

KENDELSE

i

Faglig voldgiftssag FV 2018.0141

**Faglig Fælles Forbund (3F)
(Dennis Schnell-Lauritzen)**

mod

**Regionernes Lønnings- og Takstnævn
for
Region Sjælland
(advokat Morten Ulrich)**

1. Tvisten

Sagen angår fortolkningen af parternes Overenskomst om Løn- og Arbejdsforhold for erhvervsuddannede serviceassistenter, ufaglærte serviceassistenter og serviceassistentelever. Med virkning fra den 1. april 2016 var overenskomsten, der indtil da alene havde omfattet faglærte og elever, i et vist omfang udvidet til også at omfatte ufaglærte. Parterne er uenige om omfanget af denne udvidelse.

2. Påstande

Klager, 3F, har nedlagt følgende påstand:

Indklagede, Regionernes Lønnings- og Takstnævn, skal anerkende, at ansættelse som ufaglært serviceassistent alene kan ske i de tilfælde, hvor medarbejderen inden udgangen af det andet ansættelsesår er fyldt 25 år, og på dette tidspunkt kan påbegynde en voksenelev-uddannelse som faglært serviceassistent.

Indklagede har påstået frifindelse.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 19. marts 2019 kl. 10.00 med højesteretsdommer Marianne Højgaard Pedersen som formand og opmand og som sidedommere Lone Hoffmann (3F Den Offentlige Gruppe) og Jakob Bang (FOA), begge udpeget af klager, og chefrådgiver Ulla Fehrenkamp og konsulent Christian Hallenberg, begge udpeget af indklagede.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af A (3F Den Offentlige Gruppe) og B, tidligere centerchef i Danske Regioner.

Da der ikke kunne opnås flertal for en afgørelse af sagen under voteringen, er afgørelsen truffet af opmanden.

Parterne er enige om, at sagen kan afsluttes ved kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og fuldstændig gengivelse af forklaringerne.

4. Overenskomst

Den omtvistede overenskomst indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”Overenskomst om løn- og arbejdsforhold for erhvervsuddannede serviceassistenter, ufaglærte serviceassistenter og serviceassistentelever

Nr. 32.37.1 af 22. februar 2019

Fagligt Fælles Forbund - 3F

FOA - Fag og Arbejde

Regionernes Lønnings- og Takstnævn

****NYT**** = Nyt i forhold til tidligere gældende overenskomst

****NYT**** med virkning fra dato = Hvis en bestemmelse træder i kraft efter overenskomstens ikrafttrædelse

****NYT**** pr. dato = Nyt efter overenskomstens ikrafttræden

KAPITEL 1. OVERENSKOMSTENS OMRÅDE OG FORHANDLINGS- OG AFTALERET

§ 1. OMRÅDE

****NYT****

Stk. 1.

Overenskomsten omfatter personer, der ansættes som

- erhvervsuddannede serviceassistenter
- ufaglærte serviceassistenter
- serviceassistentelever

BEMÆRKNINGER:

Eleverne forudsættes ansat efter bestemmelserne i lov om erhvervsuddannelser, jf. lovbekendtgørelse nr. 789 af 16. juni 2015.

For at modvirke nedslidning i arbejdet og sikre fastholdelsen af medarbejdere bør der sættes fokus på ensidigt gentaget arbejde. Der henvises til det fælles partssamarbejde i Branchefællesskabet for Arbejdsmiljø (BFA), hvor der arbejdes med handlingsplaner om ensidigt gentaget arbejde, der reduceres ved arbejdsorganisatoriske ændringer som f.eks. jobudvikling, jobberigelse, jobudvidelse og uddannelse mm. Information og materiale kan findes på www.arbejdsmiljoweb.dk.

...

Stk. 2.

Overenskomsten gælder for erhvervsuddannede serviceassistenter, ufaglærte serviceassistenter og serviceassistentelever i regional tjeneste.

Stk. 3.

Overenskomsten gælder endvidere for personale ved selvejende institutioner, med hvilke regioner indgår driftsaftaler med henblik på opfyldelsen af dem i lovgivningen pålagte forpligtelser.

Hvis der på institutionen er aftalt andet overenskomstgrundlag, fortsætter dette dog i stedet for, medmindre der indgås anden aftale mellem nærværende overenskomsts parter.

Stk. 4.

Aftale om uddannelse for ufaglærte serviceassistenter indgås mellem den enkelte region og FOA - Fag og Arbejde og Fagligt Fælles Forbund - 3F, jf. protokollat 1.

BEMÆRKNINGER:

Parterne er enige om, at indførelsen af en indplaceringsmulighed som ufaglært serviceassistent i overenskomsten for erhvervsuddannede serviceassistenter ikke ændrer ved regionens mulighed for at indgå uddannelsesaftale med elever som hidtil.

Kravet om en uddannelsesaftale kan i særlige tilfælde fraviges. Fravigelsen sker efter drøftelse mellem leder, medarbejder og TR og som udgangspunkt for en tidsbegrænset periode.

Fravigelsen kan undtagelsesvist aftales uden en tidsbegrænsning i de tilfælde, hvor den ansatte ikke ser sig i stand til at starte på en uddannelse. Fravigelsen og vilkårene herfor, herunder lønvilkårene herfor, fastsættes efter drøftelse mellem regionen og den lokale afdeling af 3F hhv. FOA.

...

§ 11. PENSION

Stk. 1.

Der indbetales pensionsbidrag til PensionDanmark eller PenSam Gruppen for erhvervsuddannede serviceassistenter og ufaglærte serviceassistenter, som er fyldt 21 år..

Dokumentationspligten for forudgående regional og/eller (amts)kommunal ansættelse påhviler den ansatte.

Regionen kan beslutte, at anden offentlig beskæftigelse indgår i beregningen af karensperioden.

...

§ 26. PENSION

Stk. 1.

Der indbetales pensionsbidrag til pensionsordning i PensionDanmark eller PenSam Gruppen for erhvervsuddannede serviceassistenter og ufaglærte serviceassistenter, som

1) er fyldt 21 år, og

2) har været beskæftiget i mindst 8 timer i gennemsnit pr. uge i 52 uger inden for de seneste 8 år regnet fra den 1. juni 2002.

Når pensionsretten er opnået, indbetales pensionsbidrag uanset timetal.

Dokumentationspligten for forudgående regional og/eller (amts)kommunal ansættelse påhviler den ansatte.

...

Protokollat nr. 1 - UDDANNELSESAFТАLE FOR UFAGLÆRTE

For ufaglærte serviceassistenter skal der mellem den enkelte region og Fagligt Fælles Forbund - 3F hhv. FOA - Fag og Arbejde indgås en uddannelsesaftale.

Uddannelsen skal påbegyndes inden udgangen af det 2. års ansættelse, forudsat at medarbejderen på begyndelsestidspunktet for uddannelsens start er fyldt 25 år, og opfylder betingelserne for at gennemføre en faglært uddannelse som vokselev (EUV2). Uddannelsens påbegyndelse kan undtagelsesvist kortvarigt udsættes pga. uddannelseskapacitet eller tidspunktet for skolens opstart.

2EUV forudsætter, at eleven er fyldt 25 år

I god tid og eventuelt i forbindelse med medarbejderudviklingssamtalen drøfter lederen planerne for medarbejderens uddannelse med den ansatte. Under samtalen skal det afdækkes, om den ansatte har særlige faglige behov i forbindelse med uddannelsen som der skal tages hånd om forud for eller i forbindelse med uddannelsen, f.eks. opkvalificeringsforløb, ordblindhed, sprogvanskeligheder og lign.

Med henblik på at få lagt en plan for uddannelsesforløbets afvikling skal regionen fremsætte et tilbud om uddannelse til serviceassistent til månedslønnede ordinært ansatte medarbejdere til påbegyndelse inden udgangen af det 2. års sammenhængende ansættelse i regionen efter denne overenskomst. Med sammenhængende ansættelse forstås, at der ikke har været mere end 2 måneder mellem ansættelserne i samme region.

Den ansatte har en forpligtelse til at lade sig realkompetencevurdere med henblik på gennemførelse af et vokselevforløb.

I samråd med den ansatte udfærdiger regionen efter ovennævnte rammer en plan for uddannelsesforløbets afvikling. Planen skal indeholde oplysninger om uddannelsens begyndelsestidspunkt, skolevalg samt øvrige relevante vilkår.

Medarbejderen modtager løn under uddannelse i henhold til overenskomstens kapitel 4 om elever.

Ansættelsesmyndigheden kan konkret vurdere, at en kommende ansat har særlig relevant uddannelse og erfaring og derfor kan anses for kvalificeret til ansættelse som faglært.”

5. Parternes argumenter

Klager har navnlig gjort gældende, at de bestemmelser om mulighed for ansættelse som ufaglært serviceassistent, der i 2016 blev indsat i parternes overenskomst for faglærte serviceassistenter og elever, skal ses i sammenhæng med overenskomstens øvrige bestemmelser, jf. herved kapitel 8 i Den Kollektive Arbejdsret, 2014, af Jens Kristiansen. Der blev åbnet for en meget begrænset adgang til at ansætte ufaglærte efter overenskomsten for faglærte med henblik på at gøre denne begrænsede gruppe uddannelsesparate. Det har formodningen imod sig, at FOA og 3F skulle have accepteret, at netop unge under 23 år skulle kunne arbejde i årevis som ufaglærte på den faglærte overenskomst, særligt når fokus netop var på opkvalificering, og at begrænsningen på 2 år for ufag-

lært arbejde alene skulle gælde for personer på 23 år og derover. Det er overenskomstens § 1, stk. 4, og protokollatet hertil, der er afgørende for forståelsen. Tilføjelsen i § 1, stk. 1, og den almindelige aldersgrænse for optjening af pension i § 11 og § 26 er blot konsekvensændringer som følge af den udvidelse, der fremgår af § 1, stk. 4, og protokollat 1. Såvel ordlyden af § 1, stk. 4, og protokollatet hertil samt formålet med udvidelsen fører til en forståelse, hvorefter det er en forudsætning for ansættelse som ufaglært serviceassistent, at medarbejderen er fyldt 23 år ved uddannelsens start. Uddannelse skal således påbegyndes inden for en kortere periode (højst 2 år).

Parterne har aftalt, at den uddannelse, som de ufaglærte serviceassistenter skal påbegynde, er en voksenelev-uddannelse, som først kan påbegyndes, når medarbejderen er 25 år. Aldersgrænser kan være berettigede, jf. ligebehandlingsdirektivets artikel 6, stk. 1. Forbuddet mod forskelsbehandling kan fraviges ved foranstaltninger begrundet i legitime socialpolitiske formål, såsom erhvervsuddannelsespolitiske mål. Disse legitime formål er af almen interesse, jf. herved EU-Domstolens dom i Age Concern England (sag C-388/07). Dette formål er dækkende for aldersgrænsen på de 23 år i denne overenskomst. Medarbejdere under 23 år bliver ikke udsat for aldersdiskrimination eller urimelige begrænsninger, da de kan ansættes som rengøringsassistenter mv., hvis de ønsker ufaglært arbejde, eller de kan starte som elever.

På formandens forespørgsel oplyste klagers repræsentant, at der ikke med påstanden er taget stilling til, om der i overenskomsten er hjemmel til at meddele dispensation fra kravet i påstanden.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at klagers forståelse af overenskomsten indebærer, at det er muligt at ansætte personer på 23 år og derover som ufaglærte efter overenskomsten, mens yngre personer ikke har denne mulighed. En sådan forståelse indebærer en direkte forskelsbehandling af personer på grund af alder, hvilket er i strid med lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. § 1, jf. § 2 og § 5a, stk. 1. Det fremgår af Jens Kristiansen, Den kollektive Arbejdsret, s 273 f, at det er klart, at en kollektiv aftale ikke kan pålægge en part at handle i strid med præceptive regler. I Arbejdsrettens dom af 9. august 2000 blev en lokalaftale kendt ugyldig som stridende mod kommunens forvaltningsretlige pligt til at sikre den bedst kvalificerede arbejdskraft. Det bestrides, at muligheden for ansættelse i andre stillinger bevirker, at et aldersdiskriminerende forbud bliver lovligt. Området for mulige arbejdsopgaver som rengøringsassistent eller husassistent er forskelligt fra, hvad der gælder for serviceassistenter, og muligheden for ansættelse efter andre overenskomster kan derfor ikke udjævne den ulovlige aldersdiskrimination, som klagers fortolkning fører til.

Der er enighed om baggrunden for tilføjelsen til overenskomsten, nemlig at Skejby Sygehus, som indgik i det nye Aarhus Universitetshospital, ikke havde samme mulighed som de to hospitaler, som også indgik i det nye hospital, for at ansætte servicemedarbejdere efter overenskomst 32.21.1 vedrørende løn- og ansættelsesvilkår for servicemedarbejdere/-assistenter ved sygehuse. Da fagforbundene ikke var interesseret i at udvide anvendelsesområdet for denne overenskomst, men anerkendte regionernes behov for fleksibilitet, blev de omtvistede bestemmelser indført i overenskomsten for faglærte servicemedarbejdere. Herved opnåede forbundene at få deres ønske om kompetenceudvikling opfyldt. Det blev sikret, at ingen servicemedarbejder kunne blive gammel som ufaglært. Også en ordlydsfortolkning støtter denne udlægning. Således er ufaglærte omfattet af § 1, stk. 1, uden nogen begrænsning. Ifølge protokollatet skal uddannelse påbegyndes inden udgangen af det 2. års ansættelse, ”forudsat” at medarbejderen er fyldt 25 år på begyndelsestidspunktet for starten af uddannelsen. Der blev således lagt et ”loft”, der medfører, at alle skal påbegynde en uddannelse, når de bliver 25 år, forudsat at de har været ansat i 2 år. Dette må anses at være et godt resultat for fag-

forbundene. Det blev imidlertid samtidigt sikret, at sygehusene blev sat i stand til at ansætte ufaglærte serviceassistenter, fordi der er mangel på faglært arbejdskraft. Ordlyden og formålet med bestemmelsen i § 1, stk. 4, kan ikke lede til den forståelse, at det er en forudsætning for ansættelse som ufaglært, at den pågældende er fyldt 23 år. Personer under 23 år skal blot påbegynde den uddannelsesmæssige opkvalificering, når de opfylder betingelsen for at kunne påbegynde den faglærte uddannelse som voksenelev.

6. Opmandens begrundelse og resultat

Parterne er enige om, at Overenskomsten med virkning fra 1. april 2016 blev udvidet, således at ufaglærte kan ansættes efter overenskomsten i 2 år, inden medarbejderen kan påbegynde en uddannelse som voksenelev, som er forbeholdt medarbejdere, der er fyldt 25 år. Det er klagers opfattelse, at der ikke herudover er hjemmel i overenskomsten til ansættelse af ufaglærte, mens det er indklagedes opfattelse, at personer, der er yngre end 23 år, kan ansættes som ufaglærte i en periode på mere end to år, men er enig i, at de som 25-årige skal påbegynde voksenelev-uddannelsen, hvis de da har været ansat i 2 år.

Indtil 1. april 2016 var ansættelse efter Overenskomsten forbeholdt faglærte serviceassistenter og elever, der gennemførte en erhvervsfaglig grunduddannelse til serviceassistent. Ufaglærte kunne således ikke ansættes efter den såkaldte ”faglærte” overenskomst.

Den 15. december 2014 fremsatte indklagede over for klager og FOA krav til fornyelse og ændring af overenskomster. Heri var anført, at områdebestemmelsen i § 1, stk. 1, i bilag 1 til overenskomsten vedr. løn- og ansættelsesvilkår for servicemedarbejdere/-assistenter ved sygehuse udgik. Baggrunden for dette krav var efter de afgivne forklaringer, at sammenlægningen af Skejby Sygehus, Århus Amtssygehus og Århus Kommunehospital til det nye Aarhus Universitetshospital gjorde det uhensigtsmæssigt, at kun de to sidstnævnte hospitaler havde mulighed for at ansætte servicepersonale efter denne overenskomst. Fagforbundene afviste imidlertid at udvide anvendelsesområdet for denne særlige overenskomst for sygehuse, da de mente, at de erhvervsuddannede serviceassistenter var en bedre arbejdskraft, da de havde et bredere anvendelsesområde og dermed ikke risikerede hurtig nedslidning.

A har forklaret, at klager anerkendte, at der var vanskeligheder for indklagede med at skaffe kvalificeret arbejdskraft, og at nogle af de allerede ansatte ved Århus Kommunehospital og Århus Amtshospital havde udfordringer, primært af sproglig karakter, i forhold til straks at starte på en voksenelevuddannelse. De accepterede derfor en åbning af den faglærte overenskomst på 2 år, således at der blev skabt luft for de personer, der havde udfordringer i forhold til straks at starte på en voksenelevuddannelse, og som derfor fik mulighed for op til to års ansættelse efter overenskomsten. Det var vigtigt for klager, at åbningen blev snæver, da overenskomsten var forbeholdt de faglærte.

B har forklaret, at det var et ønske fra regionerne at kunne ansætte medarbejderne med det bredere anvendelsesområde som serviceassistent og undgå ansættelse efter de specifikke overenskomster for rengøringsassistenter, husassistenter og portører. På Århus Amtssygehus og Århus Kommunehospital var der ansat en række serviceassistenter med AMU-uddannelser. Mange af dem ville have svært ved at gennemføre den erhvervsfaglige grunduddannelse, navnlig på grund af sprogproblemer. Ved en flytning til Skejby Sygehus ville de ikke kunne blive på overenskomsten for servicemedarbejdere ved sygehuse, men ville skulle over på en af de mere snævre overenskomster som enten rengøringsassistent eller husassistent. Det var særdeles uhensigtsmæssigt og i strid med det politiske ønske om at undgå skarpe adskillelser mellem personalets ansættelsesområder. De pågæl-

dende risikerede at blive skubbet ud. Problemet var også kendt andre steder i landet i forbindelse med sygehussammenlægninger. Det var hendes opfattelse, at de ved udvidelsen af den ”faglærte” overenskomst fik forenet fagforbundenes ønske om ret til uddannelse og regionernes behov for overenskomstdækning af ufaglærte serviceassistenter. Der blev ikke nævnt en grænse på 23 år for ansættelse som ufaglært efter overenskomsten.

Opmanden finder, at der ved bedømmelsen af, i hvilket omfang Overenskomsten blev åbnet for ansættelse af ufaglærte, må tages udgangspunkt i, at overenskomsten var forbeholdt faglærte og elever under erhvervsfaglig uddannelse. Ved siden af denne overenskomst gjaldt en række overenskomster for ufaglærte medarbejdere.

Ordlyden af § 1, stk. 4, der henviser til protokollat 1, angår aftale om uddannelse for ufaglærte. Af protokollatet og bemærkningerne fremgår endvidere, at uddannelsen skal påbegyndes inden udgangen af det 2. års ansættelse, forudsat at medarbejderen da er fyldt 25 år og kan begynde som vokselev på erhvervsuddannelsen. Kravet om uddannelsesaftale kan fraviges i særlige tilfælde, som udgangspunkt for en tidsbegrænset periode.

Opmanden finder, at ordlyden af § 1, stk. 4, bemærkningerne hertil og protokollatet i det hele handler om uddannelse, og at det vil være i overensstemmelse med formålet med udvidelsen at anse udvidelsen i 2016 som en begrænset adgang til ansættelse af ufaglærte efter den ”faglærte” overenskomsten i op til 2 år med henblik på at gøre dem klar til at starte som vokselev på den erhvervsfaglige grunduddannelse. Ændringen af § 1, stk. 1, og bestemmelserne om pension i § 11 og § 26 må alene anses for konsekvensændringer i forhold til udvidelsen i § 1, stk. 4.

Det er i bemærkningerne til bestemmelsen og i protokollatet anført, at indførelsen af en indplaceringmulighed som ufaglært serviceassistent i overenskomsten for erhvervsuddannede serviceassistenter ikke ændrer ved regionernes mulighed for at indgå uddannelsesaftale med elever som hidtil. Dette må forstås således, at der ikke skulle ske nogen ændring i forhold til, at de unges adgang til ansættelse efter Overenskomsten fortsat skulle være start på den erhvervsfaglige elevuddannelse. Der er således ikke grundlag for at antage, at udvidelsen havde til formål at give mulighed for at ansætte personer under 23 år som ufaglærte efter den faglærte overenskomst – i givet fald i en længere periode end de 2 år, der er beskrevet i overenskomsten.

Aldersgrænsen ved udvidelse af overenskomsten har taget udgangspunkt i, at elever skal være fyldt 25 år for at kunne starte som vokselever og dermed til en anden løn end yngre elever. Denne aldersgrænse kan ikke anses for ulovlig forskelsbehandling, da den er begrundet i erhvervsuddannelsespolitiske hensyn. At overenskomsten for faglærte kun åbner mulighed for en tidsbegrænset ansættelse på 2 år som forløber for en vokselevuddannelse kan ikke anses for ulovlig forskelsbehandling.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Regionernes Lønnings- og Takstnævn, skal anerkende, at ansættelse som ufaglært serviceassistent efter Overenskomsten alene kan ske i de tilfælde, hvor medarbejderen inden udgangen af det andet ansættelsesår er fyldt 25 år, og på dette tidspunkt kan påbegynde en vokselevuddannelse som faglært serviceassistent.

Hver af parterne skal betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 28. marts 2019

Marianne Højgaard Pedersen