

# **OPMANDSKENDELSE**

**i**

**FAGLIG VOLDGIFTSSAG FV2009.0082:**

**HK/Privat**

**for**

**A**

**(advokat Gert Willerslev Jakobsen)**

**mod**

**Grafisk Arbejdsgiverforening**

**for**

**Sangill Grafisk I/S.**

**(advokat Peter Elgaard Balle)**

-----

**Afsagt den 28. oktober 2011**

## INDLEDNING

### 1. Sagens baggrund.

Mellem klageren, HK/Privat for A (HK), og indklagede, Grafisk Arbejdsgiverforening for Sangill Grafisk I/S (GA), er der opstået uenighed om, i hvilket omfang der under en medarbejders fravær på grund af sygdom skal betales feriegodtgørelse i henhold til § 43 i den grafiske overenskomst mellem Grafisk Arbejdsgiverforening/ Danske Mediers Arbejdsgiverforening og HK/Privat/ 3F-Industri (Emballage), når fraværet sker i forbindelse med graviditet, barsel og adoption.

### 2. Faglig voldgiftsret eller de almindelige domstole.

Da uoverensstemmelsen ikke kunne løses ved forhandling, anmodede HK/Privat på organisationernes vegne den 11. marts 2009 Arbejdsrettens formand om at nedsætte en faglig voldgiftsret med udvidet formandskab til afgørelse af tvisten. Parterne var enige om at pege på fhv. højesteretsdommer Mogens Hornslet som opmand og om, at der skulle udpeges to yderligere medlemmer af formandskabet.

Efter Arbejdsrettens skrivelse af 5. maj 2009 består voldgiftsrettens formandskab herefter af fhv. højesteretsdommer Mogens Hornslet, fhv. højesteretsdommer Poul Sørensen og fhv. højesteretsdommer Per Sørensen.

Efter at parterne havde anmodet formandskabet om at tage stilling til spørgsmålet, om sagen skulle **afvises fra behandling ved faglig voldgift, da den efter sin karakter henhører under de almindelige domstole** – hvilket nu var klagerens standpunkt – afgjorde formandskabet ved protokollat af 21. august 2010, at sagens behandling skulle fortsætte ved denne faglige voldgift.

Sagen blev mundtligt forhandlet den 26. september 2011.

## PÅSTANDE

HK har nedlagt følgende endelige påstande:

1.

**Principal:**

GA skal anerkende, at der ved opgørelse af 6 måneders perioden i § 43, stk. 3, i den gældende overenskomst (2010/2012) ikke skal medregnes perioder med sygeløn under graviditetsbetinget sygdom, graviditets-, barsels-, fædre- og forældreorlov samt adoption.

**Subsidiært:**

GA skal anerkende, at der ved opgørelse af 6 måneders perioden i § 43, stk. 3, i den gældende overenskomst (2010/2012) ikke skal ske medregning af perioder med sygeløn under (kvinders) 14 ugers barselsorlov.

2.

Sangill Grafisk I/S skal til A betale 13.391,81 kr. – subsidiært 7.326 kr. – med procesrente fra sagens indbringelse for denne voldgiftsret.

GA har påstået frifindelse.

GA har ikke haft indvendinger imod den beløbsmæssige udregning af kravene i HK's påstand 2, der udgør feriegodtgørelse af sygeløn henholdsvis for perioden 31. marts 2008 til 5. september 2009 og – subsidiært – fra 31. marts 2008 til 26. juni 2008.

## **SAGENS OMSTÆNDIGHEDER**

### **1. A sygemelding**

Den 1. oktober 2007 blev A sygemeldt på grund af graviditetsbetinget sygdom. Den 2. marts 2008 fødte hun sit barn og påbegyndte dermed sin barselsorlov på 14 uger efter den grafiske overenskomst § 37, stk. 1, som udløb den 26. juni 2008. I forlængelse af barselsorloven afholdt Jeanett Brunton forældreorlov indtil den 5. februar 2009, i 10 ugers perioden fra den 26. juni til den 4. september 2008 med sygeløn – dvs. fuld løn – jf. overenskomstens § 37, stk. 3.

A oppebar således **sygeløn** fra første sygedag, den 1. oktober 2007, til udløbet af de første 10 ugers forældreorlov, den 4. september 2008.

Med henvisning til varighedsbegrænsningen på 6 måneder i overenskomstens § 43, stk. 3 – som er denne sags genstand – afregnede virksomheden imidlertid kun **feriegodtgørelse af sygelønnen** fra den 1. oktober 2007 til den 31. marts 2008.

## **2. Overenskomsten**

Ud over den netop nævnte § 43 indeholder den grafiske overenskomst (2010/12) navnlig følgende bestemmelser af betydning for sagen:

### ***”§ 24 Sygeløn***

...

*2. Sygeløn ydes som erstatning for tab af indtægt ved uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, herunder tilskadekomst eller fødsel.”*

### ***”§ 26 Sygelønnens størrelse***

*1. Sygelønnen udgør sygemeldtes personlige løn på dagtur ved sygdommens indtræden.”*

### ***”§ 28 Sygelønnens udstrækning***

*1. Virksomheden udbetaler sygeløn til sygemeldte fra 1. hele fraværdsdag.”*

### ***”§ 29 Ophør af sygeløn***

*1. Udbetaling af sygeløn ophører, når der er udbetalt sygeløn (sygedagpenge) for mere end 52 uger i de 18 foregående kalendermåneder.*

*2. Ved beregning af sygelønsperioder efter stk. 1 medregnes ikke udbetalt sygeløn i arbejds giverperioden og/eller under graviditets- og barselsorlov.”*

### ***”§ 37 Sygeløn ved Svangerskab, fødsel og adoption***

1. Kvinder har ret til sygeløn i 4 uger før forventet fødselstidspunkt og indtil 14 uger efter fødslen. Beløbet indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats.
2. Mænd har ret til sygeløn i 2 uger under forældreorlov. Beløbet indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale barselsdagpengesats.
3. I forlængelse af de 14 ugers barselsorlov ydes sygeløn under fravær i indtil 10 uger. Denne betaling kan ydes til såvel faderen som moderen. Disse uger kan afvikles i perioden fra den 15. til og med den 30. uge fra barnets fødsel. Orlov i henhold til denne bestemmelse skal afholdes i en sammenhængende periode.
4. Der kan maksimalt ydes sygeløn til moderen i 28 uger (4+14+10) og til faderen i 12 uger (2+10)."

Efter overenskomsten skal perioder med sygeløn under graviditets- og barselsorlov således ikke medregnes ved opgørelsen af den maksimale periode med **sygeløn** på 52 uger.

Om retten til **feriegodtgørelse af sygelønnen** indeholder § 43 derimod følgende bestemmelse:

**”§ 43 Feriegodtgørelse under sygdom**

- 1 Virksomheden yder tillige feriegodtgørelse under medarbejderens fravær på grund af sygdom.
- 2 Feriegodtgørelsen under sygdom beregnes af sygelønnen.
- 3 Feriegodtgørelse ydes sammenlagt højst 6 måneder inden for 1 optjeningsår og for højst 6 måneder på grund af samme sygdom.
- 4 Ved arbejdsulykke i virksomheden, der ikke kan tilregnes medarbejderen, ydes feriegodtgørelse indtil ophør af udbetaling af sygeløn.

*5 Der ydes feriegodtgørelse ved fravær i forbindelse med graviditet, barsel og adoption.”*

### **3. Parternes standpunkter.**

Sagen drejer sig om den i § 43, stk. 3, nævnte 6 måneders begrænsning af feriegodtgørelsen af sygelønnen, som ifølge HK/Privat ikke skal gælde, når fraværet skyldes (principalt) graviditetsbetinget sygdom, graviditets-, barsels-, fædre- og forældreorlov samt adoption eller (subsidiært) 14 ugers barselsorlov.

Uanset den sproglige formulering af § 43, stk. 5, og denne bestemmelses placering i forhold til de øvrige bestemmelser om feriegodtgørelse under sygdom støttes klagerens synspunkt ikke på, at § 43, stk. 5, udgør en undtagelse fra § 43, stk. 3. Parterne er i den forbindelse enige om, at § 43, stk. 5, uden at have været genstand for forhandling, blev indsat i den grafiske overenskomst i 2004 i forbindelse med en renskrivning, og at bestemmelsen tilsyneladende alene er en præcisering af, at stk. 1 også gælder ved fravær i forbindelse med graviditet, barsel og adoption, uanset om man kan kalde disse fraværsgrunde for ”sygdom”.

**Problemet** under sagen er, om den hidtidige fælles forståelse af overenskomstteksten må tilsi-desættes – hvilket er klagerens standpunkt – fordi denne forståelse er i konflikt med regler i præceptiv lovgivning og/ eller EU-direktiver.

Ifølge HK's sammenfattende processkrift af 9. september 2011 støtter forbundet således sit standpunkt på, at

*”klageren efterfølgende (er) blevet opmærksom på, at varighedsbegrænsningen er i strid med Graviditetsdirektivet, Ligebehandlingsdirektivet/Ligebehandlingsloven og/eller Ligelønsdirektivet/Ligelønsloven.*

*Endvidere er klageren efterfølgende blevet opmærksom på, at det før ændringen af Ferieloven i 2000 ikke var lovligt for overenskomstparterne at fravige princippet i Ferielovens § 26 ved aftale, således som det var sket ved indførelse af varighedsbegrænsningen i overenskomsten i 1991.”*

## FORKLARINGER

Under den mundtlige forhandling blev der afgivet forklaring af næstformand i HK/Privat, Bjarne Nielsen, og af administrerende direktør Lars Bram, Grafisk Arbejdsgiverforening, der begge gennem en meget lang årrække har deltaget i samtlige overenskomstforhandlinger mellem HK/Privat – tidligere HK/ Industri og Grafisk Forbund – og Grafisk Arbejdsgiverforening.

Bjarne Nielsen har forklaret blandt andet, at varighedsbegrænsningen på 6 måneder for feriegodtgørelse af sygeløn (nu § 43, stk. 3,) formentlig kom ind i de grafiske overenskomster allerede fra 1973, i hvert fald fra 1987, og at varighedsbegrænsningen kom ind som § 35, stk. 3, i den grafiske overenskomst i forbindelse med sammenskrivningen i 1991 af de kollektive overenskomster indgået mellem Grafisk Arbejdsgiverforening, Danske Dagblades Forenings Forhandlingsorganisation, Kartonnage- og Bølgepapindustriens Arbejdsgiverforening og Papirvareindustriens Arbejdsgiverforening på den ene side og Dansk Bogbinder og Kartonnagearbejder Forbund, Dansk Litografisk Forbund og Dansk Typograf-Forbund på den anden side.

Forholdet til ferieloven gav ikke anledning til overvejelser eller drøftelser. Man havde nogle ”*ganske forkromede*” regler om sygeløn, og i den forbindelse blev det aftalt, at der skulle være en begrænsning i anvendelsen af de ”*meget flotte og gode regler.*” Heller ikke ligebehandlingsreglerne var på nogen måde inde i overvejelserne dengang. ”*Vi er gode til at lave overenskomster, men ikke til at sammenholde med lovgivningen.*”

Om den af Grafisk Arbejdsgiverforening påberåbte afgørelse af 20. april 1999 i en faglig voldgiftssag mellem Grafisk Forbund og Color Print A/S vedrørende betaling af feriepenge i forbindelse med graviditetsbetinget sygdom og barselsorlov – efter opmandens henstilling blev sagen forligt således, at Grafisk Forbund hævdede sagen – har Bjarne Nielsen forklaret, at forbundets anbringende om tilsidesættelse af ligestillingsreglerne alene gik på ligelønsloven og ikke på de øvrige EU-baserede regler, som HK/Privat under denne sag har henvist til. Afgørelsen gav ikke anledning til ændringer i parternes overenskomst.

Det var gradvist, at man blev opmærksom på, at varighedsbegrænsningen kunne være i konflikt med ligestillingslovgivningen og ferieloven.

Ultimo 1999 ophørte Grafisk Forbund, og store dele gik til HK/ Industri, nu HK/ Privat. Man kom ind i HK med nogle ”*meget fine overenskomster*”, men HK gik meget op i, om overenskomsterne var i overensstemmelse med præceptiv lovgivning og forskellige EU-retlige regler, og man fik lidt efter lidt at vide, at der vist var noget galt med overenskomsten, og at man måtte rette op herpå undervejs.

Bjarne Nielsen kan ikke udelukke, at man ved overenskomstfornyelserne 07/10 og 10/12 kan have ”*luftet*”, at der kunne være et problem. Det var imidlertid ikke noget, der kom ind i overenskomstforhandlingerne. Man bringer ikke noget ind i overenskomstforhandlingerne, som man ikke kan regne med at få gennemført, og det ville have været en umulighed under en overenskomstforhandling at komme igennem med krav om ændringer vedrørende varighedsbegrænsningen i overenskomstens § 43, stk. 3, i overensstemmelse med HK's standpunkt under denne sag.

Man har afventet situationen, indtil der kom en sag, hvor der var problemer, der ikke havde været oppe tidligere. Han tør ikke sige, om det har været luftet over for modparten, at der måske ville komme en sag om fortolkningen af § 43, stk. 3. Han har ikke selv nævnt dette, og det har i hvert fald aldrig været til diskussion.

Lars Bram har forklaret blandt andet, at § 43, stk. 5, kom ind ved renskrivningen af den grafiske overenskomst i 2004. Bestemmelsen havde intet med stk. 3 at gøre.

Der har ikke på noget tidspunkt i forbindelse med overenskomstforhandlinger mellem parterne været drøftelser af problemer om forholdet mellem varighedsbegrænsningen i § 43, stk. 3, og regler uden for overenskomsten.

Han husker, at faglig sekretær i HK/Privat Preben Aabo Carlsen på et tidspunkt nævnte, at Kirsten Precht havde lavet et notat om, hvorvidt forskellige bestemmelser i den grafiske overenskomst var i overensstemmelse med eller stridende mod blandt andet visse EU-baserede regler. Lars Bram fik notatet, der vist var fra 2003. Notatet blev behandlet i GA's juridiske afdeling,



hvorefter det blev meddelt Preben Aabo Carlsen, at der efter arbejdsgiverforeningens opfattelse ikke var noget at komme efter. Dette var vistnok i 2005.

## **PARTERNES ARGUMENTER**

HK har navnlig anført, at det efter både den gældende **ferielovs** § 26 og den i 1991 gældende ferielov er udgangspunktet, at der skal beregnes feriepenge af sygeløn. Efter ferielovens § 27, stk. 2, kan § 26 fraviges ved kollektiv overenskomst, men denne fravigelsesadgang blev først indført ved revisionen af ferieloven i 2000. Da varighedsbegrænsningen i overenskomstens § 43, stk. 3, blev aftalt, før adgangen til at fravige ferielovens udgangspunkt blev indført, og da varighedsbegrænsningen er til ugunst for A, er varighedsbegrænsningen ugyldig. De efterfølgende genforhandlinger af overenskomsten i 2004 og 2007 ratihaberer ikke den ugyldige aftale om varighedsbegrænsning, fordi spørgsmålet om varighedsbegrænsningens forenelighed med ferieloven ikke var aktualiseret og ikke blev drøftet under disse forhandlinger. Tidligst i forbindelse med det af Lars Bram omtalte notat fra Kirsten Precht har man været inde på at forholde sig til problematikken, men uden at det har været genstand for forhandling mellem parterne.

Endvidere har HK bestridt rigtigheden af GA's argument om, at varighedsbegrænsningen i § 43, stk. 3, stiller A bedre end minimumsbestemmelsen i ferielovens § 25, stk. 4, om højst 4 måneders sygeferiegodtgørelse. Synspunktet er kun isoleret set korrekt, og ud fra en helhedsbetragtning er § 43, stk. 3, til ugunst for hende. Af den grund er overenskomstens varighedsbegrænsning også efter den gældende ferielov ugyldig. Klager er derfor berettiget til feriegodtgørelse af sygelønnen, så længe sygeløn betales, således at der ved beregning af 6 måneders perioden ikke skal medregnes perioder med sygeløn under graviditetsbetaget sygdom, graviditets-, barsels-, fædre og forældreorlov samt adoption.

Hertil kommer, at varighedsbegrænsningen i § 43, stk. 3, efter HK's opfattelse er i strid med **ligestillingslovgivningen**. Varighedsbegrænsningen vil således ramme kvinder, der er gravide, eller som lige har født, i langt større udstrækning, end den vil ramme mænd, og bestemmelsen har derfor en udtalt kønsskæv effekt og er udtryk for **kønsdiskriminering af kvinder**. Forbundet har herved henvist til bl.a. EF Domstolens dom af 30. juni 1998 i sag C-394/96 (Mary Brown) og domstolens dom af 13. februar 1996 i sag 342/93 (Gillespie).

Det er endvidere ifølge HK i strid med **Graviditetsdirektivets** artikel 8 og artikel 11, nr. 2, litra a, at indføre begrænsninger i retten til optjening af feriegodtgørelse i den særlige beskyttelsesperiode på 14 uger, hvor kvinder skal sikres barselsorlov, jf. direktivets artikel 8, stk. 1, smh. herved EF Domstolens dom af 27. oktober 1998 i sag C 411/96 (Boyle), præmis 68.

Endelig er varighedsbegrænsningen efter forbundets opfattelse direkte diskriminerende i henhold til **Ligebehandlingsdirektivet/ Ligebehandlingslovens** § 1, stk. 2, 2. pkt., subsidiært indirekte diskriminerende i henhold til samme lovs § 1, stk. 3, og direkte diskriminerende i henhold til **Ligelønsdirektivet/ Ligelønslovens** § 1a, stk. 1, 2. pkt., subsidiært indirekte diskriminerende i henhold til samme lovs § 1a, stk. 2, relateret til køn.

På denne baggrund er overenskomstens ordlyd og parternes forudsætninger uden betydning for afgørelsen af HK's krav. Det gøres derfor gældende, at perioder med sygeløn under graviditetsbetiget sygdom, graviditets-, barsels-, fædre- og forældreorlov eller adoption ikke skal medregnes ved opgørelse af 6 måneders perioden i § 43, stk. 3. Der skal derimod uden begrænsning ydes feriegodtgørelse af sygeløn i alle de ovennævnte situationer, subsidiært skal der – som minimum og uden begrænsning – ydes feriegodtgørelse af sygeløn i barselsperioden på 14 uger.

GA har til støtte for frifindelsespåstanden gjort gældende, at varighedsbegrænsningen i § 43, stk. 3, ikke kan tilsidesættes som stridende mod **ferieloven**. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med de overordentligt gunstige sygelønsregler i overenskomsten – jf. her også Bjarne Nielsens forklaring – og den tilsigter alene at sætte en rimelig øvre grænse for, hvor længe arbejdsgivere skal udbetale feriegodtgørelse til medarbejderne. Det forhold, at medarbejdere får sygeløn i forbindelse med barselsorlov, hviler på overenskomstens regler, og hvor meget medarbejderne har krav på under barslen, er forskelligt fra overenskomstområde til overenskomstområde og er alene udtryk for, hvor langt organisationerne har strakt sig under overenskomstforhandlingerne. Den grafiske overenskomst sikrer både mænd og kvinder feriegodtgørelse under sygdom og barsel i op til 6 måneder og i et samlet tidsrum, hvilket klart stiller lønmodtagerne bedre end, hvad der følger af ferielovens § 25 (4 måneder).

GA har endvidere gjort gældende, at varighedsbegrænsningen siden 1991 ikke har kunnet tilsidesættes med henvisning til, at den skulle være i strid med ferieloven, og i hvert fald må en tilsidesættelse med denne begrundelse være udelukket i dag, hvor ferieloven siden 2000 har givet mulighed for fravigelse af dens udgangspunkt med hensyn til beregning af feriegodtgørelse, og hvor overenskomsten har været genforhandlet i 2004, 2007 og 2010. GA har herved tillige henvist til, at et af Lars Bram omtalt protokollat fra overenskomstfornyelsen i 2004 viser, at spørgsmålet om feriegodtgørelse i forbindelse med graviditet og barsel til bogbindere har været forhandlet i 2004.

Over for HK's anbringender om **ligestillingslovgivningen** har GA anført, at varighedsbegrænsningen ikke er udtryk for direkte eller indirekte diskrimination, og særligt for så vidt angår forældreorlov og adoption, som også er omfattet HK's principale anerkendelsespåstand, har GA anført, at overenskomstens regler herom er kønsneutrale, hvorfor der på ingen måde kan være tale om diskrimination.

I øvrigt er tvisten i denne sag efter GA's mening afgjort med afgørelsen i 1999 i den ovenfor af Bjarne Nielsen omtalte faglige voldgiftssag mellem Grafisk Forbund og Color Print A/S.

## **FORMANDSKABETS BEGRUNDELSE OG KONKLUSION**

Der har ikke blandt de af parterne valgte medlemmer af voldgiftsretten kunnet opnås flertal for en afgørelse. Afgørelsen træffes derfor af formandskabet, der udtaler:

Som tidligere anført beror afgørelsen af denne sag på, om parternes hidtidige forståelse og administrering af bestemmelsen i den grafiske overenskomst § 43, stk. 3, om varighedsbegrænsning må tilsidesættes som stridende mod ferieloven, og/ eller om bestemmelsen må tilsidesættes som værende i modstrid med Graviditetsdirektivet, Ligebehandlingsdirektivet/Ligebehandlingsloven og/eller Ligelønsdirektivet/Ligelønsloven.

For så vidt angår spørgsmålet om varighedsbegrænsningens forhold til ferieloven bemærkes, at § 43, stk. 3, har været i overensstemmelse med ferieloven siden lovens revision i 2000. Siden da er bestemmelsen blevet gentaget flere gange ved fornyelser af overenskomsten, uden at

spørgsmålet har været egentligt forhandlet, uanset at det efter de afgivne forklaringer kan lægges til grund, at HK/Privat efter ca. 2003 har været af den opfattelse, at der kunne være et problem. Allerede af denne grund kan HK ikke på dette grundlag få medhold i sine påstande.

Med hensyn til HK's øvrige anbringender – der bygger på direkte eller indirekte diskrimination i relation til køn – bemærkes, at disse anbringender synes vanskeligt forenelige med udformningen af forbundets principale anerkendelsespåstand, der blandt andet går ud på, at der ved opgørelsen af 6 måneders varighedsbegrænsningen ikke skal medregnes perioder med sygeløn under fædre- og forældreorlov samt adoption. Synspunktet ses ikke nærmere begrundet i skriftvekslingen og er ikke særskilt nævnt af HK under proceduren.

HK kan allerede af den grund heller ikke få medhold i anerkendelsespåstanden vedrørende de nævnte situationer.

I øvrigt bemærkes, at der ved bestemmelserne i den grafiske overenskomst om sygeløn tillægges de ansatte markant bedre ydelser, end der ville kunne kræves efter nogen af de af HK omtalte minimumsregler. Vi finder det utvivlsomt, at den – rimelige – varighedsbegrænsning i overenskomstens § 43, stk. 3, for udbetaling af feriegodtgørelse af sygelønnen, der gennem en meget lang årrække er blevet fortolket og administreret i overensstemmelse med parternes fælles forståelse, ikke kan tilsidesættes ud fra HK's betragtninger om direkte eller indirekte diskrimination. Dette gælder både den principale og den subsidiære anerkendelsespåstand.

Herefter kan der heller ikke gives HK medhold i betalingspåstandene, og GA's påstand om frifindelse tages derfor i det hele til følge.

### **THI BESTEMMES:**

Indklagede, Grafisk Arbejdsgiverforening for Sangill Grafisk I/S, frifindes.

Hver part skal bære sine sagsomkostninger og skal i det indbyrdes forhold betale halvdelen af formandskabets honorar og udgifter.

København, den 28. oktober 2011.

Poul Sørensen

Per Sørensen

Mogens Hornslet