

Faglig voldgift - det private område - kendelse af 12. juli 2010

Sag FV2009.0213

Fagligt Fælles Forbund

(advokat Ane Kristine Lorentzen)

mod

DI02/DI

på egne vegne og for

Forenede Kantine Service A/S

(advokat Henrik Uldal)

Resume

Uoverensstemmelsen angik spørgsmålet, om Kantineoverenskomsten skulle efterleves af de af SBA's medlemsvirksomheder, der drev kantinevirksomhed, ikke blot i forhold til egne gastronomer og medhjælpere men også i forhold til indlejede vikarbureauvikarer, der – ligesom virksomhedens egne gastronomer og medhjælpere – udførte arbejde inden for overenskomstens faglige anvendelsesområde. Opmanden udtalte, at det er en almen overenskomstforudsætning, at en kollektiv overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere, samt at der på det foreliggende overenskomstmråde ikke var grundlag for at antage, at der mellem parterne har været en fælles forståelse, hvorfor overenskomstens anvendelse på vikarer måtte kræve særskilt aftale.

1. Uoverensstemmelsen

Uoverensstemmelsen angår Kantineoverenskomsten 2007-2010 mellem 3F Privat Service, Hotel & Restauration og SBA, der var medlemsorganisation hos HTS ved overenskomstindgåelsen, men efter HTS' sammenlægning med Dansk Industri i 2008 nu er en del af DI02. Spørgsmålet er, om Kantineoverenskomsten omfatter arbejde udført af indlejede vikarbureauvikarer.

2. Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande:

1. DI02/DI (tidligere SBA) skal anerkende, at Kantineoverenskomsten mellem SBA og 3F Privat Service, Hotel & Restauration skal efterleves af medlemsvirksomhederne for arbejde udført hos disse af indlejede vikarer inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde.
2. Forenede Kantine Service A/S skal anerkende, at virksomheden hæfter for de tab, som indlejede vikarer har lidt ved, at de under arbejde for virksomheden ikke er blevet aflønnet efter den for virksomheden gældende overenskomst.

Indklagede har påstået frifindelse.

3. Behandlingen ved faglig voldgift

Sagen er den 24. juni 2010 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede højesteretsdommer Børge Dahl som formand og opmand.

De partsudpegede medlemmer var Bent Moos, Thomas Nielsen, Helle Sønderkov Sørensen og Jeanette Werner.

Der blev afgivet forklaringer af Bent Moos, faglig sekretær, 3F Privat Service, Hotel og Restauration, og Lis Jacobsen, forhandlingssekretær, 3F Transport.

4. Parternes hovedsynspunkter

Parterne er enige om, at de af Forenede Kantine Service A/S beskæftigede vikarbureauvikarer har været beskæftiget med arbejde inden for Kantineoverenskomstens faglige gyldighedsområde.

Det er klagers opfattelse, at Kantineoverenskomsten er en områdeoverenskomst, som inden for dens faglige gyldighedsområde dækker alt arbejde, der udføres under virksomhedens ledelse og instruktion, herunder arbejde udført af indlejede vikarbureauvikarer.

Indklagede er derimod af den opfattelse, at det følger af den mellem DI02/DI og 3F indgåede Vikaroverenskomst, at det er denne og ikke brugervirksomhedens overenskomst, som er gældende for vikarbureauvikarers arbejde.

5. Kantineoverenskomsten

Denne overenskomst 2007-2010 for gastronomer og medhjælpere i kantiner og diner transportable er indgået mellem SBA Servicebranchens Arbejdsgiverforening og 3F Privat Service, Hotel og Restauration. Det hedder i overenskomsten bl.a.:

"§ 1. Dækningsområde

Denne overenskomst dækker arbejdet i kantiner og diner transportable, udført af faglærte/tillærte eks. kokke, smørrebrødsjomfruer og catere.

§ 2. Ansættelse og opsigelse

...

§ 8. Overarbejde

...

Stk. 2. Tillægget for overarbejde udgør dagligt 50 % for de første 2 timer og derefter 100 % af den oppebårne løn. Overarbejde efter kl. 24.00 betales dog altid med 100 %.

...

Stk. 4. Såfremt arbejdsgiveren ønsker det, skal overarbejde afspadseres, dvs. frihed med normal personlig løn. 50 %-timer afspadseres med 11/2 og 100 %-timer med 2 timer for hver overarbejdstime.

...

§ 10. Løn

Stk. 1. Den normale løn andrager pr. time:

15/3-07

Grundløn kr.	108,71
Flex tillæg kr.	4,05
Alle medarbejdere kr.	1,65
Tillært løn kr.	114,41
Fag tillæg kr.	9,71
Faglært løn kr.	124,12

Faglærte er kokke, kokejomfruer, smørrebrødsjomfruer, catere og faglærte cafeteriaassistenter. Arbejdsgiver kan kræve dokumentation for gennemgået uddannelsesforløb.

Stk. 2

Til den anførte timeløn kan der ydes et tillæg, der aftales lokalt mellem virksomheden og medarbejderen. Tillægget fastsættes under hensyn til den pågældendes kvalifikationer, anciennitet samt efter arbejdets karakter.

...

Stk. 3

Til medarbejdere med 12 måneders virksomhedsanciennitet betales et tillæg pr. time på kr. 2,17.

...

§ 14. Reserver

Stk. 1. Ved antagelse af reserver skal der betales for mindst 5 timers arbejde.

Faglærte reserver aflønnes altid med + 30 % af grundlønnen for de første 8 timer, 50 % for 9. og 10. time og fra 11. time og derefter med 100 %. Der fratrækkes ikke spisetid for reserver. Tillærte reserver aflønnes med 100 % af grundlønnen.

Stk. 2

For reserver betales rejseudgifter i alle tilfælde. I tilfælde af, at der ingen ordinær rejseforbindelse findes, sørger arbejdsgiveren for personalets befordring hjem eller værelse for natten. Rejse- og ventetid om dagen godtgøres med halv timebetaling.

Rejseomkostninger skal tillægges den skattemæssige indkomst, men kan af medarbejderen fratrækkes på selvangivelsen under transportudgifter.

...

§ 16. Sygdom/barsel

Stk. 1 Sygdom

Under sygdom udbetaler arbejdsgiveren løn til medarbejderen, jf. gældende lovgivning. De første 6 dage betales personlig løn og herefter betales 90 % af den personlige løn til evt. opsigelsesvarsel er udløbet. Hvis dette beløb er lavere end den maksimale dagpengesats, betales efter sygedagpengelovens regler.

For medarbejdere med 15 måneders anciennitet på virksomheden betaler virksomheden dog personlig løn de første 4 uger af sygefraværet.

Arbejdsgiveren har ret til at få refusion fra sygesikringen i henhold til de gældende regler i Sygedagpengeloven.

Stk. 2 Barns 1. sygedag

Til medarbejdere skal der ved barns første sygedag ydes medarbejderen frihed med fuld løn til pasning af medarbejderens syge hjemmeboende barn under 14 år. Frihed ydes kun til den ene af barnets forældre og omfatter alene barnets 1. hele sygedag.

...

§ 18. Pension

Stk. 1

Pensionsbidraget udgør ...

Stk. 2

Ansatte - herunder reserver med sammenlagt 12 måneders anciennitet inden for de sidste forudgående 5 år, opnået ved beskæftigelse inden for overenskomstens faglige område, er omfattet af pensionsordningen fra det fyldte 20 år. Ancienniteten defineres som beskæftigelse på virksomheder, der er eller kunne være omfattet af denne overenskomst.

Anciennitetskravet bortfalder for lønmodtagere, der ved ansættelsen er omfattet af en arbejdsmarkedspension baseret på kollektiv overenskomst.

..."

I et til Kantineoverenskomsten knyttet protokollat hedder det:

"Protokollat 5 - Gyldighedsområde

(Uden for overenskomsten)

I forbindelse med indgåelsen af overenskomsten mellem organisationerne er parterne enige om, at gyldighedsområdet skal forstås således, at Faglig Fælles Forbund dækker alt arbejde i forbindelse med produktionen i kantinerne som eksempelvis madproduktion, kasse-/diskfunktioner, rengøring/afrydning m.m."

Bent Moos har forklaret, at RBF i 1996 - efter at store, selvstændige kantineoperatører i 1990'erne havde overtaget virksomhedernes kantiner - med SBA, som langt de fleste kantinevirksomheder er medlem af, indgik overenskomst for kantineområdet og senere indgik en tilsvarende overenskomst med HORESTA, hvor nogle få kantinevirksomheder er medlem, så der gælder ens vilkår, uanset hvilken arbejdsgiverforening virksomheden er medlem af (HTS/DI eller Dansk Erhverv).

Bent Moos har videre forklaret, at RBF på HORESTA-området har haft tradition for særlige regler om reserver, hvorefter disse som kompensation for manglende opsigelsesvarsel får en højere timeløn og sociale goder efter kort tid. Disse regler blev overført til kantineområdet. RBF/3F har med Dansk Erhverv forgæves forhandlet om overenskomstdækning af vikarbureauer på kantineområdet - alle vikarbureauer på området er medlem af Dansk Erhverv. Der kunne ikke opnås enighed om betaling af reserveløn og sociale goder ved udsendelse i nogle få dage.

RBF blev i 2006 optaget i 3F's branchegruppe Privat Service.

Der har ifølge Bent Moos hverken før eller efter været nogen som helst drøftelse af en forbindelse mellem Kantineoverenskomsten og Vikaroverenskomsten, som henhører under en helt anden 3F-gruppe, som ikke dækker kantineområdet. Det er et synspunkt, som først er dukket op i forbindelse med den faglige voldgiftssag. Han har aldrig tidligere hørt, at Vikaroverenskomsten skulle dække på kantineområdet, og aldrig mødt et vikarbureau, som er medlem af DI, og som hævder at have overenskomst på kantineområdet.

Bent Moos har i øvrigt forklaret, at kantinevirksomhederne ikke var begejstrede for reserve-reglerne i Kantineoverenskomsten - det blev søgt underløbet ved, at de tog vikarer ind. Han tog det op med SBA - RBF ønskede, at vikarer blev stillet som ansatte i brugervirksomheden. De blev enige om at være uenige og at afvente udviklingen på arbejdsmarkedet i øvrigt for at se, om den ville afklare retstilstanden. Efter de faldne faglige voldgiftsafgørelser i 2003 og 2007 tog de det op igen, idet de mente, at retstilstanden nu var klar. De kunne imidlertid ikke blive enige.

I brev af 2. april 2008 skrev 3F til SBA bl.a.:

"Retstilstanden i forhold til brug af vikarbureauer

Vi har som bekendt tidligere afholdt møder vedrørende retstilstanden når kantiner, der er medlem af SBA anvendte vikarbureauer.

På baggrund af de to hidtidige domme på daværende tidspunkt, kunne vi ikke opnå enighed.

Der er nu imidlertid kommet en ny afgørelse (9. juli 2007 inden for VVS-området), der i sine præmisser er helt generel, hvorfor retstilstanden efter vor opfattelse må anses for afklaret

Vi skal derfor bede om at få bekræftet, at der er enighed om, at den ny voldgift herefter er retningsgivende inden for kantineområdet i SBA."

HTS, SBA svarede i brev af 7. april 2008 bl.a.:

"Vores opfattelse er, at den ny afgørelse ikke kan ses at fastsætte retstilstanden på kantineområdet, men vi stiller gerne op til en drøftelse, såfremt det måtte ønskes."

3F sendte herefter den 18. december 2008 til DI en begæring om mæglingssmøde vedrørende ansvaret for aflønning i kantiner af vikarer fra vikarbureauer. Det hedder i denne:

"Vi har kunnet konstatere, at en række af de kantiner, der er medlem hos Dem, og omfattet af en overenskomst med 3F Privat Service, Hotel og Restauration, anvender vikarer fra vikarbureauer, der bliver beskæftiget på et grundlag, der ligger under kantineoverenskomstens niveau.

Vi har forsøgt at indgå overenskomster med diverse vikarbureauer, men det er hver gang brudt sammen, fordi de afviser at betale løn og sikre sociale goder, der ligger på linje med vore kantineoverenskomster.

Der er med andre ord tale om, at vikarerne underbetales i forhold til vilkårene i brugervirksomhedens kantineoverenskomst.

Som vi tidligere har meddelt jer, er det vor opfattelse, at retstilstanden på dette område er endegyldigt afklaret med den voldgiftsavgørelse, der kom i sommeren 2007 (teknig-sagen), hvor præmisserne er helt generelle:

1. Vikarbureauet skal følge brugervirksomhedens overenskomst i sin helhed.
2. Det er brugervirksomhedens ansvar, at det sker, og evt. efterbetalingskrav skal rettes mod brugervirksomheden.

Med henblik på at opnå enighed om denne retstilstand, skal vi derfor anmode om afholdelse af et mæglingsmøde til behandling af spørgsmålet.

Som konkret eksempel vælger vi Forenede Kantine Service, der anvender flere vikarbureauer, som har afvist at følge kantineoverenskomsten.

Vor holdning er derfor følgende:

1. Forenede Kantine Service forpligtes at sikre, at anvendte vikarbureauer minimum følger kantineoverenskomsten i sin helhed i relation til den enkelte udsendte vikar.
2. Forenede Kantine Service forpligtes at indgå aftale om efterregulering bagud.

Vi skal for en ordens skyld understrege, at valget af Forenede Kantine Service er tilfældig, og ikke udtryk for at denne virksomhed i særlig grad har gjort sig skyldig i underbetaling af vikarerne. Virksomheden har valgt seriøse vikarbureauer, men har ikke anset deres aflønning som et forhold de var medansvarlig for.

Vi kunne have valgt samtlige andre af deres medlemsvirksomheder, idet problemet optræder i samtlige tilfælde.

..."

I referatet af det den 14. januar 2009 afholdte mæglingsmøde hedder det bl.a.:

"Sagen blev drøftet på grundlag af mæglingsmødebegæringens indhold.

3F Privat Service, Hotel og Restauration påpegede i forlængelse heraf, at det var en kendsgerning, at Forenede Kantine Service anvender vikarbureauer uden overenskomst på områder, der gav de udsendte vikarer vilkår, der undergravede den kantineoverenskomst, som de normalt ansatte var omfattet af.

3F Privat Service, Hotel og Restauration fastholdt derfor de i mæglingsbegæringen nedlagte påstande.

3F Privat Service, Hotel og Restauration fastholdt, at retstilstanden var afklaret, hvorfor der var tale om overenskomstbrud.

Fra arbejdsgiversiden afviste man samtlige de af 3F rejste klage- og synspunkter. Man bestred således herunder blandt andet, at overenskomsten omfatter vikarer, og at der for brugervirksomheden består en forpligtelse til at sikre, at vikarbureauet følger brugervirksomhedens overenskomst. Man bestred endvidere, at der for brugervirksomheden består en forpligtelse til at foretage efterbetaling til de udsendte vikarer, såfremt bureauet ikke følger brugervirksomhedens overenskomst.

Der opnåedes ikke enighed på mødet.

3F Privat Service, Hotel og Restauration tog forbehold for at videreføre sagen ved faglig voldgift og tog forbehold for en efterfølgende arbejdsretssag med krav om efterbetaling og bod."

6. Vikaroverenskomsten 3F-DI02

Det hedder i den mellem HTS og 3F i 2007 indgåede Vikaroverenskomst 2007-2010:

"§ 1. Dækningsområde

Denne overenskomst omfatter vikarbureauer, som er medlemmer af HTS gennem medlemskab af en HTS lokalforening.

Overenskomsten er gældende for vikarer inden for 3F's faglige arbejdsområder, der engageres af et vikarbureau, med henblik på at stille disse til rådighed for brugervirksomheder.

Overenskomsten omfatter ikke arbejde på brugervirksomheder, der er medlem af enten Dansk Industri, HORESTA-A eller Dansk Textil & Beklædning og omfattes af disses overenskomster (Industriens overenskomst henholdsvis overenskomst mellem Dansk Textil & Beklædning og 3F, henholdsvis HORESTA-A og 3F). Den omfatter endvidere ikke arbejde på brugervirksomheder, der uden medlemskab af henholdsvis Dansk Industri, HORESTA-A eller Dansk Textil & Beklædning, har tiltrådt disses overenskomster.

Ved vikarer forstås medarbejdere engageret ved et vikarbureau til at udføre lønnet arbejde for en brugervirksomhed.

Ved vikarbureauarbejde forstås regelmæssig virksomhed, som består i, at vikarbureauet indgår en aftale med vikarer med det formål midlertidigt at stille disse til rådighed for de brugervirksomheder, der har ansvaret for udførelse af arbejdet.

Ved brugervirksomheder forstås stedet, hvor vikararbejdet udføres.

§ 2. Vikarbureauets forpligtelser

Vikarbureauet er den ansættende virksomhed og er ansvarlig for f.eks. løn, ferie- og søgnehelligdagsbetaling og sygedagpenge.

Brugervirksomheden er, i det omfang det er i overensstemmelse med lovgivningen, ansvarlig for, at de i henhold til arbejdsmiljøloven krævede værnemidler er til rådighed.

§ 3. Løn og arbejdstid

- Overenskomstdækkede brugervirksomheder

Ansættelsesforholdet reguleres som udgangspunkt i henhold til nærværende overenskomst.

For så vidt angår løn og arbejdstid følges den i brugervirksomheden gældende overenskomst for det pågældende område i forhold til det på brugervirksomheden udførte arbejde. Ved arbejde i brugervirksomheden betales eventuel præstationsløn, anciennitetstillæg, overarbejde, forskudt tid, holddrift og lign. efter samme regler, som er gældende på virksomheden.

...

§ 4. Løn og arbejdstid

- Brugervirksomheder uden overenskomst

Ansættelsesforholdet reguleres som udgangspunkt i henhold til nærværende overenskomst.

For så vidt angår løn, tillæg og arbejdstid følges den toneangivende overenskomst for det pågældende område i forhold til det på brugervirksomheden udførte arbejde.

- For vikarbejde inden for bygge- og anlægsområdet er den toneangivende overenskomst: Bygge- og anlægsoverenskomsten mellem Dansk Byggeri og 3F.
- For vikarbejde inden for lager-, transport- og serviceområdet er den toneangivende overenskomst: Fællesoverenskomsten mellem HTS og 3F. Dette gælder dog ikke, hvis vikarbejdet i faglig henseende falder ind under en overenskomst, der er indgået mellem 3F og én af HTS' medlemsforeninger.
- For vikarbejde inden for det grønne område er den toneangivende overenskomst: Overenskomsten mellem Gartneribrugets Arbejdsgiverforening og 3F.
- For vikarbejde inden for industriområdet er den toneangivende overenskomst: Industriens overenskomst mellem Dansk Industri og CO-industri.
- For vikarbejde inden for godstransportområdet er den toneangivende overenskomst: Transportoverenskomsten mellem ATL og 3F.

Uanset det ovenfor anførte, kan arbejdstiden dog på første og sidste dag af et vikariat aftales frit, idet vikaren dog mindst skal aflønnes for 4 timer pr. dag.

Såfremt der i brugervirksomheden, enten i overenskomsten eller i medfør af lokalaftale, er mulighed for at arbejde på deltid, kan der med vikaren træffes aftale om ansættelse på deltid. Vikaren har i denne situation ikke krav på aflønning for 4 timer pr. dag.

...

§ 19. Varighed

Denne overenskomst træder i kraft den 1. marts 2007 og kan opsiges med 3 måneders varsel til en 1. marts, dog tidligst til 1. marts 2010.

Nye vikarbureauer, som har indgået overenskomst med en afdeling af 3F, kan ved overenskomstens udløbstidspunkt vælge at blive omfattet af nærværende overenskomst."

Lis Jacobsen har forklaret, at Vikaroverenskomsten 2007-2010 viderefører de af henholdsvis KAD i 2004 og SID i 2005 med HTS indgåede vikaroverenskomster, og at kantineområdet aldrig har været omfattet heraf. Kantineområdet henhørte i 2004 og 2005 under RBF, som var et selvstændigt forbund. I SID's 2005-vikaroverenskomst hed det bl.a.:

"§ 1. Dækningsområde

Denne overenskomst omfatter vikarbureauer, som er medlemmer af HTS-A gennem medlemskab af en HTS-A lokalforening.

Overenskomsten er gældende for vikarer inden for SiD's faglige arbejdsområder, der engageres af et vikarbureau, med henblik på at stille disse til rådighed for brugervirksomheder.

Overenskomsten omfatter ikke arbejde på brugervirksomheder, der er medlem af enten Dansk Industri eller Dansk Textil & Beklædning og omfattet af disses overenskomster (Industriens overenskomst henholdsvis overenskomst mellem Dansk Textil & Beklædning og SiD). Den omfatter endvidere ikke arbejde på brugervirksomheder, der uden medlemskab af henholdsvis Dansk Industri eller Dansk Textil & Beklædning, har tiltrådt disse overenskomster.

...

§ 3. Løn og arbejdstid - Overenskomstdækkede brugervirksomheder

...

§ 4. Løn og arbejdstid - Brugervirksomheder uden overenskomst

Ansættelsesforholdet reguleres som udgangspunkt i henhold til nærværende overenskomst.

For så vidt angår løn, tillæg og arbejdstid følges den toneangivende overenskomst for det pågældende område i forhold til det på brugervirksomheden udførte arbejde:

- For vikarbejde inden for bygge- og anlægsområdet er den toneangivende overenskomst: Bygge- og anlægsoverenskomsten mellem Dansk Byggeri og SiD.
- For vikarbejde inden for lager og transportområdet er den toneangivende overenskomst: Fællesoverenskomsten mellem HTS-A og SiD.
- For vikarbejde inden for det grønne område er den toneangivende overenskomst: Overenskomsten mellem Gartneribrugets Arbejdsgiverforening og SiD.
- For vikarbejde inden for industriområdet er den toneangivende overenskomst: Industriens overenskomst mellem Dansk Industri og CO-industri."

Lis Jacobsen har endvidere forklaret, at efter sammensmeltningen af SiD og KAD i 3F i 2005 blev der på et møde den 30. januar 2007 mellem 3F og HTS forhandlet om en sammenskrivning af KAD-vikaroverenskomsten og SiD-vikaroverenskomsten.

Det hedder i protokollatet fra dette møde:

"Ved en forhandling d.d. mellem nedenstående parter drøftedes en sammenskrivning af henholdsvis KAD vikaroverenskomsten og SiD vikaroverenskomsten.

Der er enighed om, at de to nævnte overenskomster, med virkning fra 1. marts 2007, betragtes som sammenskrevne, idet SiD overenskomsten er den fortsættende overenskomst.

Det er samtidig aftalt, at § 4, 2. bombe ændres til:

"For vikararbejde inden for lager-, transport- og serviceområdet er den toneangivende overenskomst: Fællesoverenskomsten mellem HTS-A og SiD. Dette gælder dog ikke, hvis vikararbejdet i faglig henseende falder ind under en overenskomst, der er indgået mellem 3F og én af HTS-A's medlemsforeninger."

Der er endelig enighed om, at det alene er den fortsættende overenskomst der fornys ved overenskomstforhandlingerne 2007."

Lis Jacobsen har herom forklaret, at der ikke i den forbindelse blev drøftet dækningsområde - der var alene drøftelse af udjævning af forskelle mellem de to overenskomster. Den overenskomst, der henvises til med den ændrede formulering, er Fællesoverenskomsten for lagerarbejdere, chauffører og havnearbejdere, hvilket ifølge Lis Jacobsen netop er udtryk for, at der ikke var tilsigtet noget ændret anvendelsesområde, hvilket heller ikke blev drøftet under de egentlige overenskomstforhandlinger, som hun også deltog i. En udvidelse til at dække kantineområdet har således ifølge Lis Jacobsen aldrig været til forhandling.

7. Vikaroverenskomsten 3F - Dansk Erhverv

Bestemmelserne i 2007-2010 Vikaroverenskomsten mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og 3F om dækningsområde og løn og arbejdstid i §§ 1, 3 og 4 er sålydende:

"§ 1 DÆKNINGSOMRÅDE

Denne overenskomst omfatter alle vikarbureauer, som er medlemmer af Dansk Erhverv Arbejdsgiver.

Overenskomsten er gældende for vikarer inden for 3F's faglige arbejdsområder, der engageres af et vikarbureau, med henblik på at stille disse til rådighed for brugervirksomheder.

Overenskomsten omfatter ikke arbejde på brugervirksomheder, der er medlem af enten Dansk Industri, HORESTA-A eller Dansk Textil & Beklædning og omfattes af disses overenskomster (Industriens overenskomst, overenskomsten mellem Dansk Textil & Beklædning og 3F henholdsvis HORESTA-A og 3F). Den omfatter endvidere ikke arbejde på brugervirksomheder, der, uden medlemskab af henholdsvis Dansk Industri, HORESTA-A eller Dansk Textil & Beklædning, har tiltrådt disses overenskomster.

...

§ 3 LØN OG ARBEJDSTID - OVERENSKOMSTDÆKKEDE BRUGERVIRKSOMHEDER

...

§ 4 LØN OG ARBEJDSTID - BRUGERVIRKSOMHEDER UDEN OVERENSKOMST

Ansættelsesforholdet reguleres som udgangspunkt i henhold til nærværende overenskomst.

For så vidt angår løn, tillæg og arbejdstid følges den toneangivende overenskomst for det pågældende område i forhold til det på brugervirksomheden udførte arbejde.

- For vikarbejde inden for bygge- og anlægsområdet er den toneangivende overenskomst: Bygge- og anlægsoverenskomsten mellem Dansk Byggeri og 3F.
- For vikarbejde inden for lagerområdet er den toneangivende overenskomst: Fællesoverenskomsten mellem HTS-A og 3F.
- For vikarbejde inden for serviceområdet er den toneangivende overenskomst: Serviceoverenskomsten mellem Servicebranchens Arbejdsgiverforening (SBA) og Fagligt Fælles Forbund (KAD) og Landssammenslutningen for Sanitører og Servicefunktionærer under Dansk Funktionærforbund - Serviceforbundet.
- For vikarbejde inden for det grønne område er den toneangivende overenskomst: Overenskomsten mellem Gartneribrugets Arbejdsgiverforening og 3F.
- For vikarbejde inden for transportområdet er den toneangivende overenskomst: Transportoverenskomsten mellem ATL og Fagligt Fælles Forbund.

- For vikarbejde inden for industriområdet er den toneangivende overenskomst: Industriens overenskomst mellem Dansk Industri og CO-industri."

Også denne overenskomst er oprindelig indgået inden RBF i 2006 blev en del af 3F. Det er oplyst og fra Dansk Erhverv fremlagt en udtalelse om, at Dansk Erhverv og 3F er enige om, at denne overenskomst ikke dækker kantineområdet - der har været forhandlet om overenskomstdækning af vikarer på kantineområdet ved en udvidelse af overenskomstens anvendelsesområde, men der har ikke kunnet opnås enighed om lønnen.

Det er oplyst, at alle betydelige vikarbureauer, som opererer på kantineområdet, er medlem af Dansk Erhverv, og at dette også gælder de to vikarbureauer - VikarBørsen og Assistance, som Forenede Kantine Service A/S har brugt.

8. Forenede Kantine Services anvendelse af vikarer

Om Forenede Kantine Services brug af vikarer er det oplyst, at firmaet har anvendt vikarer fra vikarbureauerne VikarBørsen og Assistance, der begge er medlem af Dansk Erhverv.

I brev af 22. januar 2009 fra Forenede Kantine Service A/S til VikarBørsen ApS om udsendelse af bestilte vikarer hedder det:

"Jeg skal lige for god ordens skyld meddele, at de vikarer Forenede Kantine Service A/S bestiller, aflønnes efter overenskomsten mellem

3F-RBF/SBA for gastronomer og medhjælpere i kantiner og diner transportable.

Jeg går da ud fra, at dette allerede gøres, men for en sikkerheds skyld vil jeg lige sikre mig, at dette også bliver overholdt.

Skulle dette imidlertid være et problem hos nogen af de vikarbureauer, vi bruger, må de pågældende selskaber ikke levere vikarer til os.

Jeg ser gerne en bekræftelse inden udgangen af januar 2009 via mail til ..., at dette har været praksis og vil være praksis i fremtiden også.

Kun de firmaer, der fremsender denne mail, vil blive anvendt fremover."

I brev af 27. januar 2009 svarede VikarBørsen således:

"Vi skal herved bekræfte, at vi overholder 3F overenskomsten. Jeg har tilladt mig at medsende brev fra vores møde med 3F i oktober 2008.

3F anerkender klart vores måde at overholde overenskomsten på uden egentlig at have indgået en med 3F. De er meget positive da både pension, SH-betaling osv. indgår i vores aflønning.

Som det er Jer bekendt, har EU vedtaget et vikardirektiv i dec. 2008. Dette medfører bl.a., at der skal tegnes overenskomst af vikarbureauerne. Dette arbejde er sat i gang af Dansk Erhverv og vi afventer herfra. Den endelige overenskomst skal være implementeret senest dec. 2011."

9. Klagers argumentation

Det er som nævnt klagers opfattelse, at Kantineoverenskomsten er en områdeoverenskomst, som finder anvendelse på alt arbejde inden for dens faglige gyldighedsområde. Den indklagede virksomhed har indlejet vikarer til udførelse af arbejde i virksomheden under dennes instruktion, og den indklagede virksomhed er derfor forpligtet i overensstemmelse med påstanden. Der er fuldstændig parallelitet med, hvad der er fastslået i tidligere afgørelser på Elektrikeroverenskomstens område, jf. protokollat af 27. august 2003 (Bravida-afgørelsen), samt på VVS-området, jf. opmandskendelse af 9. juli 2007 (Promecon-afgørelsen).

Det hedder i Bravida-afgørelsen:

"Mellem Dansk EI-forbund og TEKNIQ, Installatørernes Organisation/Einstallatørernes Landsforening ELFO for Bravida Danmark A/S (tidligere Semco Danmark A/S), er der opstået uenighed om, hvorvidt Bravida Danmark A/S, der via medlemskab af TEKNIQ er omfattet af elektrikeroverenskomsten indgået mellem Dansk EI-forbund og EI-installatørernes Landsforening ELFO (nu TEKNIQ) er forpligtet til at efterleve Elektrikeroverenskomsten også for vikarer fra et vikarbureau - Your Partner ApS - der er medlem af Dansk Smedemesterforening og dermed ikke omfattet af elektrikeroverenskomsten.

...

... Elektrikeroverenskomsten ... indeholder ikke bestemmelser om vikarer.

...

Efter procedure og votering udtalte opmanden, at det kan lægges til grund, at Elektrikeroverenskomsten er en områdeoverenskomst, der som udgangspunkt omfatter alt arbejde, der udføres for en medlemsvirksomhed inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde. Det er endvidere ubestridt, at overenskomsten gælder for Bravida Danmark A/S og at overenskomsten omfatter arbejde af den karakter, som vikarerne fra Your Partner udførte for Bravida på denne virksomheds arbejdsplads. Der er således enighed om, at Elektrikeroverenskomstens bestemmelser om arbejdstid og betaling for overarbejde skulle respekteres, hvis arbejdet var udført af Bravidas egne ansatte. Spørgsmålet er herefter, om der gælder noget andet for det arbejde, som på grund af mandskabsmangel blev udført ved vikarer, som Bravida havde lejet af Your Partner. Det er opmandens opfattelse, at dette ikke er tilfældet. Det er utvivlsomt, at vikarerne under arbejdet for Bravida - selv om de var ansat hos vikarbureauet - udførte arbejdet under ledelse og instruktion af Bravida-ansatte (akkordholder Ole Bjørklund og/eller projektleder Lars Søndergaard) i modsætning til arbejdere, der er udsendt af en underentreprenør og undergivet dennes ledelsesret, og det må i denne situation - også af hensyn til omgælsesrisikoen - være uden betydning, at der ikke bestod noget egentligt "ansættelsesforhold" mellem vikarerne og Bravida. Det måtte derfor påhvile Bravida at sikre sig, at vikarbureauet var fuldt bekendt med, at virksomheden er omfattet af Elektrikeroverenskomsten, og at de vikarer, der blev anvist til at udføre arbejde for Bravida, blev omfattet af reglerne i denne overenskomst om arbejdstid og overarbejde. Det er ubestridt, at dette ikke er sket, og at man end ikke har tænkt på, at dette kunne være nødvendigt. Det er under den mundtlige forhandling ikke reelt bestridt, at Elektrikeroverenskomstens § 7 og 13 er tilsidesat for de pågældende vikarer, hvis de antages at være omfattet af overenskomsten.

Det anførte betyder, at klager ved en kendelse i sagen i det hele ville få medhold i de nedlagte påstande. På opmandens forlag frafaldt klager imidlertid den selvstændige efterbetalings påstand og tilkendegav samtidig, at man er indstillet på - når det principielle standpunkt nu er fastslået under denne sag - at trække de tilsvarende sager, der er indbragt for Arbejdsretten, og som afventer udfaldet af den faglige voldgift.

I overensstemmelse med opmandens tilkendegivelse forligtes sagen herefter således, at indklagede Bravida Danmark A/S anerkender at have begået brud på Elektriker overenskomstens §§ 7 og 13 i forbindelse med, at virksomheden har beskæftiget et antal vikarer, ligesom virksomheden anerkender, at den skal efterleve Elektrikeroverenskomsten i forhold til beskæftigede vikarer i virksomheden under Elektrikeroverenskomstens faglige gyldighedsområde.

..."

Det hedder i Promecon-afgørelsen bl.a.:

"...

Overenskomsten mellem Dansk Metal og TEKNIQ/Dansk VVS indeholder ikke bestemmelser om de omfattede virksomheders brug af indlejede vikarer, herunder om disses lønmæssige forhold ...

5. Oplysninger om andre overenskomster

...

C. Elektrikeroverenskomsten

...

Arbejdsretten tog ved dom af 11. januar 2006 i sagerne A2004.229 og A2004.865 (LO for Dansk El-Forbund mod DA for TEKNIQ på egne vegne og for henholdsvis El-firmaet Kaj Jensen A/S og Kemp & Lauritzen A/S) stilling til en tvist om anvendeligheden af Elektrikeroverenskomsten på vikarbureauvikarer og konsekvenserne heraf. Arbejdsretten udtalte:

"Ved Arbejdsrettens afgørelse af spørgsmål om overenskomstbrud skal den lovlige forståelse af en overenskomst, som parterne er enige om, eller som er fastslået ved faglig voldgift, lægges til grund.

Arbejdsretten finder det efter indholdet i og baggrunden for Bravida-afgørelsen utvivlsomt, at det ved faglig voldgift er afgjort - og af overenskomstparterne forligsmæssigt accepteret afgjort - at Elektrikeroverenskomsten skal forstås således, at den skal efterleves også i forhold til vikarbureauvikarer, som udfører arbejde inden for overenskomstens faglige gyldighedsområde i virksomheder, der er bundet af Elektrikeroverenskomsten.

Det er herefter en del af Elektrikeroverenskomsten, at den arbejdsgiver, som er kollektivarbejdsretligt bundet af Elektrikeroverenskomsten, som bruger af vikarbureauvikarer skal sikre sig, at vikarbureauet i forhold til vikarerne efterlever Elektrikeroverenskomsten. Det er en kollektivarbejdsretlig følge heraf, at brugervirksomheden efter opgørelse og påkrav må hæfte for det tab, vikarerne måtte lide ved, at Elektrikeroverenskomsten ikke er efterlevet.

Det er ubestridt, at de vikarer, sagerne angår ikke under de omhandlede vikariater blev aflønnet i overensstemmelse med Elektrikeroverenskomsten. Der er fra Dansk El-Forbunds side rejst krav om opgørelse og efterbetaling.

På denne baggrund skal de indklagede virksomheder ... anerkende, at de over for Dansk El-Forbund hæfter for det tab, de pågældende vikarer er blevet påført ved, at deres faktiske ansættelsesvilkår og aflønning ikke har været i overensstemmelse med Elektrikeroverenskomsten ...

..."

D. Industriens Funktionæroverenskomst - TDC

En opmandskendelse af 3. august 2005 i en faglig voldgift mellem CO-industri for Dansk Metal og HK/Privat for Dina Ishak og Dansk Industri for TDC A/S på vegne af TDC Totalløsninger A/S angik, om vikarer, som er knyttet til og aflønnes af et vikarbureau under udførelse af arbejde hos TDC i henhold til aftale mellem vikarbureauet og TDC, efter overenskomstgrundlaget gældende for TDC havde krav på nøjagtig de samme vilkår som fastansatte hos TDC i samme jobfunktion. Opmanden udtalte:

"Klager ønsker efter sin endelige argumentation gennem denne faglige voldgift generelt den retsposition fastslået, at Industriens Funktionæroverenskomst omfatter vikarbureauvikarers arbejde hos virksomheder, som Industriens Funktionæroverenskomst gælder for. Der er efter klagers argumentation ikke under sagen spørgsmål om, hvorvidt der i relation til Dina Ishak foreligger konkrete omstændigheder, som ud fra omgængelsesbetragtninger kan begrunde anvendelse af Industriens Funktionæroverenskomst på hendes ansættelsesforhold.

Den af klager - hævdede - retsposition støttes ikke på overenskomstens ordlyd og udtrykkelige stillingtagen eller på oplysninger om, at det efter dens tilblivelseshistorie må antages at have været parternes mening. Den støttes heller ikke på praksis mellem parterne på Funktionæroverenskomstens område eller på andre områder.

Det, som klager anfører til støtte for standpunktet, er alene, at Industriens Funktionæroverenskomst er en "områdeoverenskomst" som i Bravida-afgørelsen, og at de generelle principper, som Bravida-afgørelsen er baseret på, derfor leder til den hævdede retsposition.

Der er da også i den tidligere - nu ophævede - vikarbureauovgivnings regulering af vikarbureauvikarers forhold og det oplyste om vikarbureauvikarers forhold støtte for den principielle opfattelse, at vikarbureauvikarer aflønnings- og arbejdsvilkårsmæssigt ikke bør være ringere stillet end de medarbejdere i brugervirksomhederne, som de træder i stedet for.

Det er imidlertid ved Højesterets dom af 5. september 1997 (UfR 1997 s. 1495) fastslået, at vikarbureauvikarers forhold er så særegne, at de ikke, selv om de udfører samme arbejde som brugervirksomhedens funktionærer, er omfattet af funktionærloven. Det må endvidere anses for en almen overenskomstforudsætning, at en kollektiv overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere. Mange overenskomster indeholder desuden vilkår, som ikke er udformet med henblik på vikarbureauvikarers særegne ansættelsesforhold, jf. herved faglig voldgiftskendelse af 31. juli 1991. Hertil kommer, at det uden nærmere regulering heraf må anses for tvivlsomt, hvilke pligter og sanktionsmuligheder der følger af, at en brugervirksomheds overenskomst, som ikke udelukker virksomhedens anvendelse af vikarbureauvikarer, anses for at omfatte vikarbureauvikarer. Hvorledes en brugervirksomheds overenskomst i givet fald skal anvendes på vikarbureauvikarer rejser således en række spørgsmål som egner sig til overenskomstmæssig regulering - område for område.

Hvad lige netop Industriens Funktionæroverenskomst angår, omfatter den efter § 1, stk. 1 og 2, "funktionærer", hvorved anvendelsesområdet efter indholdet af § 1, stk. 3, må anses for fastlagt i overensstemmelse med funktionærloven, som vikarbureauvikarer ikke er omfattet af, og det er i det til overenskomsten knyttede protokollat nr. 1 udtrykkeligt angivet i pkt. 5, afsnit B, litra h, at vikarbureauvikarer ikke indgår ved opgørelsen af, om forbundet "som medlemmer har mindst 50 % af de beskæftigede inden for det område, overenskomsten tilsigter at omfatte", jf. pkt. 1, litra b. Hertil kommer, at Industriens Funktionæroverenskomst er indgået mellem de samme parter - DI og CO-i - som har indgået Industriens Overenskomst, om hvis anvendelse på vikarbureauvikarer parterne har aftalt protokollatet om vikarbureauer, hvis formulering efter det, der er anført om dets baggrund, ikke med fornøden sikkerhed kan anses at give udtryk for en enighed om, hvad der også uden den særlige overenskomst i protokollatet ville gælde mellem disse parter.

På denne baggrund må det lægges til grund, at parterne i en længere årrække har haft den fælles forståelse, at anvendeligheden af Industriens Funktionæroverenskomst på vikarbureauvikarer ville kræve en særskilt aftale i lighed med protokollatet af 1995 vedrørende Industriens Overenskomst, og at parterne ud fra denne fælles forståelse har forhandlet om indgåelse af en sådan aftale. Denne fælles forståelse er således en del af parternes overenskomst, som heller ikke påvirkes af, hvad der i Bravida-afgørelsen er udledt af andre parters overenskomstforhold.

Der er herefter ikke grundlag for at tage klagers påstande til følge, hvorfor indklagede frifindes."

7. Opmandens bemærkninger og afgørelse

Overenskomsten mellem Dansk Metal og TEKNIQ/Dansk VVS (VVS-overenskomsten) er en områdeoverenskomst, som finder anvendelse over for alle ansatte medarbejdere hos virksomheder, der er omfattet af overenskomsten, for alt arbejde inden for dennes faglige gyldighedsområde. Spørgsmålet, om overenskomsten også finder anvendelse over for indlejede vikarer, er ikke reguleret i overenskomsten, og der er ingen aftaler eller fælles forståelse mellem overenskomstparterne herom. ...

Det lægges til grund, at det arbejde, som indlejede vikarer udfører hos Promecon er omfattet af overenskomstens faglige gyldighedsområde, og at arbejdet udføres under instruktion af Promecon-ansatte. Vikarerne deler i alt væsentligt i praksis arbejdsvilkår med Promecons egne ansatte i den periode, de af deres vikarbureauvirksomhed er udlejet til at udføre arbejde hos Promecon. Der er ikke grundlag for at antage, at det forholder sig anderledes for indlejede vikarer i andre virksomheder omfattet af VVS-overenskomsten. Dette taler med betydelig vægt for, at vikarerne, mens de udfører arbejde hos brugervirksomheden, bør være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår som brugervirksomhedens egne ansatte.

Heroverfor står imidlertid den omstændighed, at indlejede vikarer ikke er ansat i brugervirksomheden, men i vikarbureauvirksomheden, og at brugervirksomheden derfor ikke har ansættelsesretlige forpligtelser eller beføjelser over for vikarerne. VVS-overenskomstens bestemmelser herom vil - ligesom en række andre bestemmelser i overenskomsten - derfor ikke eller kun i beskedent omfang være relevante for vikarerne. Som udgangspunkt er det mest nærliggende, at en medarbejders løn- og arbejdsvilkår reguleres af ansættelsesaftalen mellem medarbejderen og den virksomhed, han eller hun er ansat i, herunder af den overenskomst, som måtte være gældende for ansættelsesforholdet.

Indlejede vikarers løn- og arbejdsvilkår i relation til brugervirksomheden egner sig - som anført i opmandskendelsen af 3. august 2005 - til overenskomstmæssig regulering, således som det da også er sket i f.eks. Industriens Overenskomst, Bygningsoverenskomsten og Bygge- og Anlægsoverenskomsten. Da sådan regulering ikke er sket for så vidt angår VVS-overenskomsten, må afgørelsen af den foreliggende tvist ske ved en afvejning af de nævnte modstående hensyn, bl.a. under inddragelse af den foreliggende praksis.

Ved denne afvejning er det opmandens opfattelse, at Bravida-afgørelsen, jf. protokollatet af 27. august 2003 angår forhold, der i alt væsentligt er fuldt sammenlignelige med forholdene i den foreliggende sag. Ganske vist er der tale om to selvstændige overenskomster for hver sit faglige område, og parterne i VVS-

overenskomsten er ikke bundet af en afgørelse vedrørende Elektrikeroverenskomsten, men der er ikke påvist sådanne forskelle mellem de to overenskomstområder, at Bravida-afgørelsen ikke bør tillægges betydning for forståelsen af VVS-overenskomsten for så vidt angår indlejede vikarer. Med hensyn til TDC-afgørelsen, jf. opmandskendelse af 3. august 2005, bemærkes, at de indlejede vikarer i den sag ikke var funktionærer og dermed ikke omfattet af anvendelsesområdet for Industriens Funktionæroverenskomst, samt at det i sagen blev lagt til grund, at denne overenskomsts parter havde en fælles forståelse, hvorefter anvendelsen af Industriens Funktionæroverenskomst på vikarbureauvikarer ville kræve en særskilt aftale herom. Den konkrete afgørelse i TDC-sagen findes derfor ikke at være retningsgivende for den foreliggende sag.

Opmanden finder, at de hensyn, der som anført ovenfor med betydelig vægt taler for, at indlejede vikarer bør være omfattet af de samme overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår som brugervirksomhedens egne ansatte, er mere tungtvejende end de nævnte hensyn til vikarernes ansættelsesmæssige relation, om hvilke der i øvrigt kun foreligger sparsomme oplysninger, til vikarbureauvirksomheden. Det må gælde, uanset at der i den konkrete sag ikke er påvist nogen omgælsesrisiko, og uanset at vikarernes ansættelse hos de to vikarbureauvirksomheder var omfattet af Industriens Overenskomst.

Opmanden finder således, at de indlejede vikarer har krav på at blive omfattet af brugervirksomhedens overenskomst (VVS-overenskomsten) for så vidt angår løn- og arbejdsforhold. Det er en konsekvens heraf, at de for brugervirksomheden indgåede lokalaftaler ligeledes finder anvendelse for indlejede vikarer. Klagers første påstand tages på dette grundlag til følge som anført nedenfor.

...

TEKNIQ/Dansk VVS skal anerkende, at overenskomsten mellem Dansk Metal og TEKNIQ/Dansk VVS samt indgåede lokalaftaler skal efterleves af medlemsvirksomhederne for arbejde udført hos disse af indlejede vikarer inden for overenskomstens faglige anvendelsesområde."

Kantineoverenskomsten er en ganske snæver specialoverenskomst, som kun dækker kantinearbejde, og vikarbureauerne, som stort set alle er medlemmer af Dansk Erhverv, er ikke overenskomstdækket på kantineområdet. På den baggrund bør vikarer på kantineområdet anses for omfattet af kantineoverenskomsten. Den foreliggende sag er helt sammenlignelig med Promecon-sagen - der er ikke påvist forskelle, som kan begrunde afvigelse.

Vikaroverenskomsten mellem HTS og 3F omfatter ikke kantineområdet, dels er den forhandlet af helt andre parter end SBA og Restaurationsgruppen, dels er det klart dokumenteret ved bevisførelsen, at den aldrig har omfattet kantineområdet.

Uanset hvad Vikaroverenskomsten i øvrigt omfatter, kan den - som en overenskomst mellem andre parter - ikke påvirke anvendelsesområdet for Kantineoverenskomsten.

Hertil kommer, at Vikaroverenskomsten hverken gælder for den indklagede brugervirksomhed eller de vikarbureauer, Forenede Kantine Service har anvendt. Vikaroverenskomsten gælder nemlig kun for vikarbureauer, der er medlem af HTS - og brugervirksomheden er ikke et vikarbureau, og de to vikarbureauer er ikke medlem af HTS. Hertil kommer, at det både i Bravida- og Promecon-afgørelserne var uden betydning for forståelsen af brugervirksomhedens overenskomst som områdeoverenskomster gældende for vikarer, at vikarbureauet var overenskomstdækket.

Det er uden betydning, om brugervirksomheden anvender vikarer fra vikarbureauer, der er medlem af DI02. Også i den situation gælder kantineoverenskomsten eftersom Vikaroverenskomsten ikke dækker kantineområdet.

Klager er ikke enig i, at det i denne sag kan lægges til grund, at der ikke har foreligget omgåelseshensigt i forbindelse med indleje af vikarer. Klagers skrivelse af 18. december 2008 er udtryk for, at forholdene for den af denne sag omfattede virksomhed ikke adskiller sig specielt fra øvrige virksomheder i branchen, idet samtlige virksomheder efter klagers opfattelse forsøger at komme uden om anvendelsen af overenskomstens reservebestemmelser, jf. overenskomstens § 14. Det er således efter klagers opfattelse undergravende for kantineoverenskomsten, når der anvendes vikarer på området, uden at reservebestemmelserne eller sociale bestemmelser som betaling ved barns 1. sygedag i overenskomsten finder anvendelse.

Der er efter klagers opfattelse på kantineoverenskomstens område netop taget højde for, hvorledes der skal aflønnes i tilfælde af, at der er brug for reserver eller vikarer i virksomhederne ved kortvarig beskæftigelse. Overenskomstens § 14 er netop tiltænkt situationer, hvor der er brug for den ekstra arbejdskraft, som også indleje af vikarer er udtryk for.

Aftaler indgået mellem VikarBørsen ApS og Forenede Kantine Service A/S er uden betydning for sagen. Det er åbenbart, at aftaler mellem de to virksomheder ikke kan blive forpligtende for klager. Der er således intet grundlag for, at indklagede skal frifindes for eventuelle krav om efterbetaling for så vidt angår perioden efter

22. januar 2009. Samtidig er det naturligvis klart, at såfremt kantineoverenskomsten fuldt ud er efterlevet i forhold til betaling med videre, vil der ikke bestå et efterbetalingskrav for perioden efter den 22. januar 2009.

De påstande, klager har nedlagt, er ikke for vidtgående - de svarer helt til, hvad praksis har anerkendt.

10. Indklagedes argumentation

Det er indklagedes hovedsynspunkt, at forholdene i nærværende sag ikke kan sammenlignes med forholdene i sagerne Bravida og Promecon, og at nærværende sag - både hvad angår klagers første og anden påstand - derfor bør få et andet udfald end de to voldgiftssager. Den afgørende forskel mellem de to tidligere faglige voldgiftssager (Bravida og Promecon) og nærværende sag er, at DI02 og 3F - ud over en række andre overenskomster - har indgået Vikaroverenskomsten. Efter sammenlægningen af HTS og Dansk Industri er overenskomstens dækningsområde i henhold til § 1 vikarbureauer, der er medlem af DI02/DI. Med Vikaroverenskomsten er det i forholdet mellem DI02 og 3F aftalt, hvad der gælder, når vikarbureauet er medlem af DI02. At vikarbureauet ikke er medlem af DI02, kan imidlertid ikke medføre, at så gælder Kantineoverenskomsten på vikarer. Vikaroverenskomsten henviser til Kantineoverenskomsten - sagen har ikke noget med reserver at gøre. Vikaroverenskomsten gælder, jf. § 1, stk. 2, "inden for 3F's faglige arbejdsområder", og serviceområdet er udtrykkeligt nævnt i § 4. Hvis der skulle gælde noget andet på det gamle RBF-område, måtte der have været taget forbehold, da RBF valgte at gå ind i 3F.

Parterne har i Vikaroverenskomsten fastslået, at det inden for 3F's faglige arbejdsområder ikke er brugervirksomhedens overenskomst, der skal finde anvendelse på vikarbureauvikarer. Vikaroverenskomsten fastlægger, hvilke løn- og arbejdsvilkår der skal gælde for vikarbureauvikarer, herunder hvilke af brugervirksomhedens overenskomstbestemmelser der er relevante for vikarbureauvikarer. Det er indklagedes hovedsynspunkt, at dette grundprincip må gælde generelt for DI02/3F overenskomsterne - at vikarbureauvikarer ikke skal være omfattet af brugervirksomhedens forskellige overenskomster, idet deres retsforhold afgøres i relationen mellem vikarbureau og vikarbureauvikar. Man kan ikke dele princippet om, at overenskomsterne ikke skal anvendes på vikarbureauvikarer.

Selv om brugervirksomheden - som i nærværende sag - har en overenskomst, der dækker vikarbureauvikarernes faglige arbejde, er det i Vikaroverenskomsten aftalt, at det f.eks. ikke er Kantineoverenskomsten, der skal dække arbejdet udført af vikarer, men derimod Vikaroverenskomsten.

Det er op til 3F at sikre sine medlemmer ved indgåelse af overenskomst, herunder tiltrædelsesoverenskomster for de vikarbureauer, der ikke måtte være medlem af DI02.

Denne opfattelse støttes af Direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikarbejde. Direktivets udgangspunkt er, at vikarbureauvikarer har lønmodtagerrelation til vikarbureauet. Det er derfor aftaler/overenskomster mellem disse parter, der er afgørende for at sikre direktivets principper om ligebehandling af vikarbureauvikarer sammenlignet med de væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder for de ansatte i brugervirksomhederne.

Der har - som det fremgår af 3F's mæglingssødebegæring af 18. december 2008 - ikke foreligget nogen omgåelsehensigt i forbindelse med den indklagede virksomheds indleje af vikarer.

Indklagede har i øvrigt anført, at klagers påstand 1 er alt for vidtgående, og at indklagede derfor bør frifindes. Først og fremmest strider klagers påstand 1 mod Vikaroverenskomstens indhold, der direkte omfatter alle vikarbureauer, der er medlem af DI02. Hertil kommer, at påstanden er generelt formuleret: Uden nogen form for undtagelser skal indklagede anerkende, at i enhver situation, hvor DI02 brugervirksomheder indlejer vikarbureauvikarer til udførelse af arbejde omfattet af Kantineoverenskomsten, er DI02 brugervirksomhederne ansvarlige for, at Kantineoverenskomsten efterleves. Dette er en for vidtgående påstand.

Af Vikaroverenskomstens § 19, 2. Led, fremgår, at nye vikarbureauer, som har indgået overenskomst med en afdeling af 3F ved den overenskomsts udløbstidspunkt kan vælge at blive omfattet af Vikaroverenskomsten. Såfremt en DI02 brugervirksomhed indlejer vikarbureauvikarer fra et sådant vikarbureau, der har indgået overenskomst med 3F's lokale afdeling - en overenskomst, der må antages at være identisk med Vikaroverenskomsten - er brugervirksomheden ikke ansvarlig for at Kantineoverenskomsten efterleves.

Hertil kommer, at 3F har forsøgt at indgå overenskomst med de i sagen omhandlede to vikarbureauer: VikarBørsen og Assistance. Det må uden videre kunne antages, at såfremt 3F havde indgået overenskomst med de to vikarbureauer, kunne der opstå det spørgsmål om vikarbureauvikarerne skulle være dækket af vikarbureauets overenskomst med 3F i stedet for Kantineoverenskomsten. Dette skulle selvsagt afgøres bl.a. på baggrund af den konkrete overenskomst 3F havde indgået med vikarbureauet eller en arbejdsgiverorganisation. 3F kan ikke på forhånd binde DI02's medlemmer op til at være ansvarlige for Kantineoverenskomstens overholdelse i situationer, hvor forbundet med andre parter har indgået overenskomst, der dækker vikarbureauvikarernes arbejde i DI02 virksomheder.

Den mellem 3F og DI02 indgæede Vikaroverenskomst skal altså tages som udtryk for, at parterne generelt på 3F's arbejdsområde med de dertil knyttede overenskomster mellem 3F og DI02 har fastslået som et princip, at det ikke er brugervirksomhedens overenskomst, der finder anvendelse på indlejede vikarbureauvikarer, og

at brugervirksomheden ikke hæfter for vikarbureauets manglende betaling af løn m.v. Dette princip er ikke blot gældende for vikarbureauer, der er medlem af DI02, men også i situationer, hvor en DI02 brugervirksomhed benytter vikarbureauer, der ikke er medlem af DI02. Det gælder også i den foreliggende sag, hvor 3F har opgivet at indgå overenskomst med vikarbureauernes arbejdsgiverorganisation, og princippet er gældende, uanset om 3F har indgået overenskomst med vikarbureauet.

Subsidiært gør indklagede gældende, at indklagede skal frifindes for så vidt angår situationer, hvor DI02 brugervirksomheder benytter vikarbureauer, der som medlem af DI02 er omfattet af Vikaroverenskomsten, og at indklagede skal frifindes for så vidt angår situationer, hvor DI02 brugervirksomheder benytter vikarbureauer, der har indgået overenskomst med 3F, der som Vikaroverenskomsten fastslår, at det ikke er brugervirksomhedens overenskomst, der dækker arbejdet, og det ikke er brugervirksomheden, der er ansvarlig for løn m.v.

Mere subsidiært har indklagede vedrørende klagers påstand 2 gjort gældende, at Forenede Kantine Service A/S skal frifindes for eventuelle krav om efterbetaling for så vidt angår perioden efter 22. januar 2009, idet Forenede Kantine Service A/S ved brev af 22. januar 2009 til VikarBørsen ApS har betinget sig, at vikarer aflønnes efter Kantineoverenskomsten. Der er ikke efter en sådan tilkendegivelse baggrund for at gøre brugervirksomheden ansvarlig for vikarbureauets manglende lønudbetaling.

11. Opmandens bedømmelse

Spørgsmålet under sagen er, om den mellem SBA og 3F Privat Service, Hotel og Restauration indgåede Kantineoverenskomst skal efterleves af de af SBA's medlemsvirksomheder, der driver kantinevirksomhed, ikke blot i forhold til egen ansatte gastronomer og medhjælpere, men også i forhold til indlejede vikarbureauvikarer, der udfører arbejde ganske som virksomhedens egne ansatte gastronomer og medhjælpere inden for overenskomstens faglige anvendelsesområde.

I overensstemmelse med den af Bent Moos afgivne forklaring lægges det til grund, at overenskomstparterne gennem flere år har levet med at være uenige om, hvorvidt Kantineoverenskomsten dækker vikarbureauvikarer, uden at søge spørgsmålet afklaret i forbindelse med forhandling om overenskomstfornyelse - noget, som ellers er sket på adskillige andre overenskomstområder.

Det lægges på denne baggrund og henset til det, der er oplyst om Forenede Kantine Service og denne virksomheds anvendelse af vikarbureauvikarer i mæglingsmødebegæringen af 18. december 2008 og korrespondancen mellem Forenede Kantine Service og VikarBørsen fra januar 2009, til grund, at sagen ikke

udspringer af omgåelse, misforhold eller misbrug i strid med parternes fælles interesse i overenskomstens opretholdelse.

Kantineoverenskomsten er som andre kollektive overenskomster på arbejdsmarkedet en aftale mellem to parter. Klager støtter imidlertid ikke sit standpunkt på Kantineoverenskomstens udtrykkelige stillingtagen, det om dens tilblivelse og baggrund konkret oplyste, hvad der har været denne overenskomsts parter fælles forudsætning eller faste praksis eller andre omstændigheder vedrørende dette overenskomstforhold egnet til afdækning af parternes mening med Kantineoverenskomsten i relation til det rejste spørgsmål. Klager støtter i stedet sit standpunkt på, at der på elektriker-området og VVS-området ved faglige voldgiftsafgørelser i henholdsvis 2003 og 2007 er fastslået, at indlejede vikarer er omfattet af brugervirksomhedens overenskomst, og at det samme bør gælde på kantine-området, hvor brugervirksomhederne på samme måde som brugervirksomhederne på elektriker-området og VVS-området er underlagt en overenskomst, hvis dækningsområde alene er fagligt afgrænset. Det er med andre ord klagers opfattelse, at der med de to afgørelser er grundlag for at anse retstilstanden for generelt afklaret, således at en fagligt afgrænset overenskomst - når ikke andet er aftalt - omfatter vikarer.

Over for en sådan generel antagelse står, hvad der traditionelt har været anset for "en almen overenskomstforudsætning, at en kollektiv overenskomst angår forholdet mellem en virksomhed og dennes lønmodtagere", som det siges i TDC-afgørelsen af 3. august 2005. Hos Jens Kristiansen: Den kollektive arbejdsret (2. udg. 2008) s. 264 hedder det om problemstillingen:

"... der må foretages en konkret vurdering i forhold til den enkelte overenskomst. At udvide overenskomsten til at omfatte [vikarbureau]vikarer - der formelt ikke har ansættelsesretlige relationer til brugervirksomheden - må forudsætte støtte i den konkrete overenskomsts ordlyd, forudsætninger eller praktisering. Hensynet til at modvirke omgåelse af overenskomstmæssige forpligtelser kan i hvert fald ikke i sig selv bære så langt, at der kan opstilles en generel regel om, at brugervirksomheden skal sidestille vikarer med egne ansatte."

På det foreliggende overenskomstområde er der ikke grundlag for at antage, at der mellem parterne har været en fælles forståelse, hvorefter overenskomstens anvendelse på vikarer og brugervirksomhedens medansvar herfor kræver særskilt aftale.

Der kan endvidere ikke gives indklagede medhold i, at den mellem HTS og 3F indgåede Vikaroverenskomst, hvorefter det er denne, som regulerer vikarbureauvikarers ansættelsesforhold, og hvori det særskilt er aftalt, at vikarerne med hensyn til løn og arbejdstid skal stilles som efter brugervirksomhedens overenskomst, har betydning for sagen. Det må nemlig efter bevisførelsen lægges til grund, at Vikaroverenskomsten ikke

omfatter kantinearbejde. Det gjorde den ikke, før RBF blev en del af 3F, og det forhold, at RBF er blevet en del af 3F, kan ikke udvide dens faglige dækningsområde. Efter det, der er oplyst om overenskomstforhandlingerne i 2007, må det endvidere lægges til grund, at der ikke herved skete en udvidelse af dækningsområdet, så kantinearbejde blev omfattet. Der kan på denne baggrund heller ikke drages slutninger af betydning for sagens afgørelse ud fra en antagelse om, hvilket princip Vikaroverenskomsten er baseret på.

Hertil kommer, at det for så vidt angår vikarbureauvikararbejde på kantineområdet må lægges til grund, at vikarbureauerne, der opererer på området, ikke har vikarbureauvikararbejde på kantineområdet overenskomstdækket.

Dette kan imidlertid ikke føre til, at brugervirksomheder omfattet af Kantineoverenskomsten i alle henseender over for anvendte vikarbureauer skal sikre, at vikarbureauet efterlever Kantineoverenskomsten, og at brugervirksomheden efter opgørelse og påkrav hæfter for det tab, vikarerne ud fra en helhedsbedømmelse måtte lide ved, at Kantineoverenskomsten ikke er efterlevet - der er forskel på overenskomstens vilkår om sædvanligt ansattes løn, tillæg og arbejdstid på den ene side og opsigelse og pension på den anden side, og der kan være saglige grunde til ikke at anvende ethvert vilkår i Kantineoverenskomsten på vikarbureauvikarer.

Der kan af den grund kun være pligt for en brugervirksomhed til at sikre Kantineoverenskomsten efterlevet i forhold til vikarbureauvikarer ved at hæfte for tab, en vikar ud fra en helhedsbedømmelse måtte lide ved, at vikarbureauet ikke efterlever Kantineoverenskomsten, i det omfang, der ikke foreligger en saglig grund til på et givent punkt at lade vikarbureauvikarens ansættelsesforhold til vikarbureauet være afgørende for vikarbureauvikarens stilling. Hvad dette nærmere indebærer i forhold til klagers påstand 1 er ikke belyst under sagen, og der er ikke, som sagen er ført, grundlag for at forholde sig nærmere hertil ved med den fornødne bestemthed - som det mindre i det mere - at tage klagers påstand 1 til følge med en nærmere angiven indskrænkning.

Hertil kommer, at der ikke under sagen er fremkommet sådanne oplysninger om vikarbureau-vikarernes forhold til deres vikarbureau sammenholdt med Kantineoverenskomsten, at der er noget grundlag for en bedømmelse af, om de uden saglig grund er stillet dårligere end efter Kantineoverenskomsten, ligesom der ikke er foretaget nogen opgørelse af tab eller fremsat noget påkrav. Det henstår derfor helt uafklaret, om der - som påstået af klager - er noget tab, som vikarer har lidt, og som kan gøres gældende mod Forenede Kantine Service.

De indklagede må herefter - som påstand 1 er formuleret og sagen er ført - i det hele frifindes.

Thi bestemmes:

De indklagede frifindes.

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

Børge Dahl