelser, har de tre medarbejdere krav på vederlag for den herved forbundne ulempe...*”. Den konkrete tilrettelæggelse af arbejdet, herunder omfanget af plads- og holdskifte og dermed antallet af fravigelser var langt større for de tre medlemmer end for de øvrige vikarer.

Det indgik også specifikt i Voldgiftsrettens fastlæggelse af ulempetillæggene, at ”... *en række turnusplaner indebærer en 4 ugers turnus med henholdsvis 45, 45, 52,5 og 0 timers arbejde pr. uge, svarende til i alt 142,5 timers planlagt arbejde for 4 uger.*”, jf. Kendelsen side 46: Denne mangel gjorde sig kun gældende for den konkrete holddriftsplan, som kun nogle vikarer har arbejdet efter.

Et yderligere konkret punkt, der indgik i Voldgiftsrettens fastlæggelse af ulempetillæggene, var manglende reduktion ved søgnehellidage og fridage på holddriftsplanerne jf. Kendelsen side 46, hvilket imidlertid også var en mangel for de tre medlemmer, der heller ikke gjorde sig gældende for alle vikarerne, da det alene vedrørte holddrift. Dertil kom, at vikarerne modtog aflønning herfor i form af betaling af overtid og holddriftstillæg.

Hertil kommer yderligere, at efterbetalingen i hovedsagen vedrørte holddrift.

Indklagede har anerkendt betaling af ulempetillæggene til alle medlemmerne. Der er imidlertid ikke grundlag for at føre ulempetillæggene ud på alle de øvrige uorganiserede vikarer, som ikke var medlemmer eller at antage – som Klager gør – at arbejdsmonstret for de uorganiserede var det samme som for medlemmerne.

For de uorganiserede har det formodningen for sig, at der blandt disse vil være en relativt set højere andel af løsere ansatte eller ansatte med mindre arbejdstid og dermed tillige mindre grad af overarbejdstimer. Vikarer med høj eller mere fast arbejdstid og dermed tillige højere grad af overarbejdstimer har haft mere incitament til at melde sig ind. Det er derfor rimeligt at antage, at overtrædelserne i art og omfang var mere udtalte og større for medlemmerne end de uorganiserede.

I Cipa (FV2014.0171) Materialesamlingen s. 33 anfører opmanden på side 21, at *”der er heller ikke i øvrigt tilstrækkeligt bevismæssigt grundlag for umiddelbart at fastslå, at det gennemsnitlige krav for medlemmerne også gælder for de mange ikke-medlemmer. Dette gælder ikke mindre for klagers opførelse af det samlede nettokrav. Klager har på denne baggrund ikke ført det fornødne bevis for at anse medlemmernes krav som fuldt repræsentativt for beregningen af virksomhedens besparelse i øvrigt.”*

Det gøres sammenfattende gældende:

- at ekstrapolationen som foretaget af Klager er uretmæssig,
- at ulempestillæggene i sag 2 blev fastsat med udgangspunkt i de overtrædelser, der omfattede de tre medlemmer,
- at det derimod har formodningen imod sig, at vikarer, der ikke oplevede overtrædelser af den art og karakter, som de tre medarbejdere i sag 2 oplevede, skal oppebære samme kompensation eller kompensationsniveau per time, som var relevant og gældende for de 3 medlemmer i sag 2
- at de uorganiserede vikarer ikke skal oppebære samme timekompensation, som de tre vikarer i sag 2 modtog, og at et sådant resultat ville både være forkert og disproportionalt,

- idet vikarerne i sag 2 var kranførere/tillidsrepræsentanter eller havde et arbejdsmonster relateret til operationen af kranerne, som skulle køre i døgndrift, hvilket ikke var repræsentativt for alle vikarerne,
- idet de ikke havde samme arbejdsmonster,
- idet der var enighed mellem parterne om, at de 3 vikarer i sag 2 ikke var repræsentative, herunder fordi de 3 vikarer var udvalgt efter at repræsentere ”flest mulige overenskomstbrud”,
- idet de konstaterede fejl og mangler i arbejdsplaner (indholdsmæssige og formelle/vedtagelsesmæssige mangler m.v.) samt i arbejdstilrettelæggelsen i forhold til de tre vikarer i sag 2, herunder i forholdet til overskridelsen af antallet af arbejdstimer og manglende reduktion ved søgnehellidage og fridage på holdriffsplanerne, jf. Kendelsen side 46 og 49, ikke var ”repræsentative” for de uorganiserede vikarer
- idet det har formodningen for sig, at de uorganiserede havde højere andel af løsere ansatte eller ansatte med mindre arbejdstid og dermed tillige mindre grad af overarbejdstimer,
- at der altså ikke er grundlag for at føre ulempe tillæggene ud på alle de øvrige uorganiserede vikarer, som gjort af Klager,
- at Klager heller ikke har tilvejebragt dokumentation for sit krav, hvilket må komme Klager til skade.

1.6 Pensionsmåneder er ikke retvisende til ekstrapolation

En af Klagers beregningsmetoder går på at anvende pensionsmåneder som dokumentation for sit krav. Indklagede bestrider, at der kan gennemføres ekstrapolationer baseret på ”pensionsmåneder”, som gjort af Klager.

Indklagede bekræfter, at der har været arbejdet i alt 16.046 pensionsmåneder. Indklagede bestrider derimod, at én pensionsmåned er ensbetydende med, at vikaren har arbejdet 160,33 timer den pågældende måned. En opgørelse baseret på pensionsmåneder indeholder den helt afgørende fejkilde, at en medarbejder, der blot har arbejdet én time i en måned vil indgå med ”1 pensionsmåned” og altså dermed blive medregnet, som en fuldtidsmedarbejder. En medarbejder der har arbejdet 1 time vil altså blive medregnet med 160,33 timer med denne beregningsmetode.

Pensionsmåneder er med andre ord ikke et udtryk for den reelt udførte arbejdstid og kan derfor ikke anvendes til ekstrapolation.

Derudover bestrides det, at alle de pensionsmåneder, Klager inddrager, angik medarbejdere, der var relevante for nærværende sag. Det fremgår således ikke af Klagers pensionsoversigter, hvor de pågældende vikarer har udført deres arbejde.

De 1.119 medarbejdere som Klager inddrager, har ikke alle arbejdet på Metro-projektet, men også på andre projekter, som Indklagede har udsendt vikarer til. Disse vikarer og pensionsmåneder tæller fejlagtigt med i Klagers opgørelse.

Pensionsmånederne i Klagers opgørelse viser heller ikke noget om, hvilket arbejde vikaren har udført, hvorfor der hos Pensiondanmark ikke sondres mellem dagarbejde og timer på aften-/natarbejde, som i denne sag medfører beregning af ulempetillæg.

Pensionsmånederne viser heller ikke, om der er arbejdet på holddrift eller forskudt tid eller dag/aften/nat m.v.

Indklagede fastholder, at anvendelsen af pensionsmåneder som dokumentation for Klagers krav både er upålideligt og misvisende.

Det gøres sammenfattende gældende:

at Klager ikke har dokumenteret berettigelsen af et differencekrav,

at Klagers holdepunkter for ekstrapolation er gjort på et grundlag, der er forkert og utilstrækkeligt,

at Klagers anvendelse af pensionsmåneder som beregningsgrundlag er upålideligt og forkert,

idet en pensionsmåned ikke er udtryk for den faktiske arbejdstid,

idet pensionsmåneder ikke viser noget om, hvilket arbejde (holddrift, forskudt tid, ulempetimer m.v.) der er udført, og

idet pensionsmåneder ikke viser noget om, hvor der er udført arbejde,

idet beregningerne derfor fejlagtigt ikke baserer sig på den faktiske arbejdstid og hvilket arbejde, der er udført (holddrift, forskudt tid, eller dag/aften/nat mv.), eller om der tale om arbejde på Metroen m.v.

at Klagers beregninger baseret på pensionsmåneder derfor skal tilsidesættes.

1.7 Indklagedes opgørelse af differencekrav for de uorganiserede vikarer må lægges til grund

Det er Indklagedes opfattelse, at Indklagedes beregninger af differencekravene for de uorganiserede vikarer er i tråd med fagretlig praksis og Kendelsen og kan lægges til grund.

Indklagede gør i den forbindelse gældende, at opgørelse af et eventuelt efterbetalingskrav og differencekrav for de uorganiserede skal ske i tråd med Kendelsen side 48: ”Ved opgørelse af et eventuelt efterbetalingskrav skal der selvsagt ske fradrag af, hvad medarbejderne faktisk har fået udbetalt, incl. holddriftstillæg efter Overenskomsten.”.

Det gøres gældende, at dette også må finde anvendelse ved opgørelsen af et differencekrav baseret på Indklagedes besparelse, der grundlæggende er udtryk for det synspunkt, at en arbejdsgiver ikke må kunne opnå en besparelse ved at aflønne overenskomststridigt.

Indklagede gør i overensstemmelse hermed gældende, at Voldgiftsretten ved opgørelsen af et differencekrav for de uorganiserede vikarer må tage udgangspunkt i, hvad Indklagede har betalt mindre end, hvad Overenskomstens mindstebetaling ville føre til (besparelses-princippet), og dermed foretage fradrag af tillæg betalt ud over Overenskomstens mindstebetaling.

Det fremgår bl.a. af NH Bemanding, (FV2015.0178) at *”Således som der under den mundtlige forhandling er enighed om, har den aftalte løn i den omhandlede periode for hver af medarbejderne udgjort i alt 79.200 kr., og denne løn har således oversteget den af Klager i henhold til Bygge- og Anlægsoverenskomsten beregnede mindsteløn inkl. overtidstillæg på 67.864,42 kr. Klager findes på dette grundlag ikke for manglende overholdelse af overenskomsten at kunne rette noget krav mod virksomheden svarende til selve lønkravet inkl. overtidstillæg.”* Opmanden nåede således frem til, at virksomheden ikke skulle betale for en manglende overarbejdsbetaling, da den faktisk udbetalte løn pr. time allerede kompenserede herfor.

Der kan yderligere henvises til Kelukai IVS (FV2019.0080) samt til Dansk Tagteknik (FV2019.0039) og Kaefer ESG GMBH (FV2018.0064). Indklagede havde selv sagt ikke betalt ikke-overenskomstkævede tillæg til mindstelønnen, hvis Indklagede havde været bekendt med, at der også skulle betales særlige ulempetillæg.

Et resultat, hvor der ikke sker fradrag af det allerede udbetalte overenskomstillæg ud over mindstelønnen, ville føre til, at vikarerne ville opnå en helt ekstraordinær betaling, herunder også målt i forhold til, hvad Indklagedes konkurrenter betalte (i hvert fald forud for 2016, hvor Forsøgsordningen blev indført), og ville dermed – udover at føre til et urimeligt og disproportionalt resultat – være stærkt konkurrenceforvridende for Indklagede med tilbagevirkende kraft.

Indklagede gør også gældende, at et eventuelt differencekrav om ulempetillæg skal opgøres på samme måde, som et differencekrav om overtidsbetaling ville blive opgjort.

Det fremgår af Overenskomstens § 17 at "*Overarbejde betales i de 3 første timer efter normal arbejdstids ophør med et tillæg af timelønnen...*". Det ligger i den forbindelse fast, at overarbejdstillæggene beregnes med et tillæg af den overenskomstmæssige timeløn på 50% og 100%. Der henvises til bl.a. Andrada Entreprise (FV2019.0050).

Dette må gælde tilsvarende for tillæg på de ulempetimer, der indtales som differencekrav for de uorganiserede således, at ulempetillæggene må tillægges den overenskomstmæssige mindsteløn og ikke lægges oveni løn med andre tillæg.

Indklagede gør således gældende, at de ulempetillæg, der ifølge Kendelsen skal beregnes på ulempetimer, har samme eller tilsvarende karakter af en compensation for overarbejde.

Indklagede gør i relation til ulempetillæggene til de uorganiserede vikarer sammenfattende gældende:

at differencekravet *principal*t må opgøres baseret på den samlede økonomiske besparelse, som Indklagede måtte have haft i forhold til de uorganiserede vikarer ved ikke at betale ulempetillæggene med fradrag af tillæg betalt udover den overenskomstmæssige mindsteløn, og at besparelsen derfor skal udmåles i forhold til, at Indklagede samlet har betalt mere end den overenskomstmæssige mindsteløn med tillæg af ulempekompensation på ulempetimerne, hvorfor Indklagede, jf. den principale påstand i forhold til de uorganiserede vikarer, skal frifindes,

at differencekravet *subsidiært* må opgøres individuelt sådan, at besparelsen alene opgøres i forhold til de uorganiserede vikarer, der har fået for lidt udbetalt, når der sker fradrag af de ikke-overenskomstmæssige betalinger, der ligger ud over mindstelønnen, hvorfor

Indklagede, jf. den subsidiære påstand i forhold til de uorganiserede, skal betale 687.406,68 kr.

at differencekravet *mere subsidiært* må opgøres individuelt sådan, at besparelsen alene opgøres i forhold til de uorganiserede vikarer, der har fået for lidt udbetalt, når der sker fradrag af de ikke-overenskomstmæssige betalinger, der ligger ud over mindstelønnen på ulempetimer, hvorfor Indklagede, jf. den subsidiære påstand i forhold til de uorganiserede, skal betale 3.469.213,74 kr.

at differencekravet *endnu mere subsidiært* skal opgøres inden for de grænser, som følger af proportionalitetsprincippet og rimelighedsbetragtninger og ikke mindst under hensyntagen til grundlæggende retssikkerhedsmæssige betragtninger, især når der henses til de særlige forhold, der gjorde sig gældende for Metroprojektet jf. Kendelsen s. 125 og således påvirkede Indklagede og de medarbejdere der arbejdede på Metroen, hvorfor Voldgiftsretten, jf. den endnu mere subsidiære påstand anmodes om skønsmæssigt at fastsætte et beløb.

1.8 Kravene må fastsættes ud fra principper om rimelighed og proportionalitet

Indklagede gør gældende, at der i fastlæggelsen af et efterbetalingskrav og eventuelt differencekrav må sikres, at der nås et resultat, der er rimeligt og proportionalt.

På side 125 i Kendelsen fremhæver Voldgiftsretten en række momenter, der indgik i fastlæggelsen af bod i sag 2, og som efter Indklagedes opfattelse tilsvarende gør sig gældende eller må inddrages i forhold til fastlæggelsen af et efterbetalings- og differencekrav i nærværende sag 3: ”Hensyn må imidlertid også tages til, at sagen har været gennem en langstrakt fagretlig behandling og angået forståelsen af bestemmelser i Overenskomsten, som ikke alle har været lige let forståelige. Det må også tillægges betydning, hvor groft og stort et forhold er, herunder at det må lægges til grund, at medarbejderne selv var interesserede i at arbejde meget og med tillæg for skæve arbejdstider, og at Adecco ikke kunne tjene noget ved overenskomstbrud og underbetaling, eftersom lønudgifterne blev faktureret til CMT.”

Indklagede opnåede netop ikke nogen ”besparelse” ved ikke at betale overenskomstmæssigt, fordi Indklagede som vikarbureau kunne fakturere faktiske betalinger direkte videre til CMT.

Dertil kommer, at forløbet har været særdeles langstrakt. Klager havde fuld adgang til og indsigt i alle forholdene på Metroen og kunne have rejst sine krav langt tidligere, hvilket også ville have virket tabsbegrænsende for Indklagede. Indklagede hørte ikke fra Klager på noget tidspunkt før foråret 2016. Hvis Klager havde henvendt sig tidligere, kunne Indklagede have rettet for sig og dernæst viderefaktureret betalinger til CMT.

Indklagede bemærker også, som det fremgår af Kendelsen s. 125, at vikarerne selv ønskede de mange vagter, lange arbejdstider og en komprimeret arbejdstid, mens de var i Danmark for at få maksimal tid med familien i Polen. Vikarerne foretog også selv jævnligt afvigelser fra arbejdsplanerne uden forudgående aftale og modtog betalinger for det udførte arbejde, der lå langt over overenskomstmæssig mindsteløn.

Den fagretlige praksis omkring differencekrav hviler i udgangspunktet på sager om grov løndumping og udenlandske arbejdsgivere, der ikke har ønsket at medvirke til dokumentationen og oplysningen i sagerne. I mange sager deltager arbejdsgiverne slet ikke i den fagretlige behandling. Dette udgangspunkt gør sig ikke gældende i nærværende sag, hvor vikarerne er aflønnet langt over overenskomstmæssig mindsteløn, og hvor Indklagede i det hele har medvirket til dokumentationen og oplysningen af sagen.

Det skal dog også bemærkes, at der selv i de førnævnte løndumpingsager er sket betydelige skønsmæssige reduktioner netop ud fra betragtninger om retssikkerhed og usikkerhedsmomenterne ved at fravige de sædvanlige principper om bevisbyrde.

I Cipa (FV2014.0171) foretog voldgiftsretten fx en skønsmæssig reduktion med 8 mio. kr. fra ca. 25 mio. kr. til ca. 17 mio. kr. (ca. 33 %) på de uorganiserede med henvisning til usikkerhed om aftalt nettoløn, antallet af arbejdstimer, foretagne aconto-beregninger og forskelligartede

arbejdsmønstre og de særlige arbejdsforhold på Metroen, som ikke muliggjorde en 1:1 sammenligning af det udførte arbejde.

Det gøres sammenfattende gældende:

- at Kendelsen i flere henseender betoner, at sagens løsning skal være rimelig og proportional,
- at medarbejderne også selv bærer en endog stor andel af ansvaret for sagens oplysning, og for at arbejdet har været præsteret, som det har,
- at Klagers passivitet har medført, at Indklagede blev frataget muligheden for at begrænse sit tab,
- at Indklagede ikke opnåede nogen ”besparelse” ved ikke at betale overenskomstmæssigt, fordi Indklagede som vikarbureau kunne viderefakturere sine betalinger til vikarerne til CMT, og
- at Indklagede har honoreret vikarerne langt over mindstelønnen og i øvrigt fuldt ud medvirket til sagens oplysning ved at fremsende dokumentation, tilvejebringe et fuldt beregningsgrundlag for samtlige vikarer, ligesom Indklagede har deltaget i samtlige retsmøder.

1.9 Klager har udvist rettighedsfortabende passivitet

Som fastslået i Kendelsen side 33f bærer Klager bevisbyrden for krav, der er baseret på faktisk tvivl om karakteren af perioder uden indberetning af timer i ”time sheets”, og for andre krav, hvor Indklagede havde grund til at disponere i tillid til, at vikarerne eller Klager var indforstået med de skete betalinger. Som det ligeledes er fastslået i Kendelsen samme sted, er kravene til bevis skærpet, som tiden er gået.

Vikarerne og Klager har løbende siden sagens opståen i 2013 modtaget lønsedler og hver måned kunne konstatere sine betalinger, herunder inddrage Klager i tilfælde af tvivl, men har undladt dette.

Dertil kommer, at Indklagede i hele sagsforløbet siden 2013 løbende har foretaget betalinger baseret på vikarernes egne timeindtastninger, som fremgik af time sheets, og disse betalinger og timeindtastninger har måned-for-måned været accepteret af vikarerne og Klager uden indsigelser.

Klager har siden 2013 været til stede på pladserne og været fuldt bekendt med – eller burde have været fuldt bekendt med – vikarernes overenskomstmæssige forhold og krav.

Det forekommer relativt åbenbart, at vikarerne og Klager har afventet, at det pågældende arbejde på Metroen var færdigt eller tæt på færdigt, før de rejste krav mod Indklagede.

Denne fremgangsmåde har været med til at ”optimere” Klagers krav mod Indklagede, men har tilsvarende ført til betydelig risiko og tab for Indklagede; herunder når der tages højde for, at Indklagede er et vikarbureau, der kunne have viderefaktureret betalinger til CMT. Denne omstændighed er Klager og har Klager været fuldt ud bekendt med, og det er en skærpende omstændighed, at Klager ser bort herfra.

Det gøres gældende, at Indklagede dermed netop har disponeret i tillid til, at vikarerne eller Klager var indforstået med betalingerne.

Klager har dernæst siden Kendelsen 10. juli 2019 haft ca. ½ år til at fremlægge dokumentation for sine betydelige krav på nu ca. 65,5 mio. kr. mod Indklagede baseret på Kendelsens principper, men har trods adskillige opfordringer hertil undladt dette. Særligt i en sag som denne, hvor Klager til at starte med rejste et krav om betaling af 244 mio. kr. + bod – som nu reduceret til 65,5 mio. kr. – må det komme Klager til skade, at der ikke er fremlagt betryggende og udførlig dokumentation for de påståede krav; og at den dokumentation, der endelig – efter

adskillige udsættelser – præsenteres godt en måned inden hovedforhandlingen kort før jul er særdeles mangelfuld og særdeles fejlbehæftet, som nærmere redegjort for i dette processkrift.

Det gøres sammenfattende gældende:

at der i relation til Klagers krav eller betydelige dele heraf er indtrådt rettighedsfortabende passivitet; *subsidiært* at bevisbyrden for kravenes berettigelse er skærpet og ikke er løftet og *mere subsidiært* er et forhold, Voldgiftsretten bør lade indgå ved fastlæggelsen af størrelsen af et efterbetalingskrav og et eventuelt differencekrav.

2. Delkravene

1. Ulempekompensation (Metro 10'eren og ulempetillæg, jf. Kendelsen s. 113 – 117)
2. Overtidsbetaling for weekendarbejde på forskudt tid jf. Kendelsen s. 117 – 119
3. Poseopfyld op til 37 timer på forskudt tid jf. Kendelsen s. 118n - 119ø
4. Resterende efterbetalingskrav jf. Kendelsen s. 123 – 124
5. Bod og pønalt element

2.1. Ad 1 - Ulempekompensation (Metro 10'eren og ulempetillæg, Kendelsen s. 113 – 117)

2.1.1 Efterbetaling til Klagers medlemmer

For så vidt angår Klagers medlemmer er der enighed om, at efterbetalingskravet til disse skal beregnes baseret på ulempetillæggene (35 kr. på aftentimer og 80 kr. på nattetimer).

Det krav, som kan anerkendes fra Indklagedes side i forhold til Klagers medlemmer, er nærmere opgjort og redegjort for i bilag Q og R. Beregningsmetoden er revisorpåtegnet, som det fremgår af bilag T.

Som det fremgår af nævnte bilag, udgør efterbetalingskravet til de 54 medlemmer 1.692.637,73 kr., som indgår i den principale påstand i påstand 1 og som klager endeligt har lagt til grund for sit krav.

Indklagede har på et møde med Klager den 27. august 2019 tilbudt at påbegynde betalingen til Klagers medlemmer i henhold til Kendelsen af 10. juli 2019. Klager ønskede imidlertid ikke at medvirke til en sådan forudgående betaling. I tilknytning hertil ønskede Klager heller ikke at oplyse navnene på de øvrige medlemmer i sagen. Klager oplyste dog, at Klager ikke ville lægge Indklagede til last, hvis der ikke blev foretaget betalinger til de øvrige medlemmer og ikke-medlemmer før efter afgørelsen i sag 3.

2.1.2 *Differencekravet – uorganiserede vikarer*

Indklagedes påstand 2 er opgjort i overensstemmelse med de principale, subsidiære og mere subsidiære anbringender som nærmere angivet ovenfor om differencekravet.

Indklagedes beregninger af kravene for de uorganiserede vikarer er fremlagt som bilag S. Beregningsmetoden er revisorpåtegnet, som det fremgår af bilag T.

Som det fremgår heraf, udgør kravet for de uorganiserede 0 kr., hvilket indgår i den principale påstand under påstand 2. Dette er i tråd med Indklagedes principale anbringende, nemlig, at differencekravet *principalt* må opgøres baseret på den samlede økonomiske besparelse (kollektivt set), som Indklagede måtte have haft i forhold til de uorganiserede vikarer ved ikke at betale ulempetillæggene med fradrag af de tillæg udover den overenskomstmæssige mindsteløn, som Indklagede har udbetalt til vikarerne.

Subsidiært gøres det gældende, at kravet udgør 687.406,68 kr., hvilket indgår i den subsidiære påstand under påstand 2. Dette er i tråd med Indklagedes *subsidiære* anbringende om, at differencekravet må opgøres individuelt sådan, at besparelsen alene opgøres i forhold til de uorganiserede vikarer, der har fået for lidt udbetalt, når der sker fradrag af de ikke-overenskomstmæssige betalinger, der ligger ud over mindstelønnen.

Mere subsidiært gøres det gældende, at kravet udgør 3.469.213,74 kr., hvilket indgår i den mere subsidiære påstand. Dette er i tråd med Indklagedes *mere subsidiære* anbringende om, at differencekravet må opgøres individuelt sådan, at besparelsen alene opgøres i forhold til de uorganiserede vikarer, der har fået for lidt udbetalt, når der sker fradrag af de ikke-overenskomstmæssige betalinger, der ligger ud over mindstelønnen på ulempetimer.

2.2 Ad 2. - Overtidsbetaling for weekendarbejde på forskudt tid

Indklagede har allerede betalt 2.637.062 kr. i overtidsbetaling for forskudt tid om lørdagen for 2015 og 2016 til samtlige vikarer, herunder Klagers medlemmer, jf. bilag J. Det er således Indklagedes opfattelse, at der ikke resterer yderligere krav på betaling for overarbejde for 2015 og 2016.

Indklagede har som en pragmatisk mindelig løsning af tvisten om det anførte krav foreslået en betaling af 1.085.822 kr. for årene 2013 og 2014, baseret på de oplysninger om pensionsmåneder, som Klager selv har anerkendt. Dette forslag har Klager endeligt accepteret. Som fremhævet tidligere sker dette ikke i nogen anerkendelse af, at pensionsmåneder er retvisende, men for at nå en pragmatisk løsning.

2.3 Ad 3 – Poseopfyld op til 37 timer på forskudt tid (Kendelsen s. 118n - 119ø)

Indklagede bemærker indledningsvist, at Klager ikke har fremsendt nogen form for dokumentation for sit krav for et antal af sine medlemmer for så vidt angår post 3 om poseopfyld.

Allerede af den årsag skal der ske frifindelse for Klagers krav for disse medlemmer.

Indklagede bemærker derudover, at Klagers opgørelser for de medlemmer, der er foretaget opgørelser for, er fejlbehæftede, således som det fremgår af Bilag Æ fremsendt den 14. januar 2020.

Klagers krav på poseopfyld op til 37 timer på forskudt tid er baseret på opgørelser i det nye bilag 12 fremlagt med den endelige replik, som imidlertid ligeledes på dette punkt er så fejlbehæftede, at opgørelserne må tilsidesættes. Klager ser således bl.a. bort fra en række konkrete og åbenlyse begrundelser for fravær, som ikke begrunder poseopfyld. Der er fx heller ikke taget højde for, i hvilket omfang der overhovedet er arbejdet på forskudt tid.

Eftersom kravene allerede er betalt og/eller fordi Klagers beregninger er fejlbehæftede, og kravene er udokumenterede, må der ske frifindelse for kravet på poseopfyld op til 37 timer.

Som tidligere redegjort for kan der være en lang række årsager til, at den enkelte vikar ikke har tastet timer, og at Klagers opgørelser over poseopfyld ikke kan anvendes, herunder:

at opgørelserne bl.a. indeholder poseopfyld for dage, hvor der ikke er tastet timer uden, at der foreligger den nødvendige dokumentation for,

at fraværet kan skyldes ”Polen-fri” eller andre af Indklagede uafhængige forhold som fx helligdage, sygdom, ferie, tandlægebesøg, tidlig fri og selvvalgte fridage, gået hjem mv.,

at opgørelserne indeholder poseopfyld for dage, hvor vikaren har indtastet timer, der er kortere end arbejdsplanen den pågældende dag,

at opgørelserne alene forholder sig til mandag-fredag, uanset at arbejdstiden udgør minimum 37 timer om ugen, hvis weekenden – i denne relation – medregnes.

Indklagede gør derudover gældende, at kravet på poseopfyld er bortfaldet som følge af passivitet. Lønudbetalingerne er sket baseret på vikarernes egne indtastninger i ”time sheets”, og hverken medlemmerne eller de uorganiserede vikarer har på noget tidspunkt rejst indsigelse. Vikarerne var nærmest til at opdage fejl i timeregistreringerne samt rejse indsigelse mod den faktisk udbetalte løn.

Vikarerne var også nærmest til at vide om årsagen til, at der ikke er betalt løn for 37 timer, skyldtes virksomhedens eller vikarernes forhold, ligesom risikoen for ikke at få disse forhold belyst i tide må påhvile Klager. Imidlertid har Klager ikke fremlagt dokumentation for konkrete forhold, der skulle berettige det rejste krav på poseopfyld i sagen, og som anført i Kendelsen side 121 er kravet til bevis skærpet med tiden.

Spørgsmålet om poseopfyld op til 37 timer på forskudt tid blev ikke vurderet i sag 2, fordi der ikke forelå et forsvarligt grundlag for en stillingtagen hertil. Det gøres gældende, at der fortsat ikke foreligger et forsvarligt grundlag for Klagers krav, heller ikke efter bevisførelsen i sag 3.

Indklagede gør derudover gældende, at vikarerne ikke har lidt noget tab, der kan kræves erstattet. Grundtanken bag begrebet ”poseopfyld” op til 37 timer om ugen er at sikre, at overenskomstansatte modtager løn for 37 timer pr. uge, og det har således ikke nogen selvstændig betydning, hvornår disse 37 timer er placeret. I det foreliggende tilfælde har vikarerne (i vidt omfang) rent faktisk modtaget betaling for 37 timer.

Yderligere gør Indklagede gældende, at synspunktet om, at Indklagede både skal betale poseopfyld og ulempetillæg, vil stille Indklagede urimeligt ringe, og et sådant resultat er disproportionalt. Det gøres hertil gældende, at der som følge af den anerkendte ulempekompensation allerede er sket kompensation for eventuelle krav på poseopfyld op til 37 timer på forskudt tid. Konverteringen af forskudt tid og holddrift til kompensationstillæg omfatter således de problemstillinger, der tillige kompenseres for ved poseopfyld.

Hvis Voldgiftsretten måtte komme frem til, at Indklagede skal betale poseopfyld, gør Indklagede *subsidiært* gældende, at det korrekte beløb for Klagers medlemmer for perioden 2013-2016 er 20.189,19 kr.

2.4 Ad 4 - Resterende efterbetalingskrav (Kendelsen s. 123 - 124)

De krav, der omfattes af dette punkt, angår efterbetalingskrav for Klagers medlemmer og differencekrav i forbindelse med fravigelser og ændringer som f.eks. arbejdsdage, som forlænges

og forkortes, manglende overenskomstmæssige erstatningsfridage, manglende varslet ophør i tide, opgørelse af holddrift ved ophør mv.

Indklagede bemærker indledningsvist, at Klager ikke dokumenterer sine krav for de enkelte medlemmer, faktisk ikke et eneste medlem.

Klagers opgørelse er alene tilvejebragt ud fra en ekstrapolation af Adeccos efterbetalinger for de 3 vikarer i sag 2. En sådan måde at dokumentere et krav på bestrides af Indklagede.

Indklagede lægger til grund, at Klager således fuldstændig har undladt at foretage en gennemgang af Klagers egne medlemmers arbejdsplaner, time-sheets samt lønsedler og fuldstændigt har undladt derudfra at beregne et eventuelt efterbetalingskrav for hver enkelt vikar i henhold til overenskomstens bestemmelser.

Det bemærkes i den forbindelse, at Klager har haft lejlighed til at foretage sine beregninger i hvert fald siden foråret 2018, da sagen blev anlagt.

Indklagede bemærker også, at de efterbetalinger, der er foretaget i sag 2, primært vedrørte holddrift jf. Bilag 18; nemlig betaling for manglende erstatningsfridag, opgørelse af holddrift og overflytningstillæg.

Allerede af denne årsag kan der ikke ske ekstrapolering til andre medarbejdere, og slet ikke til den del af medarbejderne, der arbejdede på forskudt tid.

Det er derfor Indklagedes opfattelse, at der skal ske frifindelse for disse ”resterende efterbetalingskrav”, allerede fordi Klager ikke har dokumenteret eller tilvejebragt grundlag for at udmåle et sådant krav, og fordi ulempetillæggene allerede kompenserer for sådanne resterende efterbetalingskrav.

Klager baserer alene sit krav på det forhold, at Indklagede under sagen foretog efterbetaling af 173.807 kr. til de tre medlemmer i sag 2. Klager har således ikke selv specificeret eller fremlagt

nogen dokumentation for yderligere ”resterende efterbetalingskrav” i sagen. Det må komme Klager til skade, at Klager ikke har søgt at specificere eller dokumentere sit krav.

Den efterbetaling, der blev foretaget i sag 2 på 173.807 kr. til de tre kranførere, skete som følge af, at Adecco blev pålagt at gennemgå og beregne disse tre vikarers lønforhold, og straks betale eventuelle fravigelser og mangler jf. Overenskomsten.

Baggrunden for udbetalingerne på de 173.807 kr. fremgår af bilag 16 og 17. Oplysningerne har Klager således været fuldt ud bekendt med, eftersom Klager selv har fremlagt bilagene. Således har Klager også haft oplysningerne om, hvilke poster Indklagede har betalt for. Som bilagene bekræfter, var der tale om fravigelser fra holddriftsbestemmelserne (opgørelse af holddrift, manglende erstatningsfridag, overflytningstillæg) samt poseopfyld.

Som tidligere oplyst repræsenterede de tre kranførere i sag 2 ”flest mulige overenskomstbrud” m.v., og parterne var enige om, at disse tre vikarer ikke var repræsentative, men egnede til at omfatte samtlige typer af overenskomstbrud.

De fleste af efterbetalingsposterne var relateret til holddrift og dermed ikke relevante for vikarer på forskudt tid. Derudover dækkede kravene som nævnt over betalinger, der tillige bliver kompenseret ved ulempestillæggene.

Endelig bemærkes, at det som anført ikke er muligt at anvende pensionsmåneder til ekstrapolation. Det er heller ikke i øvrigt muligt at ekstrapolere ud fra det forhold, at der er foretaget efterbetaling af 173.807 kr. til de tre kranførere i sag 2.

Som anført i Kendelsen side 124 fandt opmændene enstemmigt, at der ikke i det, der er fremført i sagen, er tilstrækkeligt grundlag for at give medhold i krav på efterbetaling på resterende forhold, og Indklagede gør gældende, at der fortsat ikke består noget sådant grundlag.

Klager baserer tilsyneladende sine synspunkter på, at frifindelsen for resterende efterbetalingskrav i sag 2, alene skyldtes, at Klager havde foretaget nogle efterbetalinger. Dette

er ikke korrekt. Det fremgår udtrykkeligt af Kendelsen side 124, at der var en række både faktuelle og juridiske årsager til, at der ikke var grundlag for at udmåle ”resterende efterbetalingskrav”. Det forhold, at der var sket efterbetaling, udgjorde kun én af flere grunde til afvisningen af kravet.

Som nærmere redegjort for i duplikken dækkede de allerede foretagne betalinger på 173.807 kr. over en række specifikke betalinger efter Indklagedes forståelse af Overenskomsten. Betalingerne blev foretaget inden udmåling af ulempetillæggene, og betalingerne tager derfor naturligt ikke højde for ulempetillæggene. Efterbetalinger skete altså af egen drift, før ulempetillæggene blev defineret, og hvor der var betydelig grad af tvivl om overenskomstens indhold. Betalingerne kan derfor heller ikke tages som udtryk for nogen ”anerkendelse” fra Indklagedes side.

Ulempetillæggene dækker over en række forskellige forhold, herunder de ulemper som det overenskomststridige arbejde påførte vikarerne, jf. Kendelsen side 49 *”Under hensyn til, at der ved arbejdets konkrete tilrettelæggelse er sket en række fravigelser fra overenskomstens bestemmelser, har de 3 medarbejdere krav på vederlag for den herved forbundne ulempe.”* Såvel ulempetillæggene som betalingerne på 173.807 kr. angår fravigelser grundet arbejdets konkrete tilrettelæggelse og dækker altså dermed over de samme forhold. Indklagede gør altså gældende, at ulempetillæggene kompenserer for de forhold og betalinger, som Indklagede forud for Kendelsen har betalt. Klager kan ikke kræve compensation både i form af både ulempetillæg og betalinger for ”resterende krav”, der dækker samme forhold.

Som oplyst i Processkrift A udgjorde poseopfyld og andre krav, der ikke kan anses for omfattet af ulempetillæggene, også kun en yderst beskeden del af de foretagne betalinger.

Indklagede gør dertil gældende, at kravet på de nævnte resterende krav er fortabt som følge af passivitet. De nævnte 173.807 kr., angår forhold, som Klager selv kunne have indhentet faktuelle oplysninger om hos sine medlemmer og kunne have vurderet efter overenskomstens bestemmelser, men har i det hele undladt at fremlægge dokumentation for. Vikarerne eller Klager var nærmest til at opdage fravigelser og ændringer som følge af arbejdsplaner, der ikke

indeholdt 37 timer (poseopfyld) eller forlænget (overtidsbetaling), hvis der ikke er honoreret for manglende overenskomstmæssige erstatningsfridage, manglende varslet ophør i utide mv.

Indklagede gør ud fra nævnte betragtninger gældende, at der altså heller ikke er grundlag for at udmåle et differencekrav i forhold til de uorganiserede vikarer.

Det er Klager, der bærer bevisbyrden for eventuelle resterende efterbetalingskrav, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

2.5 *Ad 5 - Bod og pønalt element*

Indklagede gør *principal*t gældende, at sag 2 omfattede betaling af bod for en række overenskomstbrud. Det er Indklagedes opfattelse, at der med denne bodsbetaling er gjort endeligt op med bodsudmåling og dermed også bod for så vidt angår nærværende sag.

Indklagede bestrider i den forbindelse også, at Klager kan indtale et pønalt element i tillæg til et differencekrav på de uorganiserede, allerede fordi differencekravet har karakter af bod og i sig selv indeholder et pønalt element. Det er fast praksis ved faglig voldgift indenfor byggeriets område, at der ikke kan indtales et pønalt element ved faglig voldgift, hvor der udmåles et differencekrav.

Under alle omstændigheder bestrides det, at der som et fast element kan beregnes et pønalt element på 20 % på alle krav for såvel medlemmerne som de uorganiserede.

Subsidiært gør Indklagede gældende, at en eventuel bod og/eller et eventuelt pønalt element skal udmåles til et af Voldgiftsretten skønsmæssigt fastsat beløb, der er mindre end 20 %, og som er i tråd med gældende fagretlig praksis for udmåling af bod i efterbetalingssager til organiserede medarbejdere samt Arbejdsretslovens § 21, stk. 2, jf. § 24, stk. 2 og § 12.

Det fremgår af Arbejdsretslovens § 12, stk. 5, at bod skal fastsættes under hensyntagen til samtlige sagens omstændigheder, herunder i hvilken grad overtrædelsen har været undskyldelig,

og at under særlige omstændigheder kan forskyldt bod bortfalde. Det gøres gældende at bod i nærværende sag må bortfalde; subsidiært fastsættes til et beskedent beløb.

I Kendelsen på side 125 fremhæver Voldgiftsretten en række formildende omstændigheder, som bør inddrages i bodsfastsættelsen ligeledes i nærværende sag (langstrakt fagretlig behandling, berettigede fortolkningstvivl, medarbejderne var selv interesseret i at arbejde meget og med tillæg for skæve arbejdstider, at Indklagede som vikarbureau ikke tjente noget ved overenskomstbrud og underbetaling, da lønudgifterne blev faktureret til CMT m.v.).

Yderligere bør det inddrages, at Indklagede ikke bevidst har underbetalt vikarerne, at Klager først har reageret sent overfor Indklagede, at Indklagede derfor ikke har haft nogen konkret anledning til at rette for sig hurtigere, at Indklagede løbende har foretaget efterbetalinger samt, at Indklagede efter Kendelsen i sag 2 tilbød at foretage yderligere efterbetalinger af allerede anerkendte beløb, hvilket Klager imidlertid foreslog afventede afgørelsen i sag 3.

Indklagede henviser til Cipa (FV2014.0171), hvor voldgiftsretten foretog en skønsmæssig reduktion af differencekravet med 8 mio. kr. fra ca. 25 mio. kr. til ca. 17 mio. kr. (ca. 33 %), og hvor det på side 51, anføres: *"Hverken i forhold til medlemmerne eller i øvrigt er klagers krav under sagen således tillagt noget "pønalt element"*.

I Arbejdsrettens afgørelse i Solesi-sagen tillagde Arbejdsretten alene et pønalt element på 948.763,30 kr., hvormed den samlede bod til forbundet blev udmålt til 14 mio. kr. Det pønale element udgjorde således mindre end 7 % af det samlede bodsbeløb på trods af, at Arbejdsretten fandt det bevist, at der var begået alvorlige overenskomstbrud, og der var tale om en løndumpingsag, der ikke tåler sammenligning med nærværende sag.

6. Opmændenes sagsgennemgang og bedømmelse

6.1. Sagens genstand, baggrund og sammenhæng med Adecco-sag 2

Sagen angår de medarbejdere, som af Adecco A/S har været udsendt til arbejde for Copenhagen Metro Team (CMT) på det københavnske metroprojekt i årene 2013-2016 og udført arbejde under Jord- og Betonoverenskomsten. Sagen er af parterne benævnt Adecco-sag 3, som fagretligt er indledt med lokalforhandling den 2. maj 2018, hvor 3F/BJMF rejste krav om, at Adecco skulle betale 244.619.232,72 kr.

Parterne er enige om, at sagen skal ses i sammenhæng med Adecco-sag 2, FV2018.0119, hvori der blev afsagt kendelse den 10. juli 2019. Parterne har tilrettelagt et forløb, hvorefter der i Adecco-sag 2 om tre medarbejdere på en række punkter tilstræbtes en afklaring, som kunne danne grundlag for behandlingen af Adecco-sag 3 om aflønningen af de øvrige medarbejdere. Om behandlingen af de to sager har parterne den 17. september 2018 indgået en procesaftale, hvorefter parterne ”med henblik på at få en samlet løsning af sagerne ... er ... enige om at voldgiftsretten i begge sager tager stilling til et eventuelt bods- og/eller differencekrav”.

I Adecco-sag 2 er der taget stilling til en række spørgsmål om den mulige arbejdstilrettelæggelse efter Overenskomsten og en række andre fortolkningsspørgsmål, ligesom der er taget stilling til krav om efterbetaling og bod for så vidt angår tre medlemmer af 3F/BJMF. Under behandlingen af Adecco-sag 2 fremkom opmændene (der var i sagen udvidet formandskab, det samme som i nærværende sag) efter aftale med de partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret i første omgang med en tilkendegivelse, navnlig om forståelsen af overenskomsten, som er drøftet med parterne på et møde, hvor der var enighed om at foretage en række præciseringer og tilføjelser. Disse præciseringer og tilføjelser er indarbejdet i den endelige udgave af tilkendegivelsen, dateret den 5. april 2019, som parterne er enige om at tage til efterretning og lægge til grund.

Med baggrund i tilkendegivelsen blev der ved kendelsen af 10. juli 2019 taget stilling til de tre medarbejders efterbetalingskrav. Adecco blev tilpligtet at betale et samlet efterbetalingsbeløb til de tre medarbejdere på 243.805 kr. og en bod til 3F/BJMF på 50.000 kr. En del af sagen vedrørende overarbejdsbetaling for arbejde i weekenden på forskudt tid og det dermed forbundne

krav om poseopfyld op til 37 timer på ugens fem første dage blev afvist fra behandling på det foreliggende grundlag ved den faglige voldgiftsret.

Den nu foreliggende sag angår samtlige øvrige medarbejdere udsendt af Adecco til arbejde på Metroprojektet i årene 2013-2016 og de tre medarbejdere omfattet af Adecco-sag 2 for så vidt angår den afviste del af den sag.

Om behandlingen af sagen har parterne på et forberedende retsmøde den 28. oktober 2019 indgået aftale om, at den faglige voldgiftsret konkret skal have kompetence til at træffe afgørelse på samme måde som Arbejdsretten til en påstand om bod udmålt som et differencekrav med tillæg af et pønalt element.

Under sagen har 3F/BJMF rejst krav om efterbetaling for 57 medlemmer (4.998.465,06 kr.) med tillæg af betaling af en bod til 3F/BJMF for overenskomstbrud for manglende betaling (1.012.437,39 kr.). Vedrørende arbejdstilrettelæggelsen for og aflønningen af samtlige øvrige ansatte, som ikke er medlemmer af 3F/BJMF, har 3F/BJMF rejst krav om betaling af en bod beregnet som et såkaldt differencekrav (49.158.347,88 kr.) med et pønalt tillæg (10.346.337,61 kr.).

6.2. Efterbetaling, differencekrav og bod

Adeccos medarbejdere har ved arbejde for CMT på Metro-projektet indberettet de timer, hvori de har arbejdet, i såkaldte ”time sheets”, som efter godkendelse hos CMT har dannet grundlag for Adeccos lønudbetaling. I mangel af bevis for noget andet lægges det derfor til grund, at der er arbejdet som angivet i ”time sheets”, og at timetal i ”time sheets” er det effektive antal arbejdstimer præsteret af medarbejderne.

Adecco har udbetalt overenskomstmæssig timeløn for alle præsterede arbejdstimer, og den personlige timeløn har for mange af medarbejderne ligget over Jord- og Betonoverenskomstens minimumssats. Sagen angår altså ikke underbetaling i forhold til mindstebetalings-satsen, men spørgsmål om arbejdstidslægning og betaling for ulemper i forbindelse hermed. Manglende betaling af tillæg for f.eks. overarbejde, holddrift eller forskudt arbejdstid som foreskrevet i

overenskomsten udgør imidlertid et overenskomstbrud, som udløser krav på efterbetaling af de ikke-betalte tillæg, selv om arbejdsgiveren betaler en højere personlig løn end overenskomstens mindstebetaling. Der kan ikke uden særlig hjemmel ved opgørelsen af besparelsen (differencen) ved ikke at have betalt et ulempetillæg ske modregning med, hvad virksomheden måtte have betalt som et personligt tillæg i løn ud over mindstelønnen efter overenskomsten.

Se herved Arbejdsrettens retsformandsafgørelse af 26. november 1999 i sag 1999.056 (Arbejdsretligt Tidsskrift 1999 s. 89), hvori det er fastslået, ”at der, uanset at den aftalte løn efter det oplyste var væsentlig større end overenskomstens minimumsløn (uden personligt tillæg), ifølge overenskomsten skulle betales ekstra for arbejde ud over 37 timer om ugen”.

Se også Arbejdsrettens dom af 21. august 2007 i sag 2006.320 (Arbejdsretligt Tidsskrift 2007 s. 61). I overenskomsten var der en bestemmelse om tillægsbetalinger: ”Hvor der ydes personlige tillæg, er der adgang til modregning heri.” I ansættelsesaftalerne var det endvidere aftalt bl.a., at i den månedlige løn ”er indeholdt alle tillæg for holddrift samt tillæg for eventuel forskudt mødetid m.m.” I Arbejdsrettens præmisser hedder det bl.a.: ”Det fremgår klart af ansættelsesaftalerne, at den aftalte månedsløn forudsattes at skulle dække de overenskomstmæssige holddriftstillæg, overtidbetaling og tillæg for forskudt mødetid mv. Den del af månedslønnen, som overstiger den overenskomstmæssige normalløn, kan derfor ikke anses for at være personlige tillæg i det omfang, differencen medgår til dækning af de nævnte overenskomstmæssige tillæg. Arbejdsretten finder derfor, at disse tillæg ved opgørelsen af efterbetalingskravet kan modregnes i differencen mellem den overenskomstmæssige løn med tillæg mv. og den faktisk udbetalte løn.”

Tilkendegivelse af 21. januar 2016 i faglig voldgiftssag FV2015.0178 skal forstås i overensstemmelse med Arbejdsrettens dom af 21. august 2007. Der var i sagen aftalt en timeløn på 165 kr. for alle timer, dvs. uden overtidstillæg, for 50 timers arbejde ugentligt mandag-fredag. Den aftalte løn i den periode, som sagen angik, udgjorde i alt 79.200 kr. for den enkelte medarbejder, og den løn oversteg, hvad den overenskomstmæssige mindsteløn inkl. overarbejdstillæg var beregnet til af fagforeningen, nemlig 67.864,42 kr. Klager kunne på dette grundlag ikke rette noget krav mod virksomheden for manglende overholdelse af overenskomsten svarende til selve lønkravet inkl. overtidstillæg.

I sager om overtrædelse af kollektive overenskomster om løn- og arbejdsforhold i form af manglende betaling af overenskomstmæssige tillæg kan Arbejdsretten idømme arbejdsgiveren bod og efterbetaling, jf. arbejdsretslovens § 12, stk. 1, 1. pkt., og stk. 3. Denne kompetence er

ved parternes procesaftale af 28. oktober 2019 tillagt den faglige voldgiftsret. I sager om manglende betaling af ulempetillæg er det almindeligt, at arbejdsgiveren dømmes til at betale et samlet rundt beløb, som består af det beløb, der er unddraget i betaling, og et pønalt tillæg hertil.

Se f.eks. Arbejdsrettens retsformandsafgørelse af 2. juli 2007 i sag 2006.155 (Arbejdsretligt Tidsskrift 2007 s. 197) om efterbetaling for overarbejde til en smed ansat på funktionærlignende vilkår med en månedsløn på 24.000 kr. Det hedder i referatet bl.a.: ”Efter bevisførelsen var det ugentlige overarbejde typisk på 6-8 timer, således at virksomheden søgte at begrænse det til 2 timer om dagen. På den baggrund og henset til, at timelønnen for montørerne efter det oplyste var ca. 140 kr., hvortil skulle lægges overarbejdstillæg, søgnehelligdagsbetaling, feriepenge og arbejdsgiverbetalt pensionsbidrag, fastsatte retsformanden efterbetalingen til 250.000 kr. og boden til 300.000 kr. indeholdende efterbetalingen, som skulle forrentes fra sagens indbringelse for retten.”

Se også Arbejdsrettens dom af 14. december 1992 i sag 92.082 (Arbejdsretligt Tidsskrift 1992 s. 173): En virksomhed havde indgået en mundtlig aftale med nogle ansatte om arbejdstid, som fraveg den kollektive overenskomst, herunder bestemmelserne om overtidsbetaling. Aftalen var uden gyldighed i det omfang, hvori den fraveg overenskomsten til skade for de ansatte. Virksomheden skulle til fagforeningen betale en bod på 300.000 kr. indeholdende 253.706,02 kr. i manglende overtidsbetaling.”

Det anførte om et samlet rundt beløb gælder, hvad enten sagen angår overenskomstbrud i forhold til medlemmer af den fagforening, som påtaler overenskomstbruddet, eller overenskomstbrud i forhold til uorganiserede arbejdstagere. I en sag angående medlemmer vil det samlede beløb således i almindelighed omfatte efterbetaling af det ikke-betalte beløb (differencen mellem, hvad der skulle have været betalt, og hvad der er betalt) og et pønalt tillæg. I en sag angående uorganiserede vil et samlet bodsbeløb i almindelighed bestå af den besparelse, som arbejdsgiveren har opnået (svarende til differencen mellem, hvad der skulle have været betalt, og hvad der er betalt), med et pønalt tillæg.

Det hedder i en artikel om bodsansvaret ved overenskomstbrud af professor, dr.jur. Jens Kristiansen, Arbejdsretligt Tidsskrift 2002 s. 139 ff. bl.a., at det afgørende for bodsudmålingen er et grundlæggende hensyn til, at det ikke økonomisk må kunne betale sig at bryde overenskomsten, og at boden i de tilfælde, hvor overenskomstbruddet består i

en unddragelse af at betale bestemte beløb efter overenskomsten, mindst vil udgøre dette beløb.

6.3. Antal medarbejdere omfattet af sagen

Parterne er uenige om, hvor mange personer sagen omfatter.

3F/BJMF har anført, at sagen omfatter 1.119 personer. Dette støttes på, at PensionDanmark har oplyst, at der i årene 2013-2016 er indbetalt pensionsbidrag af Adecco for arbejde under Jord- og Betonoverenskomsten for 16.046 pensionsmåneder fordelt på 1.119 personer med i alt 60.655.251,02 kr. 1.578 af 16.046 pensionsmåneder angår de 57 medlemmer af 3F/BJMF.

Det fremgår ikke af indbetalingerne til eller registreringen hos PensionDanmark, hvilke kunder Adeccos medarbejdere har været udsendt til, og Adecco har oplyst, at Adecco i perioden også har udsendt medarbejdere til arbejde under Jord- og Betonoverenskomsten hos andre kunder end CMT/Metro-projektet. Adecco har endvidere fremlagt udskrift af lønbogholderiet med navnene på alle dem, som ifølge Adecco har været udsendt til arbejde på Metro-projektet i årene 2013-2016 og haft arbejde på forskudt tid eller holddrift. Ifølge de fremlagte lister drejer det sig om i alt 904 personer, 847 uorganiserede og 57 medlemmer af 3F/BJMF (inklusive de 3, som er omfattet af Adecco-sag 2).

Opmændene er enige om at lægge Adeccos oplysninger om antal medarbejdere til grund. Adeccos oplysning om, at der i årene 2013-2016 har været udsendt medarbejdere til arbejde under Jord- og Betonoverenskomsten hos andre kunder end Metro-projektet, forekommer troværdig, og der er ikke forud for hovedforhandlingen efterlyst dokumentation derfor. Det oplyste om, hvilket antal medarbejdere Adecco under Jord- og Betonoverenskomsten har indbetalt pensionsbidrag for, kan ikke give grundlag for antage, at udskriften fra lønbogholderiet ikke er korrekt.

Det bemærkes, at der alene er den forskel på antal uorganiserede i sagens bilag M, som er afløst af bilag S, at der er 852 personer i bilag M – 5 mere end i bilag S, idet 3F/BJMF i mellemtiden har oplyst navnene på yderligere 5 medlemmer.

6.4. Kompensation for ulempe ved forskudt tid og holddrift

6.4.1. Efterbetaling til medlemmerne af 3F/BJMF

Under denne post kræver Klager efterbetaling af 1.692.637,73 kr. til 54 medlemmer (medlem 1-51 og 56-58 i sagens bilag 8) med tillæg af en pønalt bod på 20 %, dvs. på 338.527,55 kr.

Parterne er enige om, at Adecco for ulempe ved forskudt tid og holddrift beskrevet i kendelsen af 10. juli 2019 i efterbetaling til 54 medlemmer af 3F/BJMF – personerne med numrene 1-51 og 56-58 i sagens bilag 8 – i overensstemmelse med principperne i Forsøgsordningen som beskrevet i kendelsen af 10. juli 2019 skal betale 1.692.637,73 kr.

Beløbet er opgjort af Adecco for de enkelte medarbejdere, der er medlem af 3F/BJMF, og samlet i sagens bilag Q. Adecco har beregnet beløbet for de enkelte medarbejdere ved i lønbogholderiet (Navision bogholderisystem) at tage et dataudtræk med en oversigt for hver enkelt medarbejder for hele perioden 2013-2016 indeholdende oplysning om bl.a. samlet antal timer på henholdsvis forskudt tid 18-22 og 22-06 samt samlet antal timer med skiftetillæg 18-06, og hvad der er udbetalt i alt i tillæg for arbejde på henholdsvis forskudt tid 18-22 og 22-06 samt for arbejde med skiftetillæg 18-06. På baggrund af disse oplysninger har Adecco for hver enkelt medarbejder i overensstemmelse med principperne i kendelsen af 10. juli 2019 beregnet, hvad der skulle have været betalt for de pågældende ulempetimer efter principperne i Forsøgsordningen, hvorefter der betales et samlet tillæg på henholdsvis 35 kr. for ulempetimerne i tidsrummet kl. 18-22 og på 80 kr. for ulempetimerne i tidsrummet kl. 22-06, idet timerne med skiftetillæg er fordelt med 1/3 i tidsrummet 18-22 og 2/3 i tidsrummet 22-06. Dette beløb er fratrukket, hvad der faktisk er udbetalt i ulempetillæg for de pågældende timer og tillagt sociale omkostninger med 30 procent, hvorved ulempebeløbet (efterbetalingsbeløbet) til den enkelte medarbejder fremkommer.

Om denne opgørelse har statsaut. revisor F, Ernst & Young P/S, den 13. november 2019 afgivet en erklæring, hvori det hedder:

” Den uafhængige revisors erklæring om faktiske resultater Til Adecco A/S

Vi har efter aftale udført de arbejdshandlinger, som er angivet nedenfor vedrørende Adecco A/S' beregning af ulempe­til­lægget for de organiserede medlemmer. ...

Udførte arbejdshandlinger

1. Vi har gennemgået metodikken for dataudtrækket og beregningerne.
2. Vi har udvalgt en stikprøve på 10 medarbejdere (BJMF Organiserede medlemmer) og har for disse kontrolleret den af Adecco A/S foretagne beregning af ulempe­til­lægget, og at input i form af enheder og beløb stemmer overens med lønsystemet.
3. Vi har foretaget afstemning af vores stikprøver til den af Adecco A/S udarbejdede samlede oversigt for så vidt angår de beregnede ulempe­til­læg.

Faktiske resultater

Vi har fundet følgende forhold:

- A) Med hensyn til punkt 1 gav vores udførte arbejdshandlinger ikke anledning til bemærkninger.
 - B) Med hensyn til punkt 2 gav vores udførte arbejdshandlinger ikke anledning til bemærkninger.
 - C) Med hensyn til punkt 3 gav vores udførte arbejdshandlinger ikke anledning til bemærkninger.
- ..."

På denne baggrund må det efter opmændenes opfattelse lægges til grund, for så vidt det for sagens afgørelse i øvrigt er af betydning, at Adeccos opgørelse af efterbetalingsbeløb efter principperne i Forsøgsordningen i sagens bilag Q er retvisende.

6.4.2. Adeccos besparelse i forhold til de uorganiserede

Under denne post kræver Klager, at Adecco skal betale en bod, som består af 1) et beløb på 17.178.145,76 kr., som er beregnet ved at multiplicere de uorganiseredes samlede pensionsmånedstal på 14.468 med det gennemsnitlige ulempebeløb pr. pensionsmåned for medlemmer på 1.187,32 kr. (1.873.588,11 kr. divideret med 1.578 (medlemmernes samlede pensionsmånedantal)), og 2) et pønalt tillæg hertil på 20 %, dvs. 3.435.629,15 kr..

Adecco har for øvrige medarbejdere, som ikke er medlem af 3F/BJMF, foretaget helt tilsvarende udtræk fra lønbogholderiet som beskrevet foran under 6.4.1 og foretaget en helt tilsvarende beregning af ulempebeløb for hver enkelt medarbejder. Resultatet er fremlagt i bilag S omfattende 847 medarbejdere. Bilaget omfatter 7 kolonner og i hver linje er anført følgende:

Kolonne A: Medarbejderens individuelle nummer.

Kolonne B: Ulempebeløbet beregnet for årene 2013-2016 som beskrevet (Tillæg beregnet efter forsøgsordningen, fratrullet de udbetalte forskudttids- og holddriftstillæg, derefter tillagt sociale omkostninger med 30 procent).

Kolonne C: Samlet antal ulempetimer 18-6 i årene 2013-2016.

Kolonne D: Hvor meget der er betalt ud over mindsteløn på ulempetimer.

Kolonne E: Kolonne B fratrullet kolonne D.

Kolonne F: Hvor meget der er betalt ud over mindsteløn på samtlige timer.

Kolonne G: Kolonne B fratrullet kolonne F.

Kolonne B giver for samtlige 847 uorganiserede medarbejdere med timer på forskudt tid eller holddrift i årene 2013-2016 i tidsrummet klokken 18-6 sammenlagt 14.162.558,02 kr.

Når samtlige timer tages i betragtning, er der betalt ca. 54 mio. kr. i løn ud over Overenskomstens minimallønssats (kolonne F). Anskues de 847 medarbejdere kollektivt, og trækkes summen i kolonne B fra summen i kolonne F, er resultatet 39.476.037,42 kr.

Anskues de 847 medarbejdere imidlertid hver for sig, er der nogle, hvis ulempebeløb i kolonne B overstiger merbetalingen på samtlige timer i forhold til minimumslønnen i kolonne F. En sammenlægning af forskelsbeløbene for disse medarbejdere giver et beløb på 687.406,65 kr.

Anskues de 847 medarbejdere fortsat hver for sig, er der nogle, hvis ulempebeløb i kolonne B overstiger merbetalingen på ulempetimerne 18-6 i forhold til minimumslønnen opgjort i kolonne D. En sammenlægning af forskelsbeløbene for disse medarbejdere giver et beløb på 3.469.213,74 kr.

Om opgørelsen i bilag S har statsaut. revisor F, Ernst & Young P/S, den 13. november 2019 afgivet en erklæring, hvori det hedder:

” Den uafhængige revisors erklæring om faktiske resultater Til Adecco A/S

Vi har efter aftale udført de arbejdshandlinger, som er angivet nedenfor vedrørende Adecco A/S’ beregning af ulempetillægget for de uorganiserede medlemmer.

...

Udførte arbejdshandlinger

1. Vi har gennemgået metodikken for dataudtrækket og beregningerne.
2. Vi har udvalgt en stikprøve på 25 medarbejdere (Uorganiserede medlemmer) og har for disse kontrolleret den af Adecco A/S foretagne beregning af ulempetillægget, og at input i form af enheder og beløb stemmer overens med lønsystemet.
3. Vi har for den under punkt 2 udvalgte stikprøve kontrolleret, at timerne anvendt til beregning af forskellen mellem den af Adecco A/S beregnede samlede udbetalte løn på ulempetimerne pr. medarbejder og den samlede mindsteløn stemmer overens med timerne anvendt til beregningen for ulempetillægget.
4. Vi har foretaget afstemning af vores stikprøver til den af Adecco A/S udarbejdede samlede oversigt for så vidt angår de beregnede ulempetillæg.

Faktiske resultater

Vi har fundet følgende forhold:

- A) Med hensyn til punkt 1 gav vores udførte arbejdshandlinger ikke anledning til bemærkninger.
- B) Med hensyn til punkt 2 gav vores udførte arbejdshandlinger ikke anledning til bemærkninger.
- C) Med hensyn til punkt 3 gav vores udførte arbejdshandlinger anledning til følgende bemærkninger:

Ved vores stikprøve af selskabets beregning fandt vi, at for 7 ud af 25 stikprøver er der anvendt et lavere antal timer for beregningen af den udbetalte løn på ulempetimerne sammenholdt med mindstelønnen pr. medarbejder, end der blev anvendt ved beregningen af ulempetillægget.

Den samlede forskel på timerne i vores stikprøve udgør 457 timer, som ville have øget den af Adecco A/S beregnede samlede udbetalte løn og dermed overstige mindstelønnen yderligere, hvis disse var medtaget i den af Adecco A/S foretagne beregning. Adecco A/S har udarbejdet en samlet opgørelse over forskellen, der udgør 2.556 timer, svarende til 0,5 %. Vi har ikke gennemgået denne opgørelse.

- D) Med hensyn til punkt 4 gav vores udførte arbejdshandlinger ikke anledning til bemærkninger.

..."

Det bemærkes, at stikprøverne er udtaget på et tidspunkt, hvor medlemslisten fra 3F/BJMF omfattede 54 personer. En af de tilfældigt udtagne er G, som efterfølgende er blandt de tre yderligere på medlemslisten, hvorfor hun ikke indgår i den endelige oversigt over uorganiserede i sagens bilag S.

3F/BJMF har ikke haft bemærkninger til opgørelsen i bilag S, herunder opgørelsen i kolonne B af det beregnede ulempebeløb for hver enkelt medarbejder (som nævnt: ulempetillægget beregnet efter principperne i Forsøgsordningen med fradrag af de faktisk udbetalte forskudttids- og holddriftstillæg og tillæg af sociale omkostninger 30 procent). 3F/BJMF bestrider imidlertid, at resultatet for samtlige uorganiserede medarbejdere bliver 14.162.558,02 kr. 3F/BJMF har i stedet opgjort dette beløb til 17.178.145,76 kr.

3F/BJMF er kommet til dette beløb ved at dividere det, som tilkommer samtlige medlemmer (1.692.637,73 kr., jf. foran i afsnit 6.4.1, tillagt 181.000 kr. til de tre medlemmer i Adecco-sag 2, hvilket er sammenlagt til 1.873.588,11 kr.) med deres antal pensionsmåneder (1.578, jf. foran i afsnit 6.3), således at der fremkommer et gennemsnitligt kompensationsbeløb pr. pensionsmåned for medlemmerne på 1.187,32 kr. Dette gennemsnitsbeløb er så multipliceret med det antal pensionsmåneder, som ifølge 3F/BJMF angår de uorganiserede ($16.046 - 1.578 = 14.468$), hvorved beløbet på de 17.178.145,76 kr. fremkommer.

Hertil bemærker opmændene enstemmigt, at der ikke ses at være behov for en skønsmæssig opgørelse af denne post. Adecco har foretaget en opgørelse for hver enkelt uorganiseret medarbejder. Der er ikke under sagen fremkommet noget faktuel belæg for kritik af denne opgørelse, som – også henset til den afgivne revisorerklæring – må anses for retvisende. I det hele må det efter opmændenes opfattelse lægges til grund, for så vidt det for sagens afgørelse i øvrigt er af betydning, at Adeccos opgørelse i sagens bilag S beløbsmæssigt kan anses for retvisende.

Indklagede har bestridt, at overenskomstbruddene vedrørende arbejde på forskudt tid og holddrift har givet Adecco en besparelse, som efter differenceprincippet kan udløse en bod. Det fremgår af bilag S, at Adecco samlet set har betalt de 847 medarbejdere med arbejde på forskudt tid eller holddrift ca. 54 mio. kr. mere, end hvad der skulle være betalt efter Overenskomsten, hvorfor der ikke har været nogen besparelse ved ikke at betale dem de ca. 14 mio. kr. for ulempen som opgjort i kolonne B. Subsidiært har Indklagede anført, at der kun har været en besparelse for så vidt angår de medarbejdere, hvis ulempebeløb i kolonne B overstiger merbetalingen i forhold til minimumsbetalingen på samtlige timer i kolonne F, mere subsidiært merbetalingen i forhold til

minimumsbetalingen på ulempetimerne 18-6 i kolonne D, dvs. subsidiært en besparelse på 687.406,65 kr., mere subsidiært på 3.469.213,74 kr.

Hertil bemærker opmændene enstemmigt, at besparelsen ved de foreliggende overenskomstbrud efter differenceprincippet i overensstemmelse med det, som er anført foran i afsnit 6.2, Arbejdsrettens praksis og principperne i kendelsen af 10.juli 2019 i Adecco-sag 2, kan opgøres til 14.162.558,02 kr. som gjort af Adecco i bilag S, kolonne B. Adecco har påført medarbejderne udsendt til arbejde på Metro-projektet en ulempe ved en arbejdsplanlægning af arbejde på forskudt tid og holddrift, som ikke er hjemlet i overenskomsten, og som medarbejdernes personlige løn ikke kan anses for fastsat med henblik på dækning af. Adecco har herved uden betaling opnået en fleksibilitet, som har en økonomisk værdi. Den opnåede fleksibilitet kan samtidig anses for prissat i Forsøgsordningen, og ud fra principperne i denne har Adecco opnået en besparelse, som passende kan danne udgangspunkt ikke blot for efterbetaling til de organiserede medarbejdere, men også for bodsfastsættelse for så vidt angår de uorganiserede.

Differenceprincippet som grundlag for bodsudmåling efter arbejdsretslovens § 12, stk. 1, bygger på en betragtning om, at en arbejdsgiver ikke bør kunne opnå en besparelse ved at krænke en kollektiv overenskomst. Der indgår imidlertid en række andre hensyn ved bodsudmåling, og det skal således som anført i kendelsen af 10. juli 2019 ved udmålingen sikres, at resultatet er proportionalt og rimeligt. Der skal herved under hensyn til sammenhængen mellem de forskellige poster i klagers kravsopgørelse foretages en helhedsbedømmelse, jf. herom nedenfor i afsnit 6.9-6.10. Det er opmændenes enstemmige bedømmelse, at det ikke kan anses for uproportionalt eller urimeligt at lade besparelsesbeløbet på de godt 14 mio. kr. indgå med betydelig vægt.

6.5. Betaling for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid

Ved den mundtlige forhandlings indledning var Klagers standpunkt, at der under denne post var 1) et efterbetalingskrav til medlemmerne (a-c, 1-51 og 56-58 i sagens bilag 8) på 1.977.575,46 kr. og et krav om bod heraf på 408.258,46 kr. og 2) et bodskrav vedrørende uorganiserede svarende til efterbetalingskravet for medlemmer på 18.131.586,96 kr. med tillæg af et pønalt element, som også skulle beregnes af et beløb betalt under sagen, på 4.140.985,42 kr.

Indklagede bestred, at der var noget krav og henviste til, at det af lønsedlerne for alle årene fremgår, at timer på forskudt tid i weekenden er betalt med overarbejdstillæg efter Jord- og Betonoverenskomsten. Desuden havde Adecco for årene 2015 og 2016 foretaget en gennemgang af betalingen af timerne på forskudt tid i weekenden for at sikre, at der er betalt overtid for samtlige timer, og på basis af denne gennemgang i alt til samtlige berørte medarbejdere efterbetalt 2.637.062 kr. Indklagede erkendte, at der ikke var foretaget en tilsvarende gennemgang for 2013 og 2014, idet dette havde vist sig at blive alt for kompliceret. Indklagede tilbød derfor betaling af et beløb for 2013 og 2014, som forholdsmæssigt svarer til efterbetalingsbeløbet for 2015 og 2016 som forholdet mellem arbejdsmængden i de to perioder, og kunne ud fra et ønske om en mindelig og pragmatisk løsning lige netop på dette punkt gå med til at anvende pensionsmånederne som målestok: 4.680 i årene 2013-2014 og 11.366 i årene 2015-2016. Dette ville give et beløb på 1.085.822 kr. til samtlige medarbejdere, som nærmere beskrevet i duplikken, Ekstrakten s. 180.

Under forhandlingen har Klager erkendt, at der ved opgørelsen af efterbetalingskrav til medlemmerne ikke er taget højde for, at det af lønsedlerne fremgår, at Adecco gennem alle årene har aflønnet for weekendarbejde på forskudt tid efter Jord- og Betonoverenskomstens bestemmelse om betaling for overarbejde, og heller ikke taget højde for den skete efterbetaling vedrørende årene 2015 og 2016.

Klager har herefter opgjort sit krav for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid således: 1) efterbetaling på 106.782,20 kr. til medlemmerne (deres forholdsmæssige andel af de 1.085.822 kr.) og en pønalt bod på 21.356,44 kr. af det nævnte beløb og på 12.744,37 kr. af et beløb på 63.721,87 kr. betalt til medlemmerne under sagen, jf. bilag J, og 2) et bodskrav vedrørende uorganiserede svarende til efterbetalingskravet for medlemmer på 979.039,80 kr. med tillæg af 710.475,99 kr., et pønalt element beregnet af de 979.039,80 kr. og af et beløb på 2.573.340,13 kr. betalt til de uorganiserede under sagen.

Indklagede har hertil bemærket, at der er tale om et tilbud til en mindelig løsning, som Indklagede ikke vil betale med en bod oveni.

Opmændene bemærker hertil enstemmigt, at det på den beskrevne baggrund må antages, at der i 2013 og 2014 på samme måde som i 2015 og 2016 har været fejl i betalingen af overtid for timer på forskudt tid i weekenden. I sagens bilag R er det skønsmæssigt anslået til 1.000.000 kr., jf. også kendelsen af 10. juli 2019 s. 92 nederst. Boniteten af dette skøn understøttes af den foretagne forholdsmæssige beregning ud fra antallet af pensionsmåneder i de to perioder. Et beløb i denne størrelsesorden vil derfor blive anset for en opnået besparelse som følge af overenskomstbrud ved den foran i afsnit 6.4 in fine nævnte helhedsbedømmelse nedenfor i afsnit 6.9-6.10.

6.6. Poseopfyld på ugens første fem dage i forbindelse med forskudt tid

Under denne post kræver Klager 1) 767.479,29 kr. i efterbetaling til medlemmerne (medlemmerne a-c, 1-51 og 56-58 i sagens bilag 8) og en pønalt bod heraf på 153.495,86 kr. og 2) et bodskrav vedrørende uorganiserede svarende til efterbetalingskravet for medlemmer på 7.036.656,48 kr. med tillæg af et pønalt element på 1.407.331,30 kr.

Klager har anført, at i efterbetalingskravet indgår en opgørelse af, hvad 54 af medlemmerne (bilag 8: 1-51 og a-c (de tre omfattet af Adecco-sag 2)) hver især har krav på. Denne opgørelse er ikke foretaget dag for dag, men med udgangspunkt i, om der i en uge har været mindre end 37 timers arbejde mandag-fredag. Endvidere er opgørelsen foretaget, således at der ved arbejde mindst tre dage mandag-fredag i en uge kræves poseopfyld, mens der ikke kræves poseopfyld, hvis der i en uge har været arbejdet højst to dage mandag-fredag. Det er Klagers opfattelse, at en beregning efter dette princip er tilstrækkelig velfunderet til at kunne lægges til grund ved bedømmelsen af sagen.

Klagers opgørelse og grundlaget derfor er fremlagt som sagens bilag 12 (en to-siders oversigt over, hvad der kræves for hver enkelt medlem) med underbilag (opgørelse af de enkelte medlemmers krav – 1.734 sider). Klager har oplyst, at det enkelte medlems timer i ”time sheets” er tastet ind i en kalender dag for dag. Systemet har herefter for alle uger, hvor der har været arbejdet mindst tre dage mandag-fredag, opgjort, hvor mange timer der i alt har været arbejdet mandag-fredag, og angivet det manglende timetal op til 37 som poseopfyldstimer. For uger, hvor

der har været arbejdet højst to dage mandag-fredag, er der ikke beregnet og krævet poseopfyld. En konsekvens af denne beregningsmodel er, at der f.eks. ikke er taget hensyn til, om en dag uden arbejde er en søgnehelligdag, 1. maj eller Grundlovsdag, hvilket ifølge Klager ikke rækker ved modellens egnethed som grundlag for beregning efter differenceprincippet.

Klager har oplyst at have foretaget den individuelle opgørelse for samtlige medlemmer, bortset fra de tre medlemmer, som Klager senest har givet meddelelse om og fået oplysninger på. For 14 af de opgjorte medlemmers vedkommende er der krævet 0,00 kr. Det laveste krav for et medlem er i øvrigt 1.140 kr., det højeste er 83.988 kr.

For de 54 individuelt opgjorte medlemmer har Klager beregnet et samlet krav på 717.384 kr. Gennemsnittet pr. pensionsmåned er beregnet til 486,36 kr. Ud fra dette gennemsnit er der beregnet et krav for de senest tilkomne tre medlemmer i forhold til deres pensionsmåneder på i alt 50.095,29 kr. Ved at lægge det beløb sammen med de 717.384 kr. fås beløbet på de 767.479,29 kr. Det pønale element er beregnet som 20 % heraf.

Kravet for de uorganiserede fremkommer ved at multiplicere det beregnede pensionsmånedsgennemsnit for de organiserede på 486,36 kr. med de uorganiseredes pensionsmånedstal 14.468, hvorved beløbet på de 7.036.656,48 kr. fremkommer. Det pønale tillæg er beregnet som 20 % heraf.

Det fremlagte underliggende materiale omfatter alle de medlemmer, der er rejst krav for, bortset fra de senest tilkomne tre medlemmer (G, H og I), ni medlemmer, for hvilke kravet er 0,00 kr., og medlemmerne A fra sag nr. 2 (krav på 37.224 kr.) og J (krav på 888 kr.).

For tre medarbejdere, J, K og L, er det underliggende materiale medtaget i Ekstrakten til illustration af beregningsmetoder og –omfang.

J arbejdede i ugen 10.-16. oktober 2016 mandag-torsdag 7,5 timer hver dag, ugen efter den 17.-23. oktober 2016 arbejdede han ikke. For den første af ugerne har Klager beregnet 7 poseopfyldstimer.

Materialet vedrørende K viser, at han havde sin første arbejdsdag tirsdag den 13. oktober 2015. Han arbejdede i ugen 12.-18. oktober uge 7,5 timer om dagen tirsdag-fredag og 9 timer lørdag. Der er for den uge et krav om poseopfyld for 7 timer (arbejdet mindst tre dage mandag-fredag i ugen). Ugen efter arbejder han mandag til torsdag den 19.-22. i alt 34,5 timer, derefter arbejder han først igen torsdag den 29. og fredag den 30. Det udløser for ugen 19.-25. et krav om poseopfyld på 2,5 timer, men ikke noget krav vedrørende den efterfølgende uge (arbejdet højst to dage mandag-fredag i ugen). For hans vedkommende er der i 2016 krav om poseopfyld med 1,5 timer i ugen 1.-7. august (arbejdedet mandag, tirsdag, torsdag, fredag og lørdag 7,5 timer, onsdag 5,5 timer, arbejdede ikke søndag).

L arbejdede i ugen 30. september-6. oktober 2013 8 timer mandag, 8 timer tirsdag, 7,5 timer torsdag og 7,5 timer fredag, øvrige dage arbejdede han ikke – for den uge har Klager beregnet 6 poseopfyldstimer. Han arbejdede i ugen 16.-22. december 2013 mandag 8 timer, tirsdag 8 timer, onsdag 10,5 timer og torsdag 8 timer, de øvrige dage arbejdede han ikke, ligesom han heller ikke arbejdede ugen efter den 23.-29. december 2013. For ugen 16.-22. december er der beregnet 2,5 poseopfyldstimer.

I 2014 er der beregnet poseopfyld til L i følgende uger:

- 3.-9. februar (6,5 timer – ingen timer mandag, tirsdag-torsdag arbejdet 30,5 timer, ingen timer fredag-søndag),
- 9.-15. juni (6 timer – arbejdede ikke mandag, arbejdede tirsdag-fredag 31 timer og lørdag 5 timer, arbejdede ikke søndag),
- 21.-27. juli (14,5 timer – ingen timer mandag og tirsdag, onsdag-fredag arbejdet 22,5 timer, lørdag 6 timer, ingen timer søndag),
- 8.-14. september (14,5 timer – arbejdede ikke ugen før 1.-7. september, arbejdede ikke 8.-9. september, arbejdede derefter onsdag-fredag 22,5 timer, arbejdede ikke lørdag-søndag).

For L er der beregnet poseopfyld for 32 uger i 2015 og 15 uger i 2016, jf. til illustration de følgende uger fra 2015:

- 19.-25. januar (14,5 timer – han arbejdede i den uge mandag-onsdag 22,5 timer, resten af ugen arbejdede han ikke, ligesom han ikke arbejdede de to efterfølgende uger 26. januar-8. februar),
- 23.-29. marts (2,5 timer – arbejdede 7,5 timer om dagen mandag-torsdag, 4,5 timer fredag, arbejdede ikke lørdag-søndag og heller ikke de efterfølgende tre uger),
- 27. april-3. maj (7 timer – arbejdede 7,5 timer hver dag mandag-torsdag, arbejdede ikke fredag-søndag),
- 18.-24. maj (2 timer – arbejdede 7 timer om dagen mandag-onsdag, 10,5 timer torsdag og 4,5 timer fredag, arbejdede ikke lørdag-søndag),

- 25.-31. maj (4,5 timer – arbejdede 6,5 timer om dagen mandag-fredag og 7 timer lørdag, arbejdede ikke søndag),
- 1.-7. juni (9 timer – arbejdede 7 timer om dagen mandag-torsdag, arbejdede ikke resten af ugen),
- 8.-14. juni (4,5 timer – arbejdede 6,5 timer om dagen mandag-fredag og 7 timer lørdag, arbejdede ikke søndag),
- 15.-21. juni (2 timer – arbejdede 7 timer om dagen mandag-fredag, arbejdede ikke lørdag-søndag),
- 22.-28. juni (4,5 timer - arbejdede 6,5 timer om dagen mandag-fredag, arbejdede ikke lørdag-søndag),
- 29. juni-5. juli (9 timer – arbejdede 7 timer om dagen mandag-torsdag, arbejdede ikke resten af ugen),
- 6.-12. juli (4,5 timer – arbejdede 6,5 timer mandag-fredag og 7 timer lørdag, arbejdede ikke søndag).

For J drejer det sig om 7 poseopfyldstimer i 2016 og et krav på 1.140 kr. For K drejer det sig om 9,5 poseopfyldstimer i 2015 og 1,5 poseopfyldstimer i 2016 og et krav på 1.776 kr. For L er antal poseopfyldstimer for årene 2013-2016 henholdsvis 8,5, 41,5, 151 og 109,5, i alt 310,5, og det samlede krav er på 50.364 kr.

Indklagede bestrider, at der er krav på poseopfyld. Udgangspunktet må efter Indklagedes opfattelse helt klart være, at der ikke nu skal efterbetales løn for timer, hvor der ikke er arbejdet i årene 2013-2016. Der kan være rigtig mange grunde til, at der ikke er arbejdet en dag eller en fuld dag, som har indebåret, at der ikke er betalt og ikke skal betales for de pågældende timer. Der kan være tale om, hvad der under sagen er kaldt ”Polen-fri”, eller forhold som helligdage, selvvalgte fridage, sygdom, ferie, tandlægebesøg, tidlig fri osv. Klager har foretaget en beregning ud fra et princip, hvorefter der er krav på poseopfyld, hvis der i en uge har været arbejdet mindst tre dage mandag-fredag, men i mindre end 37 timer mandag-fredag. Poseopfyld skal i øvrigt kun sikre, at der fås løn for 37 timer, det har ingen betydning, hvornår timerne er placeret. Ulempen ved arbejde på forskudt tid i weekenden er ikke en ulempe, som har noget med arbejde i mindre end 37 timer mandag-fredag at gøre, men en ulempe ved en overenskomststridig arbejdsplan, som er rigeligt kompenseret med ulempebetaling efter principperne i Forsøgsordningen.

Indklagede har i øvrigt henvist til en gennemgang foretaget af Adecco af Klagers krav på poseopfyld for 36 medlemmers vedkommende. Resultatet heraf er fremlagt i sagens bilag Æ. Med dette bilag, som bl.a. medtager de pågældendes "Absent sheets", ønsker Indklagede at vise, at Klagers opgørelse og beregninger er fejlbehæftede og fyldt med uhjemlede krav. Klagers opgørelser indeholder poseopfyld for dage, hvor medarbejderen har indtastet et færre antal timer end timetallet efter arbejdsplanen den pågældende dag. Klager har intet bevis ført for, at ikke indtastede timer skyldes forhold, som udløser krav på poseopfyld. Klager har heller ikke dokumenteret, at der for alle de uger, hvor der er beregnet poseopfyld, blev arbejdet på forskudt tid i weekenden.

Det fremgår af Adeccos gennemgang bl.a., at kravet på poseopfyld vedrørende J afvises, idet han ifølge det fremlagte "Absent sheet" havde ferie i perioden 14.-22. oktober 2016. For K er der bl.a. beregnet poseopfyld på 7 timer for ugen 12.-18. oktober 2015, selv om han den uge arbejdede 30 timer tirsdag den 13. oktober til fredag den 16. oktober og var ansat med tirsdag den 13. oktober 2015 som første arbejdsdag, dvs. med en forholdsmæssig arbejdsuge på 4/5 af de 37 timer. For Ds vedkommende er det bl.a. anført, at han for så vidt angår ugen 16.-22. december 2013, må antages at være gået på juleferie med torsdag den 20. december som sidste arbejdsdag, og at der i 2015 ikke er taget højde for, at fredag den 1. maj og fredag den 5 juni. (Grundlovsdag) ikke var arbejdsdage, eller at han var sygemeldt den 22. og 23. januar samt 3. juli.

Ved gennemgangen har Adecco konstateret, at der ikke er betalt for poseopfyld i tilfælde, hvor der efter en arbejdsplan har skullet arbejdes mindre end 37 timer mandag-lørdag og faktisk er arbejdet mindre end 37 timer mandag-lørdag, således som tilfældet bl.a. har været for L i ugerne 25.-31. januar, 8.-14. februar og 7-13. marts 2016. Her anerkender Adecco i bilag Æ, at der er krav på poseopfyld. Adecco har opgjort kravet for hver enkelt af de 36 medlemmer, som gennemgangen har omfattet. I alt giver det et samlet beløb på 20.189,19 kr. (heraf 4.297,30 kr. til L).

I duplikken har Indklagede henvist til, at der til de tre medarbejdere omfattet af Adecco-sag 2 på baggrund af en tilsvarende gennemgang af deres forhold er efterbetalt 2.902,28 kr. i poseopfyld for perioden 2013-2016, svarende til 26,38 kr. pr pensionsmåned, for uger, hvor der er arbejdet

planmæssigt mindre end 37 timer. Bredes dette månedlige gennemsnitsbeløb forholdsmæssigt ud efter antal pensionsmåneder giver det et beløb på 32.605,68 kr. til medlemmerne og 366.730,80 kr. til de uorganiserede.

På den anførte baggrund bemærker opmændene enstemmigt, at udgangspunktet er, at der ikke skal betales løn for timer, hvor der ikke ifølge ”Time sheets” er udført arbejde. For at udbetaling af løn for sådanne timer kan komme på tale, skal Klager under hensyn til den forløbne tid have ført bevis for, at løn for de manglende dage eller timer er en konsekvens af systemfejl som f.eks. overenskomststridig placering af arbejde på forskudt tid, så en del udføres i weekenden, eller overenskomststridigt opståede mellemdage mellem forskellige opgaver som følge af manglende opsigelsesvarsel.

Det er opmændenes enstemmige bedømmelse, at det princip, som Klager har valgt til opgørelse og beregning af et krav for de enkelte medlemmer, ikke kan anses for egnet til at opfange og alene opfange sådanne systemfejl, men i alt for mange tilfælde inddrager dage, som har været arbejdsfrie, og hvor det efter deres placering eller af anden grund har formodningen mod sig, at de skulle være forårsaget af Adecco på en måde, som kan udløse krav om poseopfyld, eller hvor det er klart, at der ikke er noget krav. Til eksempel nævnes kravet vedrørende J for ugen 17.-23. oktober 2016 (manglende hensyntagen til feriedag), kravet vedrørende K for ugen 12.-18. oktober 2015 (manglende hensyntagen til, at ansættelse er sket med en anden første arbejdsdag end mandag) og kravene vedrørende L for ugerne 8.-14. september 2014 (manglende hensyntagen til sandsynlige tidspunkt for tilbagekomst efter ferie) og 19.-25. januar 2015 (manglende hensyntagen til den sandsynlige udstrækning af friperiode). Den af Klager foretagne opgørelse og beregning kan derfor ikke lægges til grund som udtryk for en besparelse for Adecco ved overenskomststridig adfærd.

Det er endvidere opmændenes enstemmige bedømmelse, at det princip, som Adecco har valgt til opgørelse og beregning af poseopfyld, som Adecco accepterer at betale, er for snævert i forhold til, hvorledes ugens 37 timer efter Overenskomsten skal være placeret. Samtidig bemærker opmændene enstemmigt, at det ved en anvendelse af principperne i Forsøgsordningen er

naturligt at anse værdien fastsat således, at der betales for en ganske rummelig fleksibilitet, hvad der må tages hensyn ved den helhedsbedømmelse, som skal foretages.

På den foreliggende baggrund finder opmændene enstemmigt, at der i det foreliggende materiale er fornødent grundlag for til brug for den nævnte helhedsbedømmelse at fastsætte Adeccos besparelse ved manglende poseopfyld til beløb i størrelsesordenen 50.000 kr. til medlemmerne og 400.000 kr. til de uorganiserede.

6.7. Diverse øvrige efterbetalinger

Under denne post kræver Klager 1) 2.431.565,84 kr. i efterbetaling til medlemmerne og en pønalt bod heraf på 486.313,17 kr. og 2) et bodskrav vedrørende uorganiserede svarende til efterbetalingskravet for medlemmer på 23.964.505,84 kr. med tillæg af et pønalt element på 4.792.901,17 kr.

Til støtte herfor har Klager henvist til, at det af kendelsen af 10. juli 2019 i Adecco-sag 2 fremgår, at Dansk Byggeri havde oplyst, at der til de tre medarbejdere omfattet af sagen var efterbetalt i alt 185.104 kr. Klager gør gældende, at denne betaling ikke angår forhold, som de foregående poster omfattet af denne sag dækker, og at en tilsvarende betaling tilkommer de øvrige medlemmer og er sparet i forhold til de uorganiserede. Der kan ikke stilles krav om, at Klager skal foretage en opgørelse for de enkelte medlemmer, dels fordi de tre må anses for repræsentative, dels fordi Indklagede ikke har villet fremkomme med de oplysninger om, hvad efterbetalingen angår, som er nødvendige for at kunne foretage en opgørelse. Det fremgår dog, at der er sket efterbetaling vedrørende poseopfyld på 2.902 kr. Det beløb er fratrukket de 185.104 kr., og forskelsbeløbet, 182.202 kr., er divideret med de tre medarbejders samlede antal pensionsmåneder, hvilket giver et månedligt beløb på 1.656,38 kr. Ud fra dette beløb og medlemmernes og de uorganiseredes pensionsmåneder er kravene beregnet.

Indklagede har oplyst, at efterbetalingsbeløbet ved en fejl under sag 2 blev oplyst til at være 185.104 kr. Beløbet er rettelig 173.807 kr.

Herom bemærker opmændene, at efterbetalingsbeløbet under Adecco-sag 2 var opgjort af Klager til 173.807 kr. At det er det korrekte beløb, understøttes af de under sagen som bilag 16 og 17 fremlagte lønsedler med en samlet efterbetaling på 173.807 kr.

Indklagede har anført, at der er tale om efterbetaling for ulemper vedrørende holddrift for forhold, som skyldes arbejdets konkrete tilrettelæggelse, og som må anses for dækket af kompensationsulempebetaling efter principperne i Forsøgsordningen. Der er bl.a. tale om betaling efter overenskomstbestemmelsen om holddrift i forbindelse med pladsskifte eller holdskifte i form af opgørelse af holddrift ved ophør og overflytningstillæg. Hertil kommer normaltidstillæg, manglende erstatningsfri og manglende overarbejdsbetaling ved arbejde på flere pladser samme dag samt manglende varighed ved forskudt tid.

Til det således foreliggende bemærker opmændene enstemmigt, at der ikke er ført noget bevis for, at de tre medarbejdere omfattet af Adecco-sag 2 kan anses for repræsentative for samtlige medarbejdere. Tværtimod må det lægges til grund, at de fleste medarbejdere på Metro-projektet har været en del af hold, som har arbejdet efter planer, som har været gældende for en længere periode, og ikke har været udsat for plads- og holdskift og overarbejde i samme omfang som de tre medlemmer i sag 2. Hertil kommer, at medlemmers efterbetalingskrav i almindelighed må opgøres individuelt medlem for medlem. Efterbetalingskrav kan i almindelighed ikke godtgøres ved en beregning ud fra gennemsnittet af nogle andre medarbejdere og slet ikke, når det ikke er godtgjort, at de andre er repræsentative. Der kan således ikke fra den skete udbetaling til de tre medlemmer drages den slutning, at samtlige øvrige medarbejdere efter Overenskomsten skulle have været aflønnet tilsvarende.

Den skete efterbetaling fandt sted inden meddelelse af tilkendegivelse og afsigelse af kendelse i sag 2, og det må medgives Indklagede, at den til dels er sket til dækning af forhold, som ulempebetaling ud fra principperne i Forsøgsordningen må anses at dække.

På denne baggrund finder opmændene ikke, at der er tilstrækkeligt grundlag for at imødekomme de under dette punkt rejste krav, hverken helt eller delvist.

6.8. Samlet opgørelse af efterbetaling til medlemmer af 3F/BJMF

Som anført foran i afsnit 6.4.1 er parterne enige om, at Adecco for ulempe ved forskudt tid og holddrift skal efterbetale 1.692.637,73 kr. til 54 medlemmer (medlem 1-51 og 56-58 i sagens bilag 8). Efter det, der er anført foran i afsnit 6.5, skal Adecco for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid efterbetale omkring 100.000 kr. til 57 medlemmer (medlem a-c, 1-51 og 56-58 i sagens bilag 8). Efter det, der er anført foran i afsnit 6.6, skal Adecco for manglende poseopfyld efterbetale et beløb i størrelsesordenen 50.000 kr. til 57 medlemmer (medlem a-c, 1-51 og 56-58 i sagens bilag 8).

På denne baggrund fastsætter opmændene i enighed det samlede efterbetalingsbeløb til 1.850.000 kr.

6.9. Samlet opgørelse af Adeccos besparelse i forhold til de uorganiserede

Som anført foran i afsnit 6.4.2 indgår ved opgørelsen af den samlede besparelse for Adecco i forhold til de uorganiserede et beregnet beløb på 14.162.558,02 kr. vedrørende ulempe ved forskudt tid og holddrift. Efter det, der er anført foran i afsnit 6.5, indgår der endvidere et beløb i størrelsesordenen 1.000.000 for overarbejde ved weekendarbejde på forskudt tid. Beløbet, som angår samtlige ansatte, skal reduceres med de 100.000 kr., der går til medlemmerne. Efter det, der er anført foran i afsnit 6.6, indgår der et beløb i størrelsesordenen 400.000 kr. for manglende poseopfyld.

På denne baggrund finder opmændene enstemmigt, at den opnåede besparelse samlet kan ansættes til 15.500.000 kr.

6.10. Bodsfastsættelse

Udgangspunktet for bodsfastsættelsen er, at Adecco til de organiserede medarbejdere skal efterbetale 1.850.000 kr. og i forhold til de uorganiserede medarbejdere har opnået en besparelse på 15.500.000 kr., til sammen 17.350.000 kr. Hensyn må imidlertid også, som anført i kendelsen af 10. juli 2019, tages til, at sagen har været gennem en langstrakt fagretlig behandling og angået forståelsen af bestemmelser i Overenskomsten, som ikke alle har været lige let forståelige, hvilket illustreres af forskellen mellem det oprindeligt rejste krav og sagens udfald. Det må også

tillægges betydning, at de forseelser, som sagen er endt med at angå, i betydelig grad angår en arbejdstilrettelæggelse, som medarbejderne selv var interesserede i, og repræsenterer en forholdsvis beskeden værdi i forhold til, hvad der til samtlige medarbejdere udsendt af Adecco til arbejde på Metro-projektet i alt er udbetalt i løn mv. Ved afgørelsen spiller det også en rolle, at det under sagens gang gennem de allerede foretagne efterbetalinger er erkendt, at der har været overenskomstbrud og for sen betaling.

På denne baggrund finder opmændene enstemmigt, at Adecco i alt skal betale en bod til 3F/BJMF på 18.350.000 kr. indeholdende et beløb på 1.850.000 kr. i efterbetaling til medlemmerne af 3F/BJMF.

6.11. Forrentning

Der er i sagen indgivet klageskrift den 1. oktober 2019. Klager har påstået efterbetalingsbeløbet forrentet fra denne dato. Indklagede har protesteret mod forrentning fra et tidligere tidspunkt end det, hvor kendelse foreligger og skal opfyldes.

Under hensyn til sagens forløb forrentes beløbet i medfør af rentelovens § 3, stk. 5, fra tidspunktet for opfyldelsen af denne kendelse.

Thi bestemmes:

Adecco A/S skal til 3F Bygge-, Jord- og Miljøarbejdernes Fagforening inden 14 dage betale en bod på 18.350.000 kr. indeholdende et efterbetalingsbeløb til medlemmer af 3F Bygge-, Jord- og Miljøarbejdernes Fagforening på 1.850.000 kr., der først forrentes med procesrente 14 dage efter afsigelsen af denne kendelse.

Børge Dahl Poul Søgaard Jytte Scharling

Til bekræftelse:

Børge Dahl