

OPMANDSKENDELSE

i

Faglig Voldgift

(FV 2012.0033)

DIO I ved DI

(advokat Thomas Nielsen)

mod

3f Industri (Emballage)

og

HK/Privat

(advokat Ane Kristine Lorentzen)

Afsagt den 27. november 2012

## 1. Parternes uenighed

Der er under denne sag tvist mellem parterne om gyldigheden af bestemmelser i parternes overenskomst, som afskærer arbejdsgiveren fra – uanset at denne har betalt bidrag til Emballageindustriens Sociale Fond og til Emballageindustriens Uddannelsesfond for alle sine medarbejdere – at modtage refusion fra fondene for udgifter vedrørende medarbejdere, som ikke er medlem af et af de overenskomstbærende forbund.

Hvad angår retten til at få refusioner fra *Emballageindustriens Sociale Fond*, er parterne enige om, at overenskomstens bestemmelser indebærer, at arbejdsgiveren alene er overenskomstmæssigt forpligtet til at betale supplerende sygeløn til medarbejdere, der er organiseret i et af de overenskomstbærende forbund, og at arbejdsgiveren fra fonden alene kan opnå refusion for supplerende sygeløn udbetalt til disse medarbejdere. Klager har ikke anfægtet lovligheden af denne ordning som sådan, men gør gældende, at det er i strid med § 5, stk. 1, nr. 4, i lov nr. 417 af 8. maj 2006 om barselsudligning på det private arbejdsmarked (barseludligningsloven), at arbejdsgiveren ikke kan få refusion fra fonden, såfremt han vælger at udbetale supplerende sygeløn til medarbejdere, som ikke er organiseret i et af de overenskomstbærende forbund, ved adoption eller ved graviditets-, barsels-, fædre- og forældreorlov.

Tvisten i forhold til *Emballageindustriens Uddannelsesfond* angår for det første, om en praksis, som har udviklet sig om, at arbejdsgiveren udbetaler fuld løn til medarbejdere, der gør brug af deres ret efter overenskomstens § 81, stk. 2, til mindst to ugers frihed om året til efter- eller videreuddannelse, også er overenskomstmæssigt bindende, hvor det er en medarbejder, der ikke er organiseret i et af de overenskomstbærende forbund, som gør brug af denne ret. Hvis dette antages, således at der består en overenskomstmæssig pligt til at betale fuld løn i de nævnte to uger til alle medarbejdere, angår tvisten, om det er i strid med lov om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet, jf. lovbekendtgørelse nr. 424 af 8. maj 2006 (foreningsfrihedsloven), at overenskomsten kun giver arbejdsgiveren mulighed for at få refusion fra Emballageindustriens Uddannelsesfond for medarbejdere, der er organiseret i et af de overenskomstbærende forbund.

## 2. Sagens indbringelse for og behandling ved faglig voldgift

Sagen er indbragt for faglig voldgift ved klageskrift af 14. august 2012 med bilag A-K. De indklagede afgav den 28. august 2012 svarskrift vedlagt bilag 1-18. Klager afgav replik af 4. september 2012 og har yderligere fremlagt bilag L-P. De indklagede afgav duplik 7. september 2012 og har yderligere fremlagt bilag 19-20.

Sagen blev mundtligt forhandlet den 18. september 2012 for en faglig voldgiftsret med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: Underdirektør Sanne Claudius Stadil og sekretariatsleder Karsten Almosetoft.

Udpeget af de indklagede: Forhandlingssekretær Peter Andersen og faglig sekretær Anita Reinhardt.

Til varetagelse af opmandsopgaven er udpeget et udvidet formandskab bestående af højesteretsdommerne Lene Pagter Kristensen, Jytte Scharling og Poul Dahl Jensen.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af forhandlingssekretær Peter Andersen.

Sagen blev fra klagers side procederet af chefkonsulent, advokat Thomas Nielsen og fra indklagedes side af advokat Ane K. Lorentzen.

Da der efter forhandling og votering ikke blandt de af parterne valgte medlemmer af voldgiftsretten kunne opnås enighed om eller flertal for en afgørelse, træffes afgørelsen af opmændene. Parterne er enige om, at opmændenes afgørelse kan ske ved kendelse, som affattes uden fuldstændig sagsfremstilling.

### **3. Påstande**

Klager, DIO I ved DI, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1: (barsel m.v)

Indklagede skal anerkende, at arbejdsgivere har krav på at modtage refusion fra Emballageindustriens Sociale Fond for udbetalt supplerende sygeløn i forbindelse med graviditetsorlov, barselorlov, fædre- eller forældreorlov for de medarbejdere omfattet af Emballageoverenskomsten, som arbejdsgivere måtte vælge at udbetale supplerende sygeløn til, uanset medarbejdernes faglige organisering, så længe den frivillige betaling fra arbejdsgiverne finder sted i samme omfang og under samme betingelser i øvrigt, som medarbejdere organiseret i de overenskomstbærende forbund efter overenskomsten er berettiget til.

Påstand 2: (uddannelse)

Indklagede skal anerkende, at arbejdsgivere har krav på at modtage refusion fra Emballageindustriens Uddannelsesfond for udbetalt løn under uddannelse i henhold til overenskomstens regler for samtlige medarbejdere, der udfører kartonnagearbejde, uanset deres faglige organisering.

De indklagede, 3f Industri (Emballage) og HK/Privat, har påstået frifindelse.

### **4. Sagsfremstilling, retsgrundlag mv.**

A. *Ad tvisten vedrørende Emballageindustriens Sociale Fond:*

a) Overenskomstgrundlaget

Overenskomst 2012-2014 mellem DI Overenskomst I for Emballageindustrien, Plastindustrien i Danmark, samt 3f Industri (Emballage) og HK/Privat anfører i sin præambel bl.a. følgende (indføjet i overenskomsten i 2004):

”Parterne er enige om, at hvor lovgivningen fremover måtte gribe ind i parternes bestemmelser og deraf affødte rettigheder, er parterne forpligtet til positivt at medvirke til, at det oprindelige aftaleforhold genoprettes i det omfang, det er teknisk og lovmæssigt muligt.”

Overenskomsten indeholder i afsnit 10 og 11 en række bestemmelser vedrørende Emballageindustriens Sociale Fond og om retten til sygeløn/sygehjælp og supplerende sygeløn/sygehjælp. Det er af parterne oplyst, at sygehjælp/sygeløn er anvendt som synonyme begreber, og at begrebet ”sygeløn” også er anvendt om ydelser udbetalt under barsel og orlov, selv om medarbejderen ikke er syg. Det er endvidere oplyst, at sygeløn udgør den sygemeldte medarbejders personlige løn på dagtur ved sygdommens indtræden, jf. overenskomstens § 42, stk. 1, mens supplerende sygeløn udgør differencen mellem den til enhver tid gældende sygedagpengesats og medarbejderens dagtursløn. Herudover betaler arbejdsgiveren feriepenge, pension og fritvalgslønkonto af sygelønnen, men de sidstnævnte ydelser refunderes ikke af Socialfonden.

Det hedder i overenskomstens afsnit 10 og 11 bl.a.:

”AFSNIT 10

SOCIALFOND

§ 38 EMBALLAGEINDUSTRIENS SOCIALE FOND

Den 1. januar 2000 har overenskomstparterne etableret Emballageindustriens Sociale Fond i overensstemmelse med nedenstående fondsbestemmelser. Parterne er enige om som udgangspunkt at sikre de eksisterende ydelser fra de tidligere fonde, lige som de eksisterende uddannelsesfonde for faglærte og ufaglærte medlemmer af HK/Privat opretholdes.

*Fondens formål*

1. Fonden har til formål at yde refusion af udbetalt supplerende sygeløn til de af overenskomsten mellem DIO I og 3f Industri (Emballage) / HK/Privat omfattede virksomheder, der har udbetalt sygeløn efter overenskomstens regler om sygeløn.
2. Fonden har til formål at yde supplerende sygeløn ved adoption, graviditets-, barsels-, fædre- og forældreorlov.

...

*Arbejdsgiverorganisationernes garantiforpligtelser*

7. Arbejdsgiversiden garanterer for, at de nødvendige midler til opfyldelse af fondens formål til enhver tid er til stede.

*Bidrag til fonden*

8. Til finansiering af Emballageindustriens Sociale Fond vil der for arbejdsgivere, der er medlem af DIO I, blive opkrævet et bidrag til fonden pr. ansættelsesuge for samtlige medar-

bejdere – med undtagelse af elever – som er beskæftiget ved det af overenskomsten omfattede arbejde.

Der opkræves ét bidrag pr. påbegyndt ansættelsesuge for fuldtidsansatte og ét bidrag for deltidansatte med en ugentlig arbejdstid på 25 timer eller derunder. Bidraget fastsættes af fondens bestyrelse.

Offentlige virksomheder med videregående ordninger kan holdes uden for ovenstående indbetalinger til fonden.

For arbejdsgivere uden medlemskab af DIO I vil der blive opkrævet et bidrag pr. medarbejder fastsat af fondens bestyrelse tillagt et administrationsbidrag.

...

#### *Virksomhedernes refusionsret fra fonden*

9. Omfanget af virksomhedernes ret til refusion af supplerende sygeløn fra fonden fastsættes af fondens bestyrelse for 1 år ad gangen.

#### *Sygeløn ved adoption, graviditet og fødsel*

10. Supplerende sygeløn efter reglerne i § 54 udbetales af fonden.

#### *Medarbejdere som ikke har ret til supplerende sygeløn fra arbejdsgiveren*

11. Medarbejdere, der har 13 ugers aktivt medlemskab af 3f Industri (Emballage) / HK/Privat ITMK (IT, Medie & Kommunikation), men som ikke har ret til supplerende sygeløn fra arbejdsgiveren, får supplerende sygeløn udbetalt fra fonden, det vil sige de personer, der har 13 ugers aktivt medlemskab af 3f Industri (Emballage) / HK/Privat ITMK (IT, Medie & Kommunikation), men som ikke opfylder betingelserne i § 41 eller som opsiges efter § 49, stk. 2.

### § 39 SYGEHJÆLP

1. Retten til supplerende sygehjælp opnås efter 13 ugers aktivt medlemskab af 3f Industri (Emballage) / HK/Privat (MedieGrafisk).

2. Medarbejderen må overfor sin arbejdsgiver forevise gyldig dokumentation for sit aktive medlemskab af forbundet.

3. Er disse betingelser opfyldt, udbetales den supplerende sygehjælp af arbejdsgiveren. I hvert enkelt sygdomstilfælde har arbejdsgiveren en selvrisko på 5 uger (35 kalenderdage). Fra den 36. kalenderdag i hvert enkelt sygdomstilfælde modtager arbejdsgiveren refusion fra fonden.

4. Såfremt medarbejderen er berettiget til supplerende sygehjælp, men arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at udbetale denne, udbetales den supplerende sygehjælp til medarbejderen gennem forbundet.

...

#### *Refusion af udbetalt supplerende sygehjælp*

9. Den af virksomheden udbetalte supplerende sygehjælp refunderes af fonden. Dog refunderes der ikke for supplerende sygehjælp for de første 5 uger (35 kalenderdage) i hvert enkelt sygdomstilfælde. ...

## AFSNIT 11

### SYGELØN

#### § 40 SYGELØN

1. I det Dagpengeloven og den sociale fonds bestemmelser i øvrigt er gældende, gælder nedenstående regler om sygeløn.
2. Sygeløn ydes som erstatning for tab af indtægt ved uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, herunder tilskadekomst, fødsel eller adoption.

#### § 41 ANSÆTTELSES- OG BESKÆFTIGELSESKRAV

1. Det er en betingelse for at modtage sygeløn fra arbejdsgiveren, at medarbejderen har været ansat hos arbejdsgiveren i de sidste 13 uger før sygefraværet, og at medarbejderen i denne periode har været beskæftiget i mindst 120 timer hos arbejdsgiveren

...

#### § 42 SYGELØNNENS STØRRELSE

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

...

#### § 54 SYGELØN VED GRAVIDITET, ADOPTION OG FØDSEL

1. En kvinde er under fravær fra arbejdet på grund af graviditet berettiget til sygeløn fra det tidspunkt, hvor der skønnes at være 4 uger til fødslen (graviditetsorlov). Såfremt fødslen ikke har fundet sted inden udløbet af de 4 uger, ydes sygeløn frem til fødselstidspunktet.
2. En kvinde er under fravær fra arbejdet på grund af fødsel berettiget til sygeløn fra dagen efter fødslen og i en periode på op til 24 uger (barselorlov og forældreorlov).
3. Arbejdsgiveren yder på samme måde betaling til faderen i op til 10 uger. Disse uger kan afvikles indenfor 52 uger efter fødslen. Under forudsætning af lokal enighed, kan forældreorloven opdeles i flere perioder.
4. Det er en forudsætning for betalingen, at arbejdsgiveren er berettiget til refusion svarende til den maksimale dagpengesats. Såfremt refusionen måtte være mindre nedsættes betalingen til medarbejderen tilsvarende.

Aftalen om implementering af EU-direktivet om forældreorlov er optrykt i § 123.

#### § 55 FÆDREORLOV

1. Til mænd med 9 måneders anciennitet på fødselstidspunktet er der ret til fuld løn i indtil 2 ugers fædreorlov, der betales som ved sygdom. Beløbet indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats.”

Der er mellem parterne enighed om, at de citerede bestemmelser fra overenskomsten indebærer, at arbejdsgiveren alene er overenskomstmæssigt forpligtet til at udbetale supplerende sygeløn i for-

bindelse med adoption, graviditet, fødsel, barsel, fædre- og forældreorlov, til medarbejdere, der er organiseret i et af de overenskomstbærende forbund, samt at arbejdsgiveren alene kan opnå refusion fra Socialfonden for udbetalt supplerende sygeløn til disse medarbejdere.

b) Indførelse af decentrale barseludligningsordninger i overenskomster

Dansk Arbejdsgiverforening (DA) og Landsorganisationen i Danmark (LO) indgik i foråret 2004 aftale om en barseludligningsordning på baggrund af et mæglingforslag fra forligsmanden af 26. marts 2004, hvori det bl.a. hedder:

”Barseludligning

LO og DA er enige om, at der etableres en ordning, der inden for nærmere fastsatte bestemmelser udligner virksomhedernes overenskomstmæssige udgifter til barsel, således at udgiften ikke påhviler den enkelte arbejdsgiver alene.

Formålet er at understøtte et arbejdsmarked med lige muligheder for kvinder og mænd.

Alle virksomheder i arbejdsgiverorganisationer, der er medlemmer af Dansk Arbejdsgiverforening, indgår i barseludligningsordningen. Disse ordninger er obligatoriske for de overenskomstdækkede medarbejdere. Ordningerne består overvejende af branchevise udligningsordninger, der er kædet sammen i en fælles udligningsordning. Etablerede ordninger indgår hermed i den fælles udligning.

Ordningerne, der forudsætter opretholdelse af fuld dagpengerefusion, etableres snarest muligt og senest den 1. juli 2005 – afhængig af de administrative muligheder.”

Emballageoverenskomsten blev i 2004 omfattet af denne decentrale barseludligningsordning.

c) Barseludligningsloven

Lov nr. 417 af 8. maj 2006 om barseludligning på det private arbejdsmarked, som trådte i kraft den 1. oktober 2006, indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

*“Anvendelsesområde*

§ 1. Loven finder anvendelse for det private arbejdsmarked.

*Stk. 2.* Loven finder ikke anvendelse for den del af det private arbejdsmarked, der har indgået overenskomst om en decentral ordning om barseludligning, som er godkendt i henhold til § 5.

*Refusion*

§ 2. Alle arbejdsgivere kan modtage refusion for ansatte lønmodtagere, der efter barsellovens regler har ret til barseldagpenge under fravær på grund af graviditet, fødsel og adoption, medmindre arbejdsgiveren er omfattet af en godkendt decentral ordning om barseludligning og lønmodtageren er tilsluttet denne.

...

§ 3. Refusionen udgør forskellen mellem barseldagpenge og løn under barsel inden for et fast kroneloft på 142 kr. pr. time. Beløbet reguleres årligt ...

...

### *Bidrag*

§ 4. Alle arbejdsgivere indbetaler et bidrag til barseludligningsordningen pr. ansat lønmodtager. Dog indbetaler arbejdsgiveren ikke bidrag for lønmodtagere, som er tilsluttet en godkendt decentral barseludligningsordning, jf. § 5. ...

...

### *Decentrale barseludligningsordninger*

§ 5. Arbejdsgivere kan undtages fra loven for de lønmodtagere, der er tilsluttet en godkendt decentral barseludligningsordning, som skal opfylde følgende krav:

- . 1) Andelen af kvinder i ordningen skal udgøre mindst 30 pct.,
- . 2) ordningen skal være aftalt mellem en arbejdsgiverorganisation og en lønmodtagerorganisation og omfatte mindst 5.000 lønmodtagere,
- . 3) alle arbejdsgivere skal bidrage til ordningen,
- . 4) alle lønmodtagere, som under barsel får løn, der overstiger barseldagpengene, skal udløse refusion til deres arbejdsgivere,
- . 5) udgifterne i ordningen skal pr. år svare til et bidrag på minimum 0,2 pct. Af virksomhedens lønsum eller minimum 700 kr. pr. fuldtidsmedarbejder,
- . 6) refusionen fra ordningen skal mindst udgøre forskellen mellem barseldagpenge og den overenskomstmæssigt aftalte løn under barsel op til en timeløn på mindst 140 kr., og
- . 7) refusionsperioden i ordningen skal have en længde, der op til mindst 26 uger følger den overenskomstmæssigt aftalte periode for løn under barsel.

*Stk. 2.* Ministeren for familie- og forbrugeranliggender godkender efter ansøgning den decentrale ordning. Ansøgningen skal indeholde oplysninger, som dokumenterer, at den decentrale barseludligningsordning opfylder de i stk. 1, nr. 1-7, opstillede krav. ..”

Det hedder i forarbejderne til loven bl.a., jf. LFF2005-2006.1.102, s. 2, 6 og 8:

“ Almindelige bemærkninger

#### 1. Indledning

Forslag til lov om barseludligning på det private arbejdsmarked (barseludligningsloven) er fremsat med det formål at etablere en udligningsordning for arbejdsgivere, således at der sker indbyrdes udligning af arbejdsgivernes udgifter til løn i forbindelse med medarbejdernes adoptions-, graviditets-, barsel-, fædre-, eller forældreorlov (i det følgende barselorlov).

Lovforslagets overordnede formål er at fremme ligestillingen mellem kvinder og mænd på det private arbejdsmarked, ved at alle lønmodtagere bliver omfattet af en barseludligningsordning, således at der ikke er lønmodtagergrupper, der bliver valgt fra, fordi arbejdsgiverne får markante økonomiske udgifter under barsel.



En udligningsordning udligner arbejdsgivernes udgifter ved medarbejderes barselorlov. Barseludligningsordninger kan være etableret ved aftale eller ved lov. Med lovforslaget etableres en lovbasert barseludligningsordning for den del af det private arbejdsmarked, som ikke er dækket af aftaler om barseludligning.

Formålet med barseludligningsordninger er at øge ligestillingen mellem kvinder og mænd via udligning af arbejdsgivernes udgifter til medarbejdernes barselorlov. Lovforslaget har således ikke til hensigt at kompensere enkelte arbejdsgivere med særlige høje udgifter eller at fremme andre forhold såsom højere løn eller løn i længere tid under barsel.

## 2. Lovforslagets baggrund

Ministeriet for Familie- og Forbrugeranliggender nedsatte i april 2005 en arbejdsgruppe med deltagelse fra Beskæftigelsesministeriet, Ligestillingsafdelingen i Socialministeriet, Finansministeriet, Skatteministeriet, Økonomi- og Erhvervsministeriet samt med administrativteknisk bistand fra Arbejdsmarkedets Tillægspension (ATP). Arbejdsgruppen fik til opgave at udarbejde en model for en lovbasert barseludligningsordning. Om oprettelse af en lovbasert barseludligningsordning anføres der i Regeringsgrundlaget »Nye mål« (februar 2005) følgende:

»Regeringen vil foreslå, at der etableres en »barselsfond« for den del af arbejdsmarkedet, som efter afslutningen af overenskomstforhandlingerne i foråret 2005 ikke er omfattet af »barselsfonde« aftalt i overenskomster. En barseludligningsfond styrker kvinders position på arbejdsmarkedet. Når arbejdsgiverne deler deres omkostninger ved barsel, reduceres den enkelte arbejdsgivers udgifter til ansatte, som går på barsel. Det styrker ligestillingen. Alle, der ikke er dækket af en barseludligningsfond via en kollektiv overenskomst, bliver omfattet af en obligatorisk ordning. Dermed bliver alle dækket. Ordningen skal træde i kraft i 2006.«

Arbejdsgruppen har til brug for sit arbejde taget udgangspunkt i en redegørelse fra Barselfondudvalget om barseludligningsordninger (maj 2004). Redegørelsens model 4 skitserer en barseludligningsordning, der alene omfatter den del af det private arbejdsmarked, der ikke er omfattet af den aftale om barseludligning, som er indgået mellem Dansk Arbejdsgiverforening (DA) og Landsorganisationen i Danmark (LO) i foråret 2004.

Arbejdsgruppen har herefter udarbejdet et forslag til en lovbasert ordning om barseludligning for den del af det private arbejdsmarked, som ikke er omfattet af en aftalebaseret barseludligningsordning, der opfylder visse nærmere fastsatte krav og dermed kan godkendes efter loven. Barseludligningsordningen på DA/LO-området har været normdannende for arbejdet med den lovbaserede ordning.

...

Arbejdsgruppen foreslår en model for en lovbasert barseludligningsordning for det private arbejdsmarked, som dels skal styrke kvinders position på arbejdsmarkedet og dels skal være administrativt simpel og give arbejdsgiverne så få administrative byrder som muligt. Ordningen har til formål at udligne arbejdsgivernes udgifter til løn under barsel og ikke andre forhold (f.eks. udbredelse af løn under barsel).

Det er hensigten, at ordningen skal være obligatorisk for alle private arbejdsgivere, der har ansatte, som ikke er tilsluttet en godkendt decentral ordning, uanset om arbejdsgiveren betaler løn under barsel. Det betyder bl.a., at alle arbejdsgivere, der ikke er dækket af en godkendt

decentral aftale, skal yde et bidrag til den lovbaserede ordning, uanset om de betaler løn under barsel eller ej.

...

Arbejdsgiveren vil være berettiget til refusion for alle ansatte lønmodtagere, som ikke er tilsluttet en godkendt decentral barseludligningsordning, som er på adoptions-, graviditets-, barsel-, fædre- eller forældreorlov, som får løn under barsel, og som er berettiget til barseldagpenge.

...

## 6. Økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet

...

### Løndrivende effekt

En obligatorisk udligningsordning vil betyde, at der vil være arbejdsgivere, som kommer til at bidrage til en barseludligningsordning, uden at de i første omgang får noget igen, fordi de hverken efter overenskomst eller individuel aftale betaler løn under barsel til deres ansatte eller har ansatte, som har barselsorlov.

En sådan udligningsordning vil formentlig tilskynde til, at arbejdsgivere efter ordningens ikrafttræden vil efterkomme ønsker fra deres ansatte eller måske selv tilbyde dem løn under barsel op til ordningens maksimum. Det vil for den enkelte arbejdsgiver være praktisk talt omkostningsfrit at give et sådant tilbud. Man taler om en løndrivende effekt.

..

### Omfordeling

Da formålet med en udligningsordning er at udligne arbejdsgivernes udgifter til løn under barsel, vil der være virksomheder/brancher, der bidrager mere til ordningen end de modtager i refusion. Der forventes derfor en vis udligning mellem brancherne ....

...

## 10. Ligestillingsmæssige konsekvenser

En barseludligningsordning udligner hele eller dele af forskellen i indirekte lønomkostninger mellem kvinder og mænd. Ordningen kan derfor betyde, at arbejdsgiveren vil være mere interesseret i at ansætte kvinder i den fødedygtige alder. Det kan øge beskæftigelsesfrekvensen for denne gruppe. Samtidig vil det for kvinderne betyde, at kvinder i den fødedygtige alder får bedre mulighed for at opnå/bevare tilknytning til arbejdsmarkedet. For højtlønnede kvinder i den fødedygtige alder vil arbejdsgiverne med ordningen få refunderet en større andel af udgifterne til løn under barsel, end det er tilfældet i dag, hvor arbejdsgiverne kun kan få refunderet et beløb svarende til dagpengerefusionen. Risikoen, for at økonomiske forhold hindrer ansættelse af kvinder i den fødedygtige alder, formindskes således med lovforslaget for alle kvinder, der tjener mere end dagpengerefusionen. Det kan endvidere betyde, at villigheden til at ansætte kvinder inden for traditionelt mandsdominerede områder bliver større. En barseludligningsordning kan spille en rolle for nedbrydning af det kønsopdelte arbejdsmarked.

....

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Anvendelsesområde

Til § 1

...

En privat arbejdsgiver kan både have medarbejdere, der er omfattet af en godkendt decentral barseludligningsordning og andre medarbejdere, der er omfattet af den lovbaserede ordning. Det afhænger af, hvilke medarbejdere aftalerne om barseludligning omfatter. De medarbejdere, der ikke er omfattet af en godkendt aftalt udligningsordning vil blive omfattede af den lovbaserede ordning.”

Efter vedtagelsen af lov om barseludligning på det private arbejdsmarked ansøgte DA om godkendelse af DA-barseludligningsordningen. I DA's ansøgning af 1. august 2006, der bl.a. omfattede Emballageindustriens Barselsfond, var bl.a. anført, at ”virksomheder, som betaler løn til medarbejdere, som er fraværende på grund af barsel m.v. i henhold til overenskomster, individuelle ansættelsesaftaler m.v., har ret til refusion op til 141,40 kr. pr. time inkl. den maksimale dagpengesats.” Familiestyrelsen imødekom ansøgningen og godkendte ved brev af 2. august 2006 DA-Udligning bl.a. omfattende Emballageindustriens Barselsfond.

*B. Ad tvisten vedrørende Emballageindustriens Uddannelsesfond:*

a) Overenskomstgrundlaget

Emballageoverenskomsten indeholder bl.a. følgende bestemmelser vedrørende uddannelse og Emballageindustriens Uddannelsesfond:

”AFSNIT 17

UDDANNELSE

§ 81 RET TIL UDDANNELSE

1. Organisationerne er enige om, at medarbejderne under fornødent hensyn til virksomhedens forhold kan opnå den fornødne frihed til deltagelse i faglig relevant efteruddannelse efter eget valg.

2. Den enkelte medarbejder har dog – placeret under fornødent hensyn til virksomhedens forhold – efter 9 måneders beskæftigelse ret til mindst 2 ugers frihed om året til efter- eller videreuddannelse, der er relevant for virksomheden.

...

§ 90 EMBALLAGEINDUSTRIENS UDDANNELSESFOND

(alene gældende for KART. Gælder ikke medlemmer af Plastindustrien i Danmark)

...

3. Med det formål at sikre forbundets medlemmer den højst mulige beskæftigelse og lette overgangen til nye produktionsformer, er parterne enige om at anbefale virksomhederne og medarbejderne at deltage i den etablerede industrioperatøruddannelse samt branchens øvrige kursusudbud.

4. For at sikre forbundets medlemmer deres normale løn eksklusiv genetillæg ved supplement til det offentlige tilskud samt sikre en fortsat udbygning af uddannelsen indbetaler virksomheder med medlemskab af Dansk Arbejdsgiverforening kr. 10,00 om ugen pr. medarbejder under overenskomstens arbejdsområde.

5. Virksomheder med særoverenskomster indbetaler kr. 13,00 om ugen pr. medarbejder under overenskomstens arbejdsområde. Beløbet indbetales kvartalsvis bagud.

6. Arbejdsgiverne disponerer i enighed med forbundet over midlerne, der indbetales til Emballageindustriens Uddannelsesfond.”

b) Ændringen i 2006 af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold

Ved lov nr. 359 af 26. april 2006 om ændring af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold ændredes lovens titel til ”lov om foreningsfrihed på arbejdsmarkedet”, og lovens beskyttelse blev udvidet til at angå både ansættelses- og afskedigelsessituationer. Loven indeholder således i dag bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 1. En arbejdsgiver må ikke undlade at ansætte en ansøger til en ledig stilling eller afskedige en lønmodtager, fordi denne er medlem af en forening eller af en bestemt forening.

§ 2. En arbejdsgiver må ikke undlade at ansætte en ansøger til en ledig stilling eller afskedige en lønmodtager, fordi denne ikke er medlem af en forening eller af en bestemt forening.

...

§ 4 c. Bestemmelser i kollektive overenskomster eller aftaler, der forpligter en arbejdsgiver til udelukkende eller fortrinsvis at beskæftige lønmodtagere, der er medlem af en forening eller en bestemt forening, er ugyldige. Tilsvarende gælder bestemmelser i kollektive overenskomster eller aftaler, der berettiger eller forpligter en arbejdsgiver til udelukkende eller fortrinsvis at beskæftige lønmodtagere, der ikke er medlem af en forening eller en bestemt forening.

Stk. 2. Bestemmelser i kollektive overenskomster eller aftaler, der forpligter en lønmodtager til udelukkende eller fortrinsvis at have beskæftigelse hos en arbejdsgiver, der er medlem af en forening eller en bestemt forening, er ugyldige.

Stk. 3. Andre bestemmelser i kollektive overenskomster eller aftaler, der giver bestemte fagforeninger eneret eller fortrinsret til at anvise arbejdskraft til arbejdsgivere, der er omfattet af den kollektive overenskomst eller aftale, er ugyldige.”

Om baggrunden for lovændringen hedder det i lovens forarbejder bl.a., jf. LFF2005-2006.1.153, s. 1 og 3-6:

“Lovforslaget har til formål at bringe lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (herefter foreningsfrihedsloven) i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 11 om beskyttelse af foreningsfriheden, således som

den er fortolket ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 11. januar 2006 om eksklusivaftaler på arbejdsmarkedet. På baggrund af Domstolens afgørelse indeholder lovforslaget et forbud mod eksklusivbestemmelser på arbejdsmarkedet og et forbud mod, at en arbejdsgiver lægger vægt på foreningsforhold i forbindelse med ansættelse og afskedigelse.

...

#### 4.1. Ansættelsessituationen

Forslaget har til formål at forbyde, at en arbejdsgiver i en ansættelsessituation stiller krav om, at en ansøger til en ledig stilling er medlem eller ikke er medlem af en forening eller en bestemt forening som forudsætning for ansættelsen. Med henblik på at udvide beskyttelsen af foreningsfriheden på arbejdsmarkedet foreslås det således, at en arbejdsgiver i forbindelse med ansættelse ikke må lægge vægt på en ansøgers foreningsmæssige tilhørsforhold, dvs. at arbejdsgiveren ikke må undlade at ansætte en ansøger, fordi denne er medlem eller ikke er medlem af en forening eller en bestemt forening. Forslaget beskytter dermed både den positive og den negative foreningsfrihed i ansættelsessituationen.

#### 4.2. Afskedigelsessituationen

Lovforslaget har endvidere til formål at sikre lønmodtagere beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold i tilfælde af, at en lønmodtager ikke er medlem af en forening eller af en bestemt forening. Efter forslaget forbydes det, at en arbejdsgiver afskediger en lønmodtager på grund af dennes foreningsmæssige tilhørsforhold. Som en konsekvens heraf og for at sikre, at foreningsfrihedsloven lever op til kravene efter Menneskerettighedsdomstolens afgørelse af 11. januar 2006, foreslås det at ophæve § 2, stk. 2 og 3, i foreningsfrihedsloven. Med forslaget gøres der op med forudsætningssynspunktet, der hidtil har været et afgørende element i reguleringen af foreningsfriheden på arbejdsmarkedet. Forslaget indebærer, at en lønmodtager ikke længere lovligt vil kunne afskediges på grund af manglende foreningsmedlemskab - heller ikke i de tilfælde, hvor det i forbindelse med ansættelsen blev stillet som en ansættelsesbetingelse i henhold til den nugældende foreningsfrihedslov.

...

#### 4.4. Aftalebestemte og vedtægtsbestemte eksklusivbestemmelser m.v.

Forslaget har derudover til formål at ændre retstilstanden vedrørende de såkaldte eksklusivbestemmelser, som findes i en række kollektive overenskomster eller aftaler på det private arbejdsmarked. Forslaget skal sikre, at bestemmelser, som forpligter en arbejdsgiver til udelukkende eller fortrinsvis at beskæftige lønmodtagere, der er medlemmer af en forening eller en bestemt forening, ikke er gyldige. På samme måde skal forslaget sikre, at bestemmelser, som forpligter en lønmodtager til udelukkende eller fortrinsvis at have beskæftigelse hos en arbejdsgiver, som er medlem af en forening eller en bestemt forening, ikke er gyldige. Tilsvarende skal forslaget sikre, at andre kollektive overenskomster eller aftaler ikke indirekte medfører en begrænsning af foreningsfriheden, idet der er eksempler på aftaler, der giver bestemte fagforbund en eksklusiv anvisningsret på arbejdskraft til arbejdsgivere, der er omfattet af den pågældende aftale. Sådanne aftaler har den virkning, at arbejdsgiveren kun har lov til at ansætte personer, der er medlemmer af en bestemt fagforening, hvilket bevirker, at personer der ikke er medlemmer af den pågældende fagforening ikke har mulighed for at komme i betragt-

ning til ansættelse hos disse arbejdsgivere. Sådanne aftaler, der er egnede til at tvinge personer ind i bestemte fagforeninger, vil efter lovforslaget blive ugyldige.

...

For så vidt angår eksisterende eksklusivbestemmelser i gældende overenskomster, aftaler, vedtægter for arbejdsgiver- eller lønmodtagerorganisationer eller virksomheders interne reglementer vil sådanne bestemmelser være ugyldige ved lovens ikrafttræden. Dette gælder uanset på hvilket niveau sådanne overenskomster, aftaler, vedtægter m.v. er indgået. Det samme gælder andre bestemmelser, der giver bestemte fagforeninger eneret til anvisning af arbejdskraft.”

Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg anmodede i marts 2006 beskæftigelsesministeren om at kommentere en henvendelse fra Kristelig Fagbevægelse vedrørende det fremsatte lovforslag (L 153-bilag 1). Ministeren kommenterede henvendelsen således:

”Kristelig Fagbevægelse mener, at lovforslaget ikke fuldt ud sikrer foreningsfriheden, når lovforslaget ikke beskytter mod forskelsbehandling på grund af foreningsforhold under ansættelsen, men alene beskytter mod forskelsbehandling i ansættelses- og afskedigelsessituationen. Kristelig Fagbevægelse henviser til, at lovforslaget står i kontrast til den øvrige ansættelsesretlig lovgivning om beskyttelse mod forskelsbehandling.

Kristelig Fagbevægelse ønsker derfor, at foreningsforhold indføres som et generelt diskriminationskriterium i forskelsbehandlingsloven og at der sker en lempelse af bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grund af foreningsforhold.

Jeg er ikke enig med Kristelig Fagforening i de foreslåede ændringer. Lovforslaget har alene til formål at opfylde dommen fra Menneskerettighedsdomstolen – hverken mere eller mindre. Dommen vedrører beskyttelse af foreningsfriheden i forbindelse med ansættelse og afskedigelse, og derfor går lovforslaget ikke videre end det.

Indførelse af et generelt diskriminationsforbud i forbindelse med foreningsforhold ville være at gå længere end dommen fra Menneskerettighedsdomstolen tilsiger.

Med hensyn til spørgsmålet om bevisbyrde mener jeg ikke, at der er behov for at lempe bevisbyrden i sager efter foreningsfrihedsloven.”

c) Forklaringer vedrørende administrationen af Emballageindustriens Uddannelsesfond

Den daglige administration af fonden er siden 2000 blevet varetaget af direktør Peter Huntley, som i en skriftlig erklæring udarbejdet til brug for sagen bl.a. har anført følgende:

”Undertegnede har været direktør for EmballageIndustrien fra 2000 til 2012.

Som en del af mit job sad jeg i hele perioden i formandsskabet for Emballageindustriens Uddannelsesfond sammen med Peter Andersen fra 3f. Det var mig, der i det daglige administrerede Uddannelsesfonden.

Peter Andersen og jeg havde et rigtig fint samarbejde, hvor vi blandt andet i fællesskab løbende udarbejdede de retningslinjer, der har været gældende for Uddannelsesfonden. Alle væsentlige ting blev efterfølgende godkendt af det fælles uddannelsesudvalg, Emballageindustri-

ens Uddannelsesudvalg, der er paritetisk sammensat med repræsentanter fra 3f og Emballage-Industrien/DI.

...

Jeg har i min rådgivning [af medlemsvirksomhederne] på intet tidspunkt været i tvivl om, at alle medarbejdere omfattet af Emballageoverenskomstens område for KART har været berettiget til 2 ugers uddannelse om året med fuld løn, hvis de opfyldte bestemmelserne i den nuværende § 81, stk. 2, i Emballageoverenskomsten.

Efter min bedste overbevisning fortolkede Peter Andersen og jeg § 81, stk. 2, på samme måde, nemlig sådan at der var ret til fuld løn til alle kartonnagemedarbejdere uanset medlemskab af 3f, og at virksomhederne også fulgte denne regel.

Det var mig, der som administrator modtog ansøgningerne fra virksomhederne, når de ønskede nogle af deres medarbejdere på kursus. Jeg behandlede ansøgningen og sendte efterfølgende min indstilling til Peter Andersen. Det var kun i særlige tilfælde, at den indstilling, jeg sendte til Peter Andersen, indeholdt navnene på de medarbejdere, der skulle på kursus. I langt de fleste tilfælde var Peter Andersen enig i min indstilling.

Der blev som altovervejende hovedregel ikke taget hensyn til, om de pågældende medarbejdere var medlem af 3f eller ej. Der blev betalt løn fra virksomheden til alle, og tidligere fik virksomhederne også refusion for alle medarbejdere uanset deres eventuelle medlemskab. I nogle meget få tilfælde gjorde Peter Andersen mig dog opmærksom på, at han var blevet gjort opmærksom på, at en navngiven person ikke var medlem af 3f. I Emballageindustrien rådede vi ikke selv over information om ansattes tilhørsforhold til 3f, da denne information ikke var tilgængelig for medlemsvirksomhederne. I sådanne tilfælde meddelte jeg efterfølgende virksomheden, at de ikke kunne få refusion for denne medarbejder.

Efter den økonomiske krise startede, blev den økonomiske situation i Uddannelsesfonden meget dårlig, da mange virksomheder søgte om mange kurser for deres medarbejdere bl.a. for at imødegå opsigelser. Herefter understregede Peter Andersen behovet for at håndhæve, at der kun skulle ske refusion til virksomhederne for de medarbejdere, der var medlem af 3f. Denne ændring af vores fremgangsmåde respekterede jeg naturligvis, da den var i overensstemmelse med reglerne i Emballageoverenskomsten. Dette til trods for, at vi fortsat ikke rådede over information om medlemskab og derfor måtte bygge denne del af sagsbehandlingen på information fra 3f. Det er vigtigt at fremhæve, at denne ændrede refusionspraksis ikke på nogen måde ændrede virksomhedernes betaling af løn under kursus til alle medarbejdere uanset forbundsmedlemskab.”

Forhandlingssekretær i 3F Peter Andersen har under den mundtlige forhandling forklaret bl.a., at han har været forbundets hovedforhandler på Emballageoverenskomsten fra 1987 til 2012. Det første protokollat om Uddannelsesfonden er fra 1979. Dengang var alle medarbejdere, som var ansat under overenskomsten, berettiget til supplerende løn under uddannelse, og arbejdsgiverne kunne få lønnen refunderet af fonden. Organisationsprocenten var da også næsten 100. En bestemmelse svarende til den nugældende § 90, stk. 4, kom ind i overenskomsten i 1991. Princippet var herefter det samme, som gjaldt for Socialfonden, nemlig at fondens midler alene skulle sikre forbundets medlemmer. Han var i den forbindelse selv med til at forhandle indholdet af bestemmelsen, hvorefter

arbejdsgiverne skulle betale bidrag til fonden for alle ansatte under overenskomsten, men alene skulle kunne oppebære refusion for løn til medlemmer af de overenskomstbærende forbund.

Han har været medlem af formandskabet i Uddannelsesfonden og har her samarbejdet med Peter Huntley, der varetog den daglige administration. Han og Peter Huntley har aldrig drøftet, om virksomhederne i henhold til overenskomstens § 81, stk. 2, er forpligtet til at betale løn under uddannelse til alle medarbejdere. Det er hans opfattelse, at virksomhederne ikke er forpligtet hertil, således at det er frivilligt, om de vil yde løn under uddannelse til de medarbejdere, der ikke er medlemmer af de overenskomstbærende organisationer.

I forbindelse med behandlingen af refusionsanmodninger har han ikke rigtig interesseret sig for, om medarbejderne var medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Han har ikke haft viden om, at det ikke skulle være tilfældet. Gruppen, som ikke var medlemmer af forbundet, har ikke været stor, og der har været virksomheder, som slet ikke har søgt om at få refusion fra fonden. I to tilfælde i 2009 og 2011 er han blevet opmærksom på, at der er blevet søgt om refusion af lønudgifter til medarbejdere, der ikke var medlemmer af forbundet. Han har i disse tilfælde sendt en mail herom til Peter Huntley, og denne meddelte så virksomhederne, at de ikke kunne få refusion.

#### **4. Parternes argumentation**

Klager har både for så vidt angår tvisten vedrørende refusion fra Emballageindustriens Sociale Fond (barseludligningsordningen) og for så vidt angår tvisten om refusion fra Emballageindustriens Uddannelsesfond overordnet anført, at overenskomstbestemmelser, der strider mod ufravigelig lovgivning, er ugyldige. Overenskomtparterne er forpligtede til at medvirke til, at overenskomsten er i overensstemmelse med ufravigelig lovgivning, jf. herved også præamplens til overenskomsten (indføjet i 2004), hvorefter parterne er enige om, at hvor lovgivningen fremover måtte gribe ind i parternes bestemmelser og deraf affødte rettigheder, er parterne forpligtet til positivt at medvirke til, at det oprindelige aftaleforhold genoprettes i det omfang, det er teknisk og lovmæssigt muligt.

Særligt til støtte for påstand 1 om refusion fra Socialfonden (barseludligningsordningen) har klager anført, at arbejdsgivere skal betale et bidrag til Socialfonden for samtlige medarbejdere omfattet af overenskomsten, men kan alene få refusion for udbetalt supplerende sygeløn til medarbejdere, der er organiseret i 3f Industri (Emballage) eller HK/Privat. Socialfonden er en decentral barselsordning, jf. barseludligningslovens § 1, stk. 2. Når lønmodtagere omfattet af en sådan ordning under barsel modtager løn fra deres arbejdsgiver, der overstiger dagpengene, skal dette udløse refusion til arbejdsgiveren, jf. lovens § 5, stk. 1, nr. 4. Det er derfor i strid med loven, at en arbejdsgiver ikke kan få refusion i de tilfælde, hvor en arbejdsgiver frivilligt udbetaler sygeløn til uorganiserede medarbejdere i forbindelse med barsel m.v. i samme omfang og under samme betingelser i øvrigt, som medarbejdere organiseret i de overenskomstbærende forbund. Arbejdsgiverne er i disse tilfælde berettiget til refusion af sygeløn ydet til uorganiserede medarbejdere i samme omfang som sygeløn ydet til organiserede medarbejdere, og kravet til medarbejderens medlemskab af en bestemt fagforening som betingelse for, at arbejdsgiveren kan opnå refusion fra Socialfonden, strider mod barsel-



udligningslovens indhold og formål. Familiestyrelsens godkendelse af Emballageindustriens Barselsfond og den heraf følgende undtagelse fra loven er uden betydning for bedømmelsen af sagen, idet styrelsen ikke blev gjort bekendt med kravet om medlemskab af en bestemt fagforening som betingelse for refusionsretten.

Kravet om et bestemt fagforeningstilhørsforhold er ikke sagligt begrundet. Socialfonden er i det hele finansieret af arbejdsgiverne, og der er derfor ikke for forbundene nogen økonomisk forskel eller økonomisk risiko forbundet med, om arbejdsgiverne også modtager refusion for udgifter til medarbejdere, der ikke er medlemmer af de overenskomstbærende forbund.

Under alle omstændigheder er kravet om den ansattes medlemskab af en fagforening som betingelse for arbejdsgivers refusionsret bortfaldet som følge af bristende forudsætninger efter gennemførelsen af barseludligningsloven.

Særligt for så vidt angår *påstand 2* om refusion fra Uddannelsesfonden har klager anført, at det følger af overenskomstens § 81, stk. 2, og af den praksis, som har udviklet sig i tilknytning hertil, at samtlige medarbejdere omfattet af Emballageoverenskomsten med mere end 9 måneders anciennitet kan kræve at få to ugers frihed om året med fuld løn til efteruddannelse, der er relevant for virksomheden. Da overenskomsten er en områdeoverenskomst, er arbejdsgiveren overenskomstmæssigt forpligtet til at overholde overenskomstens mindsteregler om løn- og arbejdsvilkår for alt arbejde under overenskomstens faglige anvendelsesområde. Selv om der formelt set ikke er noget til hinder for, at overenskomtparterne begrænser enkelte bestemmelser i en områdeoverenskomst til alene at gælde for den overenskomstbærende organisations egne medlemmer, er formodningen imod sådanne enkeltstående ”medlemsbestemmelser”, og de forekommer sjældent i praksis. Det er de indklagede forbunds bevisbyrde at godtgøre, at den udviklede praksis vedrørende lønudbetaling under uddannelse omfattet af § 81, stk. 2, kun skulle være overenskomstmæssigt forpligtende i forhold til forbundenes medlemmer, og denne bevisbyrde kan forbundene ikke løfte. Det har fra starten drejet sig om at sikre uddannelse til branchens ufaglærte medarbejdere, og der har fra starten været udbetalt løn til alle med frihed til uddannelse efter § 81, stk. 2. DI har da også rådgivet sine medlemmer om, at de er overenskomstmæssigt forpligtede hertil.

Efter overenskomstens § 90, stk. 4, skal arbejdsgiverne betale bidrag til Uddannelsesfonden for alle medarbejdere, der udfører arbejde under overenskomsten, men de kan samtidig kun få refusion fra fonden for udgifter til uddannelse for de ansatte, som er medlemmer af et af de indklagede forbund. Det er derfor væsentlig dyrere at have medarbejdere ansat, der ikke er organiseret i et af disse forbund, idet en pligt til at betale løn under uddannelse omfattet af overenskomstens § 81, stk. 2, svarer til en årlig udgift på ca. 12.000 kr. pr. medarbejder. Virksomhederne tilskyndes dermed til fortrinsvis at ansætte medarbejdere, der er organiseret i et af de overenskomstbærende forbund, ligesom de i forbindelse med opsigelser tilskyndes til fortrinsvis at afskedige sådanne medarbejdere. Dette strider mod beskyttelsen af den negative foreningsfrihed, jf. foreningsfrihedslovens § 4 c og Arbejdsrettens dom af 4. april 2007 i sag AR2006.445.

Der er ingen saglig begrundelse for betingelsen om medlemskab af et af de overenskomstbærende forbund for opnåelse af refusion, da Uddannelsesfonden alene er finansieret af arbejdsgiverne, og

da der ikke for forbundene er nogen økonomisk forskel på eller yderligere økonomisk risiko forbundet med, om arbejdsgiverne modtager refusion også for uorganiserede medarbejdere. Formålet er således alene at hindre beskæftigelse af uorganiseret arbejdskraft, og overenskomstbestemmelser, som har et sådant formål, er ugyldige som stridende mod foreningsfrihedsloven.

Under alle omstændigheder er kravet om aktivt medlemskab som betingelse for arbejdsgiverens refusionsret bortfaldet som følge af bristede forudsætninger.

De indklagede forbund har overordnet anført, at det i arbejdsretlig praksis er anerkendt, at der mellem arbejdsmarkedets parter kan indgås overenskomster, hvor der i relation til rettigheder og pligter gøres forskel på medlemmer og ikke-medlemmer af den overenskomstbærende organisation. Det er legitimt at gøre det attraktivt at være medlem af den overenskomstbærende organisation.

Særligt for så vidt angår den ved overenskomsten aftalte ordning, hvorefter der fra Socialfonden kun ydes refusion for arbejdsgiverens udgifter til sygeløn under barsel m.v. til ansatte, der er medlemmer af 3f eller HK/Privat (*klagers påstand 1*), har indklagede anført, at den ikke er i strid med barseludligningsloven, allerede fordi ordningen er godkendt i henhold til lovens § 5 og dermed undtaget fra loven, jf. lovens § 1, stk. 2. Hertil kommer, at det heller ikke er alle udbetalinger til medlemmer af de overenskomstbærende forbund, der udløser ret til refusion, idet medlemmer først opnår ret til supplerende sygehjælp efter 13 ugers aktivt medlemskab. Overenskomstens refusionsret er knyttet til de tilfælde, hvor arbejdsgiveren efter overenskomsten har pligt til at betale sygeløn under barsel m.v. At en arbejdsgiver måtte vælge at yde betaling til uorganiserede ansatte i videre omfang, end overenskomsten forpligter til, er arbejdsgiverens eget valg. Det bestrides, at den refusionsordning, som klager selv har været med til at aftale, skulle være usaglig, eller at der skulle være indtrådt bristende forudsætninger.

Særligt vedrørende refusion fra Uddannelsesfonden (*klagers påstand 2*) har de indklagede forbund navnlig anført, at det ikke fremgår af overenskomstens § 81, stk. 2, at der er ret til fuld løn under de i bestemmelsen nævnte to ugers frihed til uddannelse. Forpligtelsen til at betale løn i disse to uger følger af parternes mangeårige praksis, men denne praksis er alene overenskomstmæssigt bindende i relation til medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Den nævnte praksis har således ikke udviklet sig på basis af overenskomstens § 81, stk. 2, som gælder i relation til alle, der udfører arbejde under overenskomsten, men på basis af refusionsbestemmelsen i § 90, hvoraf det tydeligt fremgår, at det er forbundets medlemmer, som skal sikres deres normale løn. Det er derfor frivilligt for arbejdsgiveren, om denne vil betale fuld løn under uddannelse omfattet af § 81, stk. 2, også til ansatte, som ikke er medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Da det dermed afhænger af arbejdsgiverens eget valg, om det bliver dyrere eller billigere at beskæftige arbejdskraft, der ikke er medlem af de relevante forbund, er ordningen allerede af denne grund ikke i strid med foreningsfrihedsloven.

Selv om det måtte antages, at der ikke efter overenskomsten er fuld overensstemmelse mellem arbejdsgiverens pligt til at betale løn under uddannelse og arbejdsgiverens ret til at opnå refusion fra

Uddannelsesfonden, fører dette ikke til, at ordningen er i strid med foreningsfrihedsloven eller er bortfaldet som følge af bristede forudsætninger. Foreningsfrihedsloven sikrer efter lovens ordlyd og forarbejder alene lønmodtagere beskyttelse af deres fagforeningsfrihed i forbindelse med ansættelse og afskedigelse. Der er intet, der støtter, at man med lovændringen i 2006 tillige har ønsket at regulere forhold under ansættelsen eller at indføre et generelt diskriminationsforbud i forbindelse med foreningsforhold. Det danske overenskomsts system indeholder adskillige eksempler på forskelsbehandling af medlemmer og ikke-medlemmer af den overenskomstbærende organisation. F.eks. er det alene medlemmer, som efter indgåelse af overenskomst er omfattet af fredspligten, og som kan risikere at ifalde bod ved manglende overholdelse heraf. Det er også kun medlemmer, som kan forpligtes i det fagretlige tvistløsningssystem. Andre eksempler findes i den forskelsbehandling, som er resultatet af den model, der i Danmark ofte anvendes ved implementering af ansættelsesretlige EU-direktiver, og som forpligter medlemmer af de overenskomstbærende organisationer, selv om dette kan føre til forskelsbehandling af organiserede og ikke organiserede medlemmer. At en enkeltstående bestemmelse i en overenskomst isoleret set kan være egnet til at påvirke en arbejdsgivers vurdering af, hvorvidt det er mest fordelagtigt at ansætte organiseret eller uorganiseret arbejdskraft, kan derfor ikke begrunde, at bestemmelsen er i strid med foreningsfrihedsloven, og arbejdsgiverens vurdering heraf vil i øvrigt under alle omstændigheder afhænge af en helhedsvurdering.

Arbejdsrettens dom af 4. april 2007 i sag AR2006.445 er uden relevans for den foreliggende sag, da dommen angik spørgsmålet om en konflikts lovlighed. Et overenskomstvilkår kan således godt være gyldigt aftalt, selv om det ville være ulovligt at konflikte sig til vilkåret. Dette var f.eks. tilfældet i relation til eksklusivbestemmelser, indtil disse blev forbudt ved lovændringen i 2006 som følge af en dom afsagt af Menneskerettighedsdomstolen.

Sagen, som angår allerede indgåede aftaler, er usædvanlig ved at angå ugyldighed og ikke fortolkning. Der skal særdeles meget til for at gribe ind i den ret, som arbejdsmarkedets parter har til frit at aftale egne vilkår. Arbejdsgiversiden har selv været med til at aftale indholdet af refusionsbestemmelser, og der er intet usagligt ved at sikre fondens midler for forbundenes medlemmer. Der er ikke noget i overenskomsten, som forpligter arbejdsgiveren til at undlade at ansætte eller til at afskedige en uorganiseret lønmodtager, og overenskomsten ændrer således ikke ved, at arbejdsgiveren er forpligtet til at overholde foreningsfrihedsloven. Det er klagers bevisbyrde at godtgøre, at allerede aftalte overenskomstvilkår skal tilsidesættes af retlige grunde. Der er tale om en tung bevisbyrde, og den er ikke løftet af klager i denne sag.

## 5. Opmændenes begrundelse og resultat

*A. Ad tvisten vedrørende refusion fra Emballageindustriens Sociale Fond (barseludligningsordningen):*

Der er mellem parterne enighed om, at det alene er medarbejdere, der er organiseret i 3f Industri (Emballage) og HK/Privat, der har krav på sygeløn efter Emballageoverenskomsten i forbindelse med barsel m.v., at arbejdsgivere skal betale bidrag til Socialfonden for samtlige medarbejdere om-

fattet af overenskomsten, men at de alene kan få refusion for udbetalt supplerende sygeløn under barsel m.v. til medarbejdere, der er organiseret i 3f Industri (Emballage) eller HK/Privat.

Klager har gjort gældende, at denne begrænsning af refusionsretten er i strid med barseludligningslovens § 5, stk. 1, nr. 4, hvorefter alle lønmodtagere, der under barsel får løn, der overstiger barselsdagpengene, skal udløse refusion til deres arbejdsgivere. De indklagede forbund skal derfor anerkende en refusionsret svarende til lovens krav.

Voldgiftsretten skal hertil bemærke, at barseludligningsloven har til formål at sikre, at alle lønmodtagere er dækket enten af en decentral barseludligningsordning eller af den obligatoriske lovbaserede ordning, således at de arbejdsgivere, der i henhold til overenskomst eller individuel aftale betaler løn under barsel, har ret til refusion. Det er i lovbemærkningerne til lovens § 1 anført, at ”en privat arbejdsgiver både kan have medarbejdere, der er omfattet af en godkendt decentral barseludligningsordning, og andre medarbejdere, der er omfattet af den lovbaserede ordning. Det afhænger af, hvilke medarbejdere aftalen om barseludligning omfatter. De medarbejdere, der ikke er omfattet af en godkendt aftalt barseludligningsordning, vil blive omfattet af den lovbaserede ordning.”

Loven stiller således ikke krav om, at en decentral barseludligningsordning skal være indrettet således, at ordningen omfatter alle de lønmodtagere, som arbejdsgiveren har ansat. Der er ikke noget til hinder for, at visse lønmodtagere hos en arbejdsgiver er omfattet af en decentral ordning, mens andre ikke er det. Er dette tilfældet, vil den decentrale ordning imidlertid kun kunne godkendes efter lovens § 5 for så vidt angår de omfattede medarbejdere, mens de medarbejdere, der ikke er omfattet, vil blive omfattet af den lovbaserede ordning.

Barseludligningsordningen efter Emballageoverenskomsten indebærer, at en medarbejder ikke uden videre er omfattet af ordningen, selv om arbejdsgiveren har indbetalt bidrag til fonden vedrørende den pågældende. Som foran anført omfatter den refusionsret, der tilkommer arbejdsgiveren efter barseludligningsordningen i Emballageoverenskomsten, således kun ansatte, der er medlemmer af de overenskomstbærende forbund. Voldgiftsretten lægger til grund, at hverken DA eller Familienstyrelsen var opmærksom på denne begrænsning, da der i 2006 blev ansøgt om og meddelt godkendelse af Emballageindustriens Barselsfond med den virkning, at dette område blev undtaget fra barseludligningsloven, jf. lovens § 1, stk. 2. Loven forpligter imidlertid ikke til, at det problem, der måtte være opstået herved, skal løses ved, at de indklagede forbund skal anerkende en udvidelse af refusionsretten i forhold til det, der er aftalt i Emballageoverenskomsten.

Herefter, og da heller ikke klagers synspunkter om usaglighed og bristende forudsætninger kan føre til en udvidelse af retten til refusion fra Socialfonden i forhold til det aftalte, tages de indklagede forbunds påstand om frifindelse for klagers påstand 1 til følge.

#### *B. Ad tvisten vedrørende refusion fra Emballageindustriens Uddannelsesfond:*

Parternes overenskomst er en områdeoverenskomst, og der består derfor en formodning for, at arbejdsgiverens forpligtelser i henhold til overenskomsten består i forhold til alt arbejde, som udføres under overenskomstens faglige anvendelsesområde. Da det samtidig er oplyst, at den praksis, som har udviklet sig med hensyn til at udbetale de ansatte løn under frihed til uddannelse omfattet af

overenskomstens § 81, stk. 2, har været gældende i forhold til alle ansatte under overenskomsten, finder Voldgiftsretten det ikke godtgjort, at den nævnte praksis kun skulle være overenskomstmæssigt forpligtende i relation til medlemmer af de indklagede forbund.

Foreningsfrihedsloven tager efter sin ordlyd og forarbejder alene sigte på at beskytte mod forskelsbehandling på grund af foreningsforhold i forbindelse med ansættelse og afskedigelse. Loven er derfor ikke til hinder for, at medlemmer og ikke-medlemmer af en organisation behandles forskelligt under ansættelsen. Det danske overenskomsts system vil ofte indebære en sådan forskelsbehandling, idet medlemskab af den overenskomstbærende organisation vil kunne have væsentlig indflydelse på de rettigheder og forpligtelser, som følger af et ansættelsesforhold. En arbejdsgiver er uanset dette ifølge foreningsfrihedsloven forpligtet til at undlade at lægge vægt på foreningsforhold ved ansættelser eller afskedigelser af medarbejdere.

Der er mellem parterne enighed om, at overenskomsten siden 1991 har indeholdt en regel svarende til § 90, stk. 4, i den gældende overenskomst, hvorefter arbejdsgiveren – uanset at denne har pligt til at betale bidrag til Uddannelsesfonden for alle ansatte under overenskomsten, og uanset om arbejdsgiveren har haft udgifter til løn under uddannelse for alle ansatte – alene har krav på refusion af løn under uddannelse udbetalt til medlemmer af de indklagede forbund. Bestemmelsen, hvis indhold er fastlagt efter forudgående forhandlinger mellem parterne, indebærer således, at fondens midler er forbeholdt de indklagede forbunds medlemmer. Det kan imidlertid ikke heraf udledes, at bestemmelsens reelle formål skulle være at motivere arbejdsgiveren til at lægge vægt på foreningsforhold ved ansættelser eller afskedigelser, og arbejdsgiveren er uanset bestemmelsen forpligtet til at overholde sine forpligtelser efter foreningsfrihedsloven.

Den begrænsning af retten til refusion fra Uddannelsesfonden, som følger af § 90, stk. 4, kan herefter ikke anses for at stride mod foreningsfrihedsloven. Da heller ikke klagers synspunkter om usaglighed og bristede forudsætninger kan føre til en udvidelse af retten til refusion fra Uddannelsesfonden i forhold til det aftalte, tages de indklagede forbunds påstand om frifindelse til følge også for så vidt angår klagers påstand 2.

### **Thi bestemmes:**

3f Industri (Emballage) og HK/Privat frifindes for de nedlagte påstande.

Hver part skal bære egne sagsomkostninger og betaler halvdelen af opmændenes honorar og udgifter.

København, den 27. november 2012

Lene Pagter Kristensen

Jytte Scharling

Poul Dahl Jensen