

PROTOKOLLAT

med tilkendegivelse af 18. september 2019

i

faglig voldgiftssag (FV2018.0031):

Brancheorganisationen Luftfart og Jernbane

(advokatfuldmægtig Mathias Bukhave)

mod

DI Overenskomst I v/Dansk Industri

(advokat Thomas Nielsen)

Der er under denne sag tvist om fortolkningen af protokollat nr. 7 af 14. marts 2017 fra overenskomstfornyelsen af Jernbaneoverenskomsten, hvorved bestemmelsen om opsigelsesvarsler for månedslønnede revideredes ved indsættelse af blandt andet følgende bestemmelse (i dag indsat i § 26, stk. 2):

”Det kan i den enkelte ansættelsesaftale aftales, at medarbejderen kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når medarbejderen inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har været sygemeldt i i alt 120 dage.”

Da der ikke har kunnet opnås enighed mellem parterne, er sagen indbragt for denne voldgiftsret bestående af næstformand Preben Steenholdt Pedersen og juridisk rådgiver Else Mathisen, begge udpeget af klager, vicedirektør Sanne Claudius Stadil og underdirektør Christoffer Thomas Skov, begge udpeget af indklagede, samt som opmand højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen.

Sagen blev forhandlet den 18. september 2019, hvor klager var repræsenteret ved advokatfuldmægtig Mathias Bukhave og indklagede ved advokat Thomas Nielsen.

Klager nedlagde påstand om, at indklagede skal tilpligtes at anerkende, at det ikke i medfør af protokollat nr. 7 og Jernbaneoverenskomstens § 26, stk. 2, er muligt for arbejdsgiver at varsle 120-dages reglen ind i eksisterende ansættelseskontrakter med den enkelte medarbejders individuelle varsel.

Indklagede nedlagde påstand om frifindelse.

Der blev afgivet forklaring af forbundsformand Henrik Horup og underdirektør Christoffer Thomas Skov, hvorpå sagen blev procederet.

Der blev ikke opnået flertal for en afgørelse blandt de af parterne valgte medlemmer, og afgørelsen blev herefter overladt til opmanden, som fremkom med følgende

Tilkendegivelse:

Parternes uenighed angår, hvordan 120-dagesreglen, jfr. Jernbaneoverenskomstens § 26, stk. 2, kan indføres som ansættelsesvilkår i den enkelte ansattes ansættelseskontrakt.

Det er *klagers* standpunkt, at det forkortede opsigelsesvarsel ved 120 dages sygdom (120-dagesreglen) kun kan aftales for nyansatte eller ved enighed mellem ledelsen og den enkelte medarbejder, hvis der er tale om en allerede ansat. En fremgangsmåde, hvor en arbejdsgiver ensidigt indfører 120-dages reglen i en arbejdstagers ansættelseskontrakt ved at gennemføre en fratrædelsesprocedure og lade ansættelsesforholdets fortsættelse være betinget af lønmodtagerens accept af et nyt ansættelsesgrundlag, savner den for aftalen nødvendige frie vilje fra arbejdstagerparten. En indførelse af reglen på denne måde kan derfor ikke anses for at have baggrund i en aftale, men vil nærmere være udtryk for, at reglen er blevet indført ved et påbud. Det blev ved overenskomstfornyelsen

ikke nævnt, at det skulle være muligt at indføre 120-dagesreglen ved at varsle vilkåret ind som et nyt ansættelsesvilkår, og der var ingen drøftelse af, at bestemmelsen skulle svare til funktionærlovens § 5, stk. 2. Medarbejdere omfattet af Jernbaneoverenskomsten er ikke funktionærer, og det er – i modsætning til funktionærlovens § 5, stk. 2 – i Jernbaneoverenskomstens § 26, stk. 2, udtrykkeligt fastsat, at 120-dages reglen skal ”aftales” i den enkelte ansættelsesaftale. Praksis vedrørende funktionærlovens § 5, stk. 2, og litteraturudtalelser vedrørende denne bestemmelse er derfor uden betydning for bedømmelsen af, hvorvidt Jernbaneoverenskomstens § 26, stk. 2, giver mulighed for, at 120-dagesreglen kan indføres i allerede ansattes ansættelseskontrakter ved indvarsling.

Det er heroverfor *indklagedes* standpunkt, at Jernbaneoverenskomsten, herunder overenskomstens 120-dagesregel, efter sit indhold ikke indeholder nogen begrænsninger med hensyn til, hvordan 120-dagesreglen kan indføres i allerede eksisterende ansættelsesforhold. Spørgsmålet herom må derfor afklares efter dansk rets almindelige regler. Indførelsen af 120-dagesreglen i et eksisterende ansættelsesforhold må som udgangspunkt betragtes som en væsentlig stillingsændring, og ændringen vil derfor skulle varsles med et varsel, der svarer til den enkelte medarbejders opsigelsesvarsel. En sådan varsling sidestilles ifølge teori og praksis med en opsigelse af det eksisterende ansættelsesforhold og et samtidigt fremsat tilbud til medarbejderen om en fortsættelse af ansættelsen på ændrede vilkår. Accepterer medarbejderen dette tilbud, indgår medarbejderen dermed en aftale med arbejdsgiveren om at fortsætte ansættelsen på de ændrede vilkår. Medarbejderen kan imidlertid også vælge at tilegne sig arbejdsgiverens varsling som en opsigelse af ansættelsesforholdet og dermed fratræde sin stilling ved opsigelsesvarslets udløb med de rettigheder og pligter, som følger af opsigelsen, herunder eventuel ret til fratrædelsesgodtgørelse, jf. herved utrykt Østre Landsrets dom af 25. maj 2004 (8. afd. sag B-67-04) og Lars Svenning Andersen m.fl.: Funktionærret, 5. udgave, 2016, s. 237 og s. 458f.

Opmanden fandt, at protokollat nr. 7 og den heri affattede bestemmelse om, at der i den enkelte ansættelsesaftale kan aftales et forkortet opsigelsesvarsel ved 120 dages sygdom, efter sin ordlyd fremtræder som en aftale mellem overenskomtparterne om, at denne 120-dagesregel fremover gøres til et lovligt ansættelsesvilkår, som kan aftales i den enkelte ansættelsesaftale. Det fremgår ikke af bestemmelsen, at der gælder særlige begrænsninger med hensyn til, hvordan aftalen herom kan indgås i det enkelte ansættelsesforhold, og spørgsmålet herom må derfor afgøres efter dansk rets almindelige ansættelsesretlige og aftaleretlige regler.

Det er i vedvarende kontraktforhold det generelle kontraktmæssige udgangspunkt, at parterne kan foretage ændringer i aftaleforholdet ved at indgå aftale herom eller ved, at den ene part opsiges kontraktforholdet med henblik på at indgå en ny kontrakt. Dette gælder også i et løbende ansættelsesforhold, hvor det er almindeligt antaget, at arbejdsgiveren kan varsle væsentlige stillingsændringer med den enkelte medarbejders opsigelsesvarsel, idet varslingen herom reelt sidestilles med en opsigelse af ansættelsesforholdet, jf. bl.a. Jens Kristiansen, Grundlæggende Arbejdsret, 2014, s. 353ff. Medarbejderen kan herefter vælge at fratræde stillingen med udgangen af varslet med samme rets-

stilling som en opsagt medarbejder og herunder med krav på godtgørelse for urimelig afskedigelse, hvis det ikke kan anses for godtgjort, at ændringen af medarbejderens hidtidige ansættelsesforhold har været rimeligt begrundet i arbejdsgiverens forhold. Medarbejderen kan imidlertid også vælge at fortsætte ansættelsesforholdet på de ændrede vilkår, som herefter må anses for aftalt mellem parterne.

Opmanden var dermed enig i, at protokollat nr. 7 og den heri indeholdte 120-dagesregel skal forstås som anført af indklagede, hvorfor en kendelse i sagen vil falde ud til, at indklagedes frifindelsespåstand vil blive taget til følge.

Parterne var enige om at tage denne tilkendegivelse til efterretning med samme virkning som en kendelse i sagen. Der var endvidere enighed om, at hver af parterne bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmanden.

Sagen sluttet.

København, den 22. september 2019

Lene Pagter Kristensen