

Kendelse

i

faglig voldgift FV 2018.0037

Fødevareforbundet NNF

(advokat Martin Juul Christensen)

mod

DI Overenskomst I

(advokat Thomas Nielsen)

1. Tvisten

Denne sag handler om forståelsen af § 23, stk. 2, 3. led, i den fødevarerindustrielle overenskomst (2017-2020) mellem DI og Fødevareforbundet NNF. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Efter 1 års fravær betragtes ansættelsesforholdet almindeligvis som ophævet”.

Parternes uoverensstemmelse udspringer af en konkret tvist, hvor en tillidsrepræsentants ansættelsesforhold hos en virksomhed blev anset for ophævet efter 1 års fravær på grund af sygdom.

2. Påstande

Klager, Fødevareforbundet NNF, har nedlagt følgende endelige påstand:

”Indklagede, DI, skal anerkende, at en tillidsrepræsentants sygefravær af mere end 1 års varighed ikke i sig selv berettiger arbejdsgiveren til at ophæve ansættelsesforholdet efter overenskomstens § 23, stk. 2, 3. led.”

Indklagede, DI Overenskomst I, har påstået afvisning, subsidiært frifindelse.

Klager har over for indklagedes afvisningspåstand påstået sagens fremme.

3. Sagens behandling mv.

Sagen blev den 22. november 2018 mundtligt forhandlet hos DI på adressen H.C. Andersens Boulevard 18, 1787 København V, for en faglig voldgift med højesteretsdommer Oliver Talevski som opmand.

Som advokat for klager mødte advokat Martin Juul Christensen, mens advokat Thomas Nielsen mødte som advokat for indklagede.

Som sidedommere for klager mødte Kim Bøg Brandt og Søren Lind, og som sidedommere for indklagede mødte vicedirektør Anders Søndergaard Larsen og advokat/seniorchefkonsulent Annette Fæster Petersen, begge DI.

Indklagede påstod afvisning, subsidiært frifindelse.

Over for indklagedes påstand om afvisning påstod klager, at sagen blev fremmet.

Spørgsmålet om afvisning blev særskilt behandlet og procederet af parternes advokater, hvorefter spørgsmålet blev optaget til votering. Herom hedder det i et protokollat af 22. november 2018:

”Efter votering kunne der ikke opnås enighed om eller et flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten. Afgørelsen skulle derfor træffes af opmanden.

Opmanden traf følgende afgørelser:

1) Opmanden fandt ikke grundlag for at afvise sagen med henvisning til, at klagers endelige påstand var for sent fremsat (og klagers oprindelige påstand var frafaldet).

Der blev bl.a. lagt vægt på, at klagers endelige påstand er udtryk for en begrænsning/indskrænkning af den påstand, som klager oprindeligt havde nedlagt. Indklagedes eventuelle ønske om at varetage sine interesser kunne i øvrigt imødekommes gennem en udsættelse af hovedforhandlingen, jf. herom nedenfor.

2) Opmanden fandt ikke grundlag for at afvise sagen med henvisning til, at klagers påstand er for ubestemt/upræcis.

Opmanden lagde navnlig vægt på, at klagers påstand udspringer af en konkret sag om afskedigelse af en tillidsrepræsentant, og at der i den forbindelse er opstået en uenighed mellem parterne om, hvorvidt arbejdsgiveren kan betragte ansættelsesforholdet som ophævet ved mere end 1 års fravær, jf. overenskomstens § 23, stk. 2, 3. led, eller om arbejdsgiveren skal vurdere, om der foreligger tvingende årsager

til ansættelsesforholdets ophør, jf. herved overenskomstens § 63. Set i lyset af den konkrete situation, som voldgiftssagen udspringer af, fandt opmanden, at påstanden havde den fornødne klarhed til at blive taget under påkendelse.

3) Opmanden fandt ikke grundlag for at afvise sagen med henvisning til, at klager ikke har nogen retlig interesse i at få en realitetsafgørelse vedrørende sin påstand.

Opmanden bemærkede i den forbindelse, at det er oplyst, at den konkrete tvist, som sagen udspringer af, fortsat verserer, og at en stillingtagen til klagers påstand således også kan have betydning for den nævnte tvist.

Opmanden forbeholdt sig dog sin endelige stilling til spørgsmålet om sagens afvisning som følge af manglende retlig interesse, når parterne havde forhandlet og procederet sagens realitet.

På baggrund af opmandens afgørelser anmodede indklagede om, at den fortsatte behandling (realitetsbehandlingen) af sagen blev udsat. Klager havde ikke indvendinger herimod.

Den fortsatte behandling af sagen blev herefter udsat.”

Sagen blev på ny behandlet den 7. februar 2019 hos DI på adressen H.C. Andersens Boulevard 18, 1787 København V, for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: Advokat Kim Bøg Brandt og forhandlingssekretær Anette Larsen.

Udpeget af indklagede: Vicedirektør Sanne Stadil og advokat/seniorchefkonsulent Annette Fæster Petersen.

Som opmand deltog højesteretsdommer Oliver Talevski.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af A og B.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller et flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af

voldgiftsretten. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden ved kendelse.

4. Parternes overenskomst mv.

I parternes overenskomst hedder det bl.a.:

”§ 23 – Opsigelse ved sygdom, tilskadekomst og ferie

Særbestemmelse for: KIF, Forædling

KIF, Forædling:

Opsigelse under sygdom og ferie

1. Under fravær på grund af tilskadekomst og ferie kan opsigelse ikke finde sted. En medarbejder, der på opsigelsestidspunktet har været fraværende på grund af sygdom i mindre end 3 uger, kan opsiges, jf. dog stk. 2.

En sådan afskedigelse skal forinden drøftes med tillidsrepræsentanten

2. Et ansættelsesforhold ophører, når medarbejderen har været fraværende på grund af sygdom i en sammenhængende periode på mere end 13 uger eller perioder på sammenlagt 26 uger inden for de umiddelbart forudgående 12 måneder.

Ovenstående gælder ikke medarbejdere, der er kommet til skade inden for arbejdstiden eller som har mindst 2 års anciennitet, hvis medarbejderen på et af virksomheden tilsendt svarkort skriftligt meddeler, at medarbejderen fortsat ønsker sig tilknyttet virksomheden.

Efter 1 års fravær betragtes ansættelsesforholdet almindeligvis som ophævet.”

...

§ 63 – Afskedigelse

Afskedigelse af en tillidsrepræsentant skal begrundes i tvingende årsager, og ledelsen har pligt til at give vedkommende et opsigelsesvarsel på:

...

KIF

Forædling 3 måneder

...

§ 64 – Fagretlig behandling

Hvis en arbejdsgiver finder, at der foreligger tvingende årsager til at opgive en tillidsrepræsentant, skal arbejdsgiveren rette henvendelse til DI, der herefter kan rejse sagen i henhold til reglerne om fagretlig behandling.

Mæglingsmøde skal afholdes senest 7 kalenderdage efter mæglingsmødebegæringens fremkomst, og den fagretlige behandling skal fremmes mest muligt.

Når en tillidsrepræsentant er valgt, kan vedkommendes arbejdsforhold i varslingsperioden normalt ikke afbrydes, før Fødevareforbundet NNF har fået lejlighed til at prøve afskedigelsens berettigelse ved fagretlig behandling.

Fastslås det ved den fagretlige behandling, at der foreligger tvingende årsager til afskedigelsen af tillidsrepræsentanten, betragtes opsigelsesvarslet som afgivet ved mæglingsmødebegæringens fremkomst. Ved uenighed kan virksomheden foretage opsigelsen på mæglingsmødet, og Fødevareforbundet NNF kan da fortsætte den fagretlige behandling.

Fastholder virksomheden sin afskedigelse af tillidsrepræsentanten, efter at afskedigelsen er kendt uberettiget ved den fagretlige behandling, er virksomheden, ud over løn for varselsperioden, pligtig til at betale en erstatning, hvis størrelse kan være afhængig af omstændighederne. Denne erstatning er endelig.”

Indklagede har fremlagt en række skrivelser, der viser, at virksomheder i de senere år har anvendt bestemmelsen i § 23, stk. 2, 3. led, om ophævelse af ansættelsesforholdet efter sygefravær på 1 år. Ingen af de pågældende medarbejdere var tillidsrepræsentanter.

5. Den konkrete sag

Den 29. januar 2018 skrev DI til Fødevareforbundet NNF om fratrædelse af en tillidsrepræsentant hos en virksomhed. Det hedder i brevet bl.a.:

”DI har modtaget en henvendelse fra vor medlemsvirksomhed ..., hvor virksomheden fremsætter et ønske om at gøre brug af særbestemmelse § 23 ..., idet tillidsrepræsentant ... inden længe har været fraværende i 12 måneder.

I henhold til §§ 63 og 64 skal DI på denne baggrund anmode om afholdelse af et mæglingsmøde, hvor en fratrædelse af ... kan drøftes.”

Der blev afholdt mæglingsmøde mellem parterne den 5. februar 2018. Det fremgår heraf bl.a., at DI betragtede tillidsrepræsentantens ansættelsesforhold som ophævet, da tillidsrepræsentanten den 2. februar 2018 havde haft 12 måneders uafbrudt fravær på grund af sygdom. Fødevareforbundet NNF var uenig i, at ansættelsesforholdet var ophævet, og forbeholdt sig ret til at videreføre sagen.

Ved brev af samme dato (5. februar 2018) skrev den pågældende virksomhed til tillidsrepræsentanten og anførte bl.a.:

”Det er med beklagelse at vi hermed må meddele dig, at dit ansættelsesforhold hos ... ophører pr. 5. februar 2018 i henhold til § 23, stk. 2 ...

Ophøret er begrundet som følge af 1 års sygdom.”

Det er oplyst, at der i tillidsrepræsentantens fravær på grund af sygdom pr. 29. marts 2017 var valgt en stedfortræder, som varetog rollen som tillidsrepræsentant.

6. Andre overenskomstregler og praksis

6.1. Træ- og møbeloverenskomsten

I Træ- og møbeloverenskomsten 2017 mellem DI Overenskomst 1 for Træ- og Møbelindustrien og 3F – Fagligt Fælles Forbund hedder det bl.a.:

”§ 41. Opsigelse under sygdom

Stk. 1 4 måneders periode

Medarbejdere, der i henhold til ... har krav på opsigelsesvarsel, kan ikke under dokumenteret sygdom opsiges inden for de første 4 måneder af den periode, hvor de på grund af sygdom er uarbejdsdygtige.

Stk. 2 Delvist fravær

Ved opgørelsen af 4 måneders uarbejdsdygtighed i stk. 1 medregnes såvel fravær på fuld tid som delvist fravær.

Stk. 3. Ansættelsens ophør

Efter udløbet af denne periode betragtes ansættelsesforholdet som ophørt uden nærmere varsel, med mindre parterne udtrykkeligt træffer anden aftale. Medarbejderen orienteres skriftligt i forbindelse med ansættelsens ophør.

...

Stk. 4. Undtagelse

Stk. 1 og 3 gælder ikke for tillidsrepræsentanter.”

6.2. Industriens Overenskomst

I protokollat 5 til Industriens Overenskomst vedrørende funktionærlignende ansættelse er det under punkt A, 4, anført, at 120-dages reglen ikke – selv om den er skriftligt aftalt – kan gøres gældende, ”hvis medarbejderens opsigelsesvarsel er omfattet af Industriens Overenskomst § 6, stk. 1”.

I § 6, stk. 1, er det anført, at afskedigelse af en tillidsrepræsentant skal begrundes i tvingende årsager, og at ledelsen har pligt til at give vedkommende et opsigelsesvarsel på 5 måneder.

6.3. Praksis

Faglig voldgiftskendelse af 13. juli 1992 drejede sig om følgende situation: I slutningen af 1990 tilbød virksomheden, at samtlige medarbejdere, der måtte ønske dette, kunne blive ansat på funktionærlignende forhold. Det blev ligeledes bestemt, at 120-dages reglen

skulle være gældende for samtlige aftaler. I september 1991 opsigde virksomheden en sikkerhedsrepræsentant i medfør af 120-dages reglen. Tillidsrepræsentanten protesterede mod opsigelsen og henviste til, at den pågældende var sikkerhedsrepræsentant og derfor havde krav på samme opsigelsesvarsel som tillidsrepræsentanter, nemlig 5 måneder. Opmanden fandt, at 120-dages reglen også var anvendelig på tillids- og sikkerhedsrepræsentanter¹, og anførte herom bl.a.:

”Der er mellem overenskomstens parter truffet aftale om retningslinjer for funktionærlignende ansættelser inden for overenskomstens område. Denne aftale indeholder 120-dages reglen, som er en afvigelse fra overenskomstens opsigelsesregler. ...

120-dages reglen er i sin formulering ubetinget og uden forbehold.

Der foreligger ikke særlige grunde til at beskytte tillids- og sikkerhedsrepræsentanter med forlænget opsigelsesvarsel i tilfælde af langvarig sygdom, hvor de ikke kan varetage det særlige arbejde, som kollegerne har valgt dem til. Det er derfor arbejdstagersiden, som havde opfordringen til at tage forbehold, hvis den særlige opsigelsesregel skulle gælde i tilfælde af tillids- og sikkerhedsrepræsentanters langvarige sygdom. Reglen i overenskomstparternes aftale om, at opsigelsesvarslernes længde ikke kan blive kortere end de i henhold til overenskomsten opnåede ved overgang til funktionærlignende ansættelse, findes at angå de almindelige opsigelsesvarsler og kan derfor ikke anses som et sådant forbehold.

Opmanden finder herefter, at 120-dages reglen også kan anvendes på tillids- og sikkerhedsrepræsentanter.”

Østre Landsret tog i *en dom af 3. september 1992 (sag nr. 232/1991)* stilling til gyldigheden af en opsigelse af en tillidsrepræsentant på grund af langvarig sygdom. Mandataren for tillidsrepræsentanten gjorde gældende, at afskedigelsen skulle ske efter de særlige tillidsmandsregler. Det havde derfor påhvilet arbejdsgiveren at tage initiativ til forhandling om afskedigelsen. Under en sådan forhandling ville

¹Se nu protokollat 5 til Industriens Overenskomst som beskrevet i afsnit 6.2 foran.

mandataren have modsat sig afskedigelsen. Landsretten fandt, at opsigelsen var gyldig og anførte bl.a.:

”Den ved 120 dages reglen hjemlede adgang til afskedigelse som følge af den ansattes sygefravær, er, når den ansatte er valgt som tillidsmand, uforenelig med den i realiteten ubegrænsede ret til at modsætte afskedigelsen af en tillidsrepræsentant, som ved tillidsmandsreglernes § 9 er tillagt [mandataren].

I betragtning af de hensyn, der ... ligger til grund for de særlige afskedigelsesregler for tillidsrepræsentanter, finder landsretten ... at måtte antage, at den særlige afskedigelsesprocedure i henhold til tillidsmandsreglernes § 9 ikke kommer til anvendelse, hvor beslutningen som afskedigelsen i det foreliggende tilfælde beror på medarbejderens sygdom i mere end 120 dage. ...”

I en faglig voldgiftskendelse af 10. juli 1993 hedder det bl.a.:

”Reglen i overenskomstens § 3, stk. 2, om opsigelse under sygdom² er en almindelig opsigelsesregel, som efter sit indhold omfatter alle medarbejdere. Der er således ikke grundlag for at undtage tillidsmænd eller andre medarbejdere med særlig beskyttelse fra reglens anvendelsesområde, herunder ved at give dem et længere opsigelsesvarsel end det, der tilkommer dem efter § 3.”

7. Forklaringer

A har forklaret bl.a., at han er chefkonsulent i DI, hvor han har været ansat siden 2002. Han har i denne periode og forud herfor (siden 1994) beskæftiget sig med den fødevarerindustrielle overenskomst.

Overenskomstens § 23, stk. 1, indebærer, at en medarbejder (med forbehold for beskyttelsen efter stk. 2) kan *opsiges* efter 3 ugers syg-

²Der sigtes til § 3, stk. 2, i Overenskomst 1991 mellem Industriens Arbejdsgivere for Træets Arbejdsgiverforening og Snedker- og Tømrerforbundet i Danmark. Bestemmelsen havde følgende ordlyd:

”§ 3, stk. 2. Opsigelse under sygdom
Arbejdere, der i henhold til bestemmelsen i stk. 1 har krav på opsigelsesvarsel, kan ikke under dokumenteret sygdom opsiges indenfor en periode på 90 dage af sygdomsperioden.
Efter dette tidspunkt betragtes det overenskomstmæssige varsel som værende afgivet.”

dom. Efter stk. 2 *ophører* ansættelsesforholdet uden varsel, når medarbejderen har været fraværende på grund af sygdom i en sammenhængende periode på mere end 13 uger eller perioder på sammenlagt 26 uger inden for de umiddelbart forudgående 12 måneder. Dette gælder dog bl.a. ikke medarbejdere, som har mindst 2 års anciennitet, forudsat at medarbejderen på et svarkort meddeler, at denne fortsat ønsker at være tilknyttet virksomheden. Denne bekræftelse skal ske hver 13. uge. Tidligere var det muligt for en medarbejder i det uendelige at bekræfte sit tilknytningsforhold til virksomheden, selv om den pågældende var syg. I 1981 blev parterne imidlertid enige om at indføre en bestemmelse svarende til 3. led i § 23, stk. 2, hvorefter ansættelsesforholdet betragtes som ophævet, når medarbejderen har været fraværende på grund af sygdom i mindst 1 år. Herefter kunne en medarbejder ikke i det uendelige bekræfte sit tilknytningsforhold til virksomheden. Da denne bestemmelse blev indført, var der allerede i overenskomsten regler om, at en tillidsrepræsentant kun kunne afskediges, hvis der forelå tvingende årsager.

De fremlagte skrivelser, hvorefter virksomheder har betragtet et ansættelsesforhold for ophævet efter 1 års fravær på grund af sygdom, er eksempler på den praksis, der gælder på området. Denne praksis har ham bekendt ikke givet anledning til fagretlig behandling som følge af indsigelse fra Fødevareforbundet NNF, som har været bekendt med praksis. Han har dog ikke før denne sag været ude for, at en tillidsrepræsentant har været syg i mindst 1 år, således at det var aktuelt at betragte ansættelsesforholdet som ophævet efter bestemmelsen. Ordet "almindeligvis" angiver, at arbejdsgiveren kan beslutte sig for ikke at anvende reglen, men arbejdsgiveren er ikke forpligtet hertil.

Efter overenskomsten er en arbejdsgiver kun forpligtet til at betale løn under sygdom i 8 uger. Når ansættelsesforholdet for en medarbejder, herunder en tillidsrepræsentant, betragtes som ophævet efter

1 års fravær på grund af sygdom, er virksomhedens forpligtelse til at betale løn for længst ophørt.

Han indkaldte til mæglingsmøde i den sag, som den foreliggende tvist udspringer af. Det skyldes, at man som sagt ikke tidligere havde haft en sag, hvor en tillidsrepræsentants ansættelsesforhold blev betragtet som ophævet efter 1 års fravær på grund af sygdom. DI ønskede, at alt skulle gå pænt og ordentligt til. Indkaldelsen til mæglingsmøde er ikke udtryk for, at DI mener, at man er retligt forpligtet til fagretlig behandling efter overenskomstens § 64 i en situation, hvor det kommer på tale at betragte en tillidsrepræsentants ansættelsesforhold som ophævet efter § 23, stk. 2, 3. led.

B har forklaret bl.a., at han er HR Manager i den virksomhed, som den foreliggende tvist udspringer af. Virksomheden har anvendt overenskomstens § 23 i 12 tilfælde, herunder i 3 tilfælde, hvor medarbejderen havde været syg i mere end 1 år. Alle tilfælde blev drøftet med tillidsrepræsentanten, som var enig.

Samarbejdet med tillidsrepræsentanten, hvis ansættelsesforhold virksomheden har betragtet som ophævet efter 1 års fravær på grund af sygdom, fungerede godt. Tillidsrepræsentanten var på grund af sin sygdom ikke i stand til at varetage sit arbejde som tillidsrepræsentant, og der blev derfor i marts 2017 valgt en stedfortræder. Den pågældende tillidsrepræsentant var stadig syg, da der var gået 1 år. Han besøgte tillidsrepræsentanten og orienterede denne om reglen i overenskomstens § 23. Tillidsrepræsentanten var godt klar over, at reglen gjaldt for alle.

8. Parternes anbringender (procedurer)

3.1. Klager

Klager har om sagens formalitet anført, at der fortsat ikke er grundlag for at afvise sagen på grund af manglende retlig interesse, jf. forbeholdet under punkt 3 i protokollatet af 22. november 2018.

Klager har om sagens realitet anført navnlig, at der er to grundbetingelser, der skal være opfyldt, før en tillidsrepræsentant kan afskediges efter overenskomstens § 23, stk. 2, 3. led. For det første skal tillidsrepræsentanten have været fraværende på grund af sygdom i mindst 1 år. For det andet skal arbejdsgiveren godtgøre, at der som følge heraf foreligger tvingende årsager til afskedigelse, jf. overenskomstens § 63, og i øvrigt overholde det særlige opsigelsesvarsel, der er fastsat i bestemmelsen. Der er ikke grundlag for at sondre mellem ophævelse og afskedigelse – begge situationer er omfattet af § 63. Således skal der også foreligge tvingende årsager til afskedigelse i form af bortvisning, som jo også er udtryk for ophævelse af ansættelsesforholdet.

Det kan meget vel være således, at der som udgangspunkt som følge af det lange fravær på grund af sygdom foreligger tvingende årsager, men arbejdsgiveren er forpligtet til at foretage denne vurdering i hvert enkelt tilfælde. Dette understøttes af ordet ”almindeligvis”, som er anvendt i § 23, stk. 2, 3. led.

Reglerne om beskyttelse af tillidsrepræsentanter må i øvrigt anses for *lex specialis* i forhold til overenskomstens § 23, stk. 2, 3. led. Og arbejdsgiversiden burde have taget et udtrykkeligt forbehold, da § 23, stk. 2, 3. led, blev indført, hvis det var hensigten, at den særlige beskyttelse af tillidsrepræsentanterne (tvingende årsager til afskedigelse), som også gjaldt dengang, skulle sættes ud af kraft.

DI har i den sag, som tvisten udspringer af, deltaget i et mæglingssmøde efter overenskomstens § 64 og har derved reelt givet udtryk for, at der skal foreligge tvingende årsager, før en tillidsrepræsentant kan afskediges efter § 23, stk. 2, 3. led.

8.2. Indklagede

Indklagede har om formaliteten anført, at sagen bør afvises på grund af manglende retlig interesse hos klager, jf. forbeholdet under punkt 3 i protokollatet af 22. november 2018.

Indklagede har om sagens realitet anført navnlig, at bestemmelsen i § 23, stk. 2, 3. led, skal fortolkes således, at en tillidsrepræsentants ansættelsesforhold er ophævet uden varsel, når tillidsrepræsentanten har været fraværende på grund af sygdom i mindst 1 år. Arbejdsgiveren skal ikke herudover foretage nogen vurdering af, om der foreliggende tvingende årsager som nævnt i overenskomstens § 63, eller i øvrigt overholde det særlige opsigelsesvarsel, der er fastsat i denne bestemmelse.

Der er ikke penge involveret i en tvist som den foreliggende, idet arbejdsgiverens pligt til at betale løn under sygdom for længst er ophørt, når tillidsrepræsentanten har været syg i mindst 1 år. Reglen i § 23, stk. 2, 3. led, indebærer imidlertid en administrativ lettelse for arbejdsgiveren, idet denne kan betragte ansættelsesforholdet for ophørt uden varsel, allerede fordi medarbejderen har været fraværende på grund af sygdom i 1 år.

Der er tale om en *lex specialis* i forhold til overenskomstens § 63, som angår afskedigelse af tillidsrepræsentanter i modsætning til § 23, stk. 2, 3. led, som taler om ophævelse af et ansættelsesforhold.

Ved fortolkningen af § 23, stk. 2, 3. led, skal man være opmærksom på, at der er tale om en meget usædvanlig regel, som indebærer, at en medarbejder, herunder en tillidsrepræsentant, i 1 år er beskyttet mod afskedigelse som følge af fravær på grund af sygdom, når blot medarbejderen med jævne mellemrum meddeler, at denne fortsat ønsker at være tilknyttet virksomheden. Beskyttelsen gælder altså, selv om der kan siges at være tvingende årsager til at afskedige tillidsrepræsen-

tanten som følge af fravær på grund af sygdom, allerede inden der er gået 1 år.

Ordet ”almindeligvis” åbner op for, at arbejdsgiveren kan beslutte sig for undtagelsesvis fortsætte ansættelsesforholdet, selv om medarbejderen har været fraværende på grund af sygdom i 1 år, men arbejdsgiveren er ikke forpligtet til det.

Det må kræve særlige holdepunkter, hvis tillidsrepræsentanter, der er beskyttet af bestemmelsen i 1 år, skal være yderligere beskyttet mod afskedigelse som nævnt i overenskomstens § 63. Hvis meningen var, at tillidsrepræsentanter skulle have en ekstra beskyttelse, kunne det meget nemt være skrevet ind i overenskomsten i 1981. Det ønskede ingen af parterne, fordi man gik ud fra som givet, at en tillidsrepræsentant, der havde været fraværende på grund af sygdom i 1 år, under alle omstændigheder kunne afskediges på grund af tvingende årsager som nævnt i overenskomstens § 63.

Indklagedes fortolkning af § 23, stk. 2, 3. led (hvorefter bestemmelsen giver hjemmel til at betragte en tillidsrepræsentants ansættelsesforhold som ophævet, allerede fordi denne har været fraværende på grund af sygdom i 1 år) understøttes af den praksis, der er gennemgået i afsnit 6.3 foran. Som også de overenskomstbestemmelser, der er beskrevet i afsnit 6.1-6.2, viser, er det nødvendigt at tage et udtrykkeligt forbehold i overenskomsten, hvis en tillidsrepræsentant skal have den særlige beskyttelse, der følger af de almindelige regler om tillidsrepræsentanter, når den pågældende har været fraværende på grund af sygdom i længere tid.

9. Opmandens begrundelse og resultat

9.1. Indledningsvis bemærkes, at jeg fortsat ikke finder grundlag for at afvise sagen på grund af manglende retlige interesse hos klager, jf. forbeholdet i protokollatet af 22. november 2018 (punkt 3).

Jeg bemærker særligt herved, at den konkrete tvist, som sagen udspringer af, stadig verserer, og at en stillingtagen til klagers påstand således også har betydning for denne tvist.

9.2. Sagen angår forståelsen af overenskomstens § 23, stk. 2, 3. led. Efter denne bestemmelse betragtes ansættelsesforholdet efter 1 års fravær på grund af sygdom ”almindeligvis som ophævet”.³

Bestemmelsen i § 23, stk. 2, 3. led, skal ses i sammenhæng med § 23, stk. 2, 2. led, der indebærer, at bl.a. en medarbejder med 2 års anciennitet, herunder en tillidsrepræsentant, kan undgå afskedigelse som følge af fravær på grund af sygdom ved med jævne mellemrum at meddele virksomheden, at den pågældende fortsat ønsker at være tilknyttet virksomheden. Denne beskyttelse mod afskedigelse på grund af sygefravær ophører efter § 23, stk. 2, 3. led, når medarbejderen har været fraværende på grund af sygdom i 1 år.

Det er klagers opfattelse, at bestemmelsen i § 23, stk. 2, 3. led – i forhold til tillidsrepræsentanter – skal forstås således, at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at ophæve ansættelsesforholdet, at tillidsrepræsentanten har været fraværende på grund af sygdom i 1 år. Virksomheden skal også foretage en konkret vurdering af, om der er tvungne årsager til afskedigelse som nævnt i overenskomstens § 63, og i øvrigt iagttage det særlige opsigelsesvarsel, der er fastsat i bestemmelsen.

Indklagede er derimod af den opfattelse, at bestemmelsen hjemler adgang til at ophæve ansættelsesforholdet ved fravær på grund af sygdom i 1 år uden varsel, uanset om den ansatte er tillidsrepræsentant eller ej. Der skal med andre ord ikke tillige foretages en konkret vurdering af, om der er tvungne årsager til afskedigelse som

³Bestemmelsen gælder, som det fremgår af citatet i afsnit 4 foran, for KIF Forædling.

nævnt i overenskomstens § 63, ligesom det særlige opsigelsesvarsel ikke skal iagttages.

Da parterne således ikke har en fælles forståelse af rækkevidden af overenskomstens § 23, stk. 2, 3. led, i forhold til tillidsrepræsentanter, må dette spørgsmål afgøres ved fortolkning af bestemmelsen.

9.3. Bestemmelsen i § 23, stk. 2, 3. led, indebærer efter sin formulering, at ansættelsesforholdet almindeligvis betragtes som ophævet (uden varsel), når en medarbejder har været fraværende på grund af sygdom i 1 år.

Efter formuleringen omfatter bestemmelsen alle medarbejdere – og dermed også tillidsrepræsentanter. Der er således ikke taget *udtrykkeligt* forbehold for tillidsrepræsentanter, som ellers efter overenskomstens § 63 kun kan afskediges, når der foreligger tvingende årsager, og under iagttagelse af et særligt opsigelsesvarsel på 3 måneder.

9.4. Efter bestemmelsen betragtes ansættelsesforholdet ”almindeligvis” som ophævet, og spørgsmålet er, om der i dette ord (”almindeligvis”) ligger et forbehold for tillidsrepræsentanter.

Ordet ”almindeligvis” giver efter min mening ikke ud fra en naturlig sproglig forståelse grundlag for generelt at undtage tillidsrepræsentanter fra bestemmelsens anvendelsesområde. Hvis dette havde været meningen, kunne bestemmelsen nemt have været formuleret på en anden – og klar – måde, således som det er sket på andre overenskomstområder, jf. afsnit 6.1-6.2 ovenfor.

Det er herefter sprogligt – og i sammenhæng med de forudgående bestemmelser – efter min opfattelse nærliggende at forstå ordet ”almindeligvis” således, at arbejdsgiveren (undtagelsesvis) kan beslutte sig for at lade et ansættelsesforhold fortsætte, selv om den ansatte har været fraværende på grund af sygdom i 1 år.

9.5. Heller ikke bestemmelsens tilblivelseshistorie støtter, at der i udtrykket ”almindeligvis” ligger et forbehold for tillidsrepræsentanter.

Før 1981 var der efter det oplyste, jf. A’s forklaring i afsnit 7, ikke nogen begrænsning med hensyn til, hvor længe en syg medarbejder kunne meddele, at den pågældende fortsat ønskede at være tilknyttet virksomheden. I 1981 blev parterne enige om at indføre en tidsgrænse på 1 år. På dette tidspunkt havde overenskomsten allerede en særlig beskyttelse af tillidsrepræsentanter mod afskedigelse (tvingende årsager), og det må efter bevisførelsen lægges til grund, at der ikke under forhandlingerne blev drøftet, at tillidsrepræsentanterne skulle have en anden beskyttelse mod afskedigelse på grund af sygefravær end den, der i dag følger af § 23, stk. 2. Det kan således ikke lægges til grund, at ordet ”almindeligvis” sigtede til, at tillidsrepræsentanter (oveni i beskyttelsen efter § 23, stk. 2) skulle have en særlig beskyttelse efter overenskomstens § 63. I praksis vil bestemmelsen i § 63, som klager selv har været inde på (afsnit 8.1 foran), da heller ikke reelt give en yderligere beskyttelse, idet der normalt vil foreligge tvingende årsager til afskedigelse, hvis en tillidsrepræsentant har været fraværende på grund af sygdom i 1 år (eller eventuelt i en kortere periode).⁴

9.6. En tillidsrepræsentant, der har været fraværende på grund af sygdom i 1 år, vil normalt ikke kunne varetage det særlige arbejde, som kollegerne har valgt den pågældende til. Dette illustreres af, at der i den virksomhed, som den foreliggende tvist udspringer af, er

⁴Se hertil den praksis, der er gennemgået i afsnit 6.3 foran. Se endvidere bl.a. Jens Kristiansen, *Den Kollektive Arbejdsret*, 3. udgave, 2014, s. 391, hvor det bl.a. hedder: ”Ved uforskyldte forhold, som f.eks. sygefravær, er der måske en mere lempelig vurdering af tillidsrepræsentanters forhold. Det ligger dog fast, at længerevarende eller stærkt generende sygefravær (f.eks. mange spredte kortvarige perioder) også er en retmæssig begrundelse for at afskedige en tillidsrepræsentant.”

valgt en stedfortræder for tillidsrepræsentanten, jf. afsnit 5 foran og B's forklaring i afsnit 7.

Reale grunde taler således efter min mening ikke for at give en særlig beskyttelse af tillidsrepræsentanter efter overenskomstens § 63 i tilfælde af fravær på grund af langvarig sygdom, se hertil også den faglige voldgiftskendelse af 13. juli 1992, der er omtalt i afsnit 6.3 foran.

9.7. De fremlagte eksempler fra praksis viser, at bestemmelsen i overenskomstens § 23, stk. 2, 3. led, har været anvendt efter sin ordlyd, således at en medarbejder, der har været fraværende på grund af sygdom i mindst 1 år, almindeligvis fik at vide, at ansættelsesforholdet blev betragtet som ophørt, jf. afsnit 4 foran og forklaringerne i afsnit 7.

Der er ikke fremkommet noget, der viser, at bestemmelsen har været praktiseret på den måde, at tillidsrepræsentanter generelt blev holdt uden for bestemmelsens anvendelsesområde. Når der ikke er fremlagt konkrete eksempler på bestemmelsens anvendelse i forhold til tillidsrepræsentanter, skyldes det efter det oplyste alene, at der ikke før nu har været sager, hvor tillidsrepræsentanter har været fraværende i 1 år, således at det var aktuelt at anvende bestemmelsen i forhold til dem, jf. A's forklaring i afsnit 7.

9.8. Klager har under sin procedure, jf. afsnit 8.1, været inde på, at den sag, som tvisten mellem parterne udspringer af, har været fagretligt behandlet i henhold til overenskomstens § 64.

Jeg kan efter A's forklaring om baggrunden herfor, jf. afsnit 7, ikke lægge til grund, at indklagede ved sin deltagelse i mæglingssmødet skulle have accepteret klagers forståelse af § 23, stk. 2, 3. led, således at det ikke er tilstrækkeligt til at betragte en tillidsrepræsentants ansættelsesforhold for ophævet, at denne har været fraværende på

grund af sygdom i 1 år, men at der tillige skal foretages en vurdering efter overenskomstens § 63 af, om der foreligger tvingende årsager til afskedigelse.

9.9. På den anførte baggrund – og lighed med den praksis fra andre overenskomstområder mv., der er beskrevet i afsnit 6.3 foran – er det min opfattelse, at bestemmelsen i § 23, stk. 2, 3. led, også finder anvendelse på tillidsrepræsentanter.

Bestemmelsen skal med andre ord forstås således, at det i sig selv er tilstrækkeligt til at betragte en tillidsrepræsentants ansættelsesforhold for ophævet uden varsel, at den pågældende på grund af sygdom har været fraværende i 1 år. Arbejdsgiveren skal ikke i henhold til overenskomstens § 63 foretage en selvstændig vurdering af, om der er tvingende årsager til at afskedige tillidsrepræsentanten, og arbejdsgiveren skal heller ikke iagttage det særlige opsigelsesvarsel på 3 måneder, der er fastsat i denne bestemmelse.⁵

9.10. Jeg tager herefter indklagedes påstand om frifindelse til følge.

Thi bestemmes:

⁵Jeg har hermed ikke taget stilling til, om der skal være fagretlig behandling efter overenskomstens § 64, når en arbejdsgiver agter at ophæve et ansættelsesforhold efter § 23, stk. 2, 3. led, som følge af en tillidsrepræsentants sygefravær i 1 år. Den påstand, som klager har nedlagt, tager ikke særligt sigte på dette spørgsmål, og sagen er heller ikke forelagt eller procederet på en sådan måde, at jeg har et forsvareligt grundlag for at tage stilling hertil. Hertil kommer, at vurderingen kan bero på fortolkning af § 8, stk. 2, i Hovedaftalen mellem DA og LO, og en sådan fortolkning hører under Arbejdsretten, jf. arbejdsretslovens § 9, stk. 1, nr. 1.

Jeg vil dog gerne tilføje, at det for en *umiddelbar* betragtning ikke virker særligt meningsfyldt at afholde fagretlig behandling efter overenskomstens § 64, idet der – med den forståelse af § 23, stk. 2, 3. led, som jeg har anlagt – ikke skal foretages nogen konkret vurdering af, om der foreligger tvingende årsager til afskedigelse, når tillidsrepræsentanten har været fraværende på grund af sygdom i 1 år, ligesom det særlige opsigelsesvarsel på 3 måneder i § 63 ikke skal iagttages.

Indklagede, DI Overenskomst I, frifindes.

Hver af parterne skal bære egne omkostninger ved sagens behandling og betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 18. februar 2019

Oliver Talevski