

OPMANDSKENDELSE

af

10. december 2012

i

faglig voldgiftssag FV 2012.0063:

Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte (KTO)

(advokat Karen-Margrethe Schebye)

mod

Kommunernes Landsforening (KL) for

Roskilde Kommune

(advokat Jørgen Vinding)

INDLEDNING

1. A, der er ansat som lærer ved CSU – Center for Specialundervisning – i Roskilde Kommune ønskede efter sit barns fødsel den 4. december 2009 at afholde 2 ugers orlov i umiddelbar forbindelse med fødslen og 6 ugers orlov i ugerne 1-7 og 9 i 2010, alle uger med fuld løn.

Ifølge As skema var der i uge 8 lagt såkaldte 0-dage, mens der var skemalagt undervisning i de øvrige uger. 0-dage er dage, hvor læreren ikke har skemalagt undervisning, men er heller ikke fri- eller feriedage. Dagene indgår i opgørelsen af lærerens arbejdstid for den pågældende normperiode for at sikre, at det overenskomstmæssige timetal for normperioden ikke overskrides. Såfremt læreren får et varsel herom, kan arbejdsgiveren i øvrigt pålægge en lærer at udføre konkrete arbejdsopgaver på sådanne 0-dage.

Moderen til As barn holdt orlov fra den 5. december 2009 til den 10. september 2010.

As ønske om at holde orlov som anført blev ikke imødekommet af skolens ledelse. Af skoleleder Eskild Petersens forklaring under sagen fremgår, at baggrunden for afslaget var, at As ønske om at fordele orloven således, at han ikke havde orlov i uge 8 i 2010 var udtryk for spekulation, idet han vidste, at han ikke ville komme til at møde på skolen i den pågældende uge.

2. Denne sag, der af Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte (KTO) er indbragt for denne voldgiftsret, angår spørgsmålet, om skolens ledelse var berettiget til at afslå As ønske om at holde orlov i de nævnte uger. Sagen angår dermed fortolkning af § 10 i Aftale om fravær af familiemæssige årsager mellem KL og KTO.

Voldgiftsretten har bestået af vicesekretariatschef Henrik Højrup Hansen og chefkonsulent Susanne Rehm, udpeget af KTO, kontorchef Karsten Thystrup og chefkonsulent Nanna Kold, udpeget af KL, og – som opmand – fhv. højesteretsdommer Per Sørensen.

Sagen er forhandlet den 29. november 2012.

PÅSTANDE

Klager, KTO, har nedlagt påstand om, at Roskilde Kommune skal anerkende, at folkeskolelærer A har været berettiget til at placere barsels/forældreorlov med løn i ugerne 1-7 og uge 9 i 2010, jf. Aftale om fravær af familiemæssige årsager.

Indklagede, KL for Roskilde Kommune, har påstået frifindelse.

REGELGRUNDLAGET

Aftalen om fravær af familiemæssige årsager

Rammerne for, hvorledes en medarbejder, der er ansat i en kommune, kan tilrettelægge sin orlov i forbindelse med fødsel og barsel, er fastsat i Aftale om fravær af familiemæssige årsager mellem KL og KTO (i det følgende benævnt KTO-aftalen). Aftalen implementerer og afspejler barselslovens regler om ret til fravær med dagpenge og dækker derudover, hvad der er opnået enighed om ved overenskomstforhandlingerne om bl.a. løndækning i forbindelse med fravær af familiemæssige årsager. Der er således i vidt omfang sammenfald mellem den aftalemæssige regulering i aftalen og lovgivningen.

Barselslovens § 9, der i 2006 afløste ligebehandlingslovens § 7, stk. 2, lyder således:

"Efter den 14. uge efter fødslen eller modtagelsen af barnet har hver af forældrene ret til forældreorlov i 32 uger. Faderen har dog ret til at påbegynde forældreorloven inden for de første 14 uger efter fødslen."

Reglerne om barselsorlov er indeholdt i kapitel 4 i KTO-aftalen. I § 9 og § 10 hedder det bl.a.:

"§ 9. Orlov efter fødslen – fravær med løn indtil 14 uger efter fødslen"

Stk. 1.

Efter fødslen har moderen ret til fravær fra arbejdet med sædvanlig løn i indtil 14 uger. I de første 2 uger efter fødslen har moderen pligt til fravær.

Stk. 2.

Faderen har i forbindelse med sit barns fødsel ret til fravær fra arbejdet med sædvanlig løn i indtil 2 uger efter fødslen eller efter aftale med arbejdsgiveren inden for de første 14 uger efter fødslen. De 2 uger skal gives i sammenhæng.

Bemærkning til stk. 1 og 2:

Den periode, hvor der er ret til barselsorlov, beregnes fra kalenderdagen efter den dag, hvor barnet er født.

Faderens ret til orlov i forbindelse med barnets fødsel er ikke betinget af, at forældrene lever sammen, men det forudsættes, at faderen har ophold på samme sted som barnet under orlovsperioden.

§ 10. Orlov efter den 14. uge efter fødslen – fravær og løn

Stk. 1.

Efter den 14. uge efter fødslen har den ansatte ret til fravær fra arbejdet i op til 32 uger.

Bemærkning til stk. 1:

Retten til fravær gælder begge forældre. Forældrene kan holde orlov sammen, på skift eller i forlængelse af hinanden. Forældrene har tilsammen ret til dagpenge i 32 uger, indtil barnet er 46 uger, som kan fordeles efter forældrenes ønske. Afholder forældrene fravær udover 32 uger tilsammen ydes der ikke i den pågældende periode dagpenge, jf. dog § 10, stk. 2. Den ansatte kan beslutte, at fraværet skal være på et mindre antal uger end 32.

Stk. 2.

Den ansatte har ret til at vælge fravær efter stk. 1 i 40 eller 46 uger, jf. dog § 2, stk. 4. Deles fraværet mellem forældrene skal det samlede fravær udgøre 40 uger eller 46 uger.

Bemærkning til stk. 2:

Det forlængede fravær på henholdsvis 8 eller 14 uger ud over de 32 uger kan afholdes sammen, på skift eller i forlængelse af hinanden.

Forældrene har efter barselsorloven ret til at forlænge dagpengeperioden tilsvarende. Forældrene kan således forlænge fraværet og tilsammen bruge dagpengene over en periode på 40 eller 46 uger, indtil barnet er 54 henholdsvis 60 uger. Forældrene bestemmer selv fordelingen af fraværet.

Deles fraværet mellem forældrene, er det afgørende for forlængelsen, at forældrenes samlede fravær tilsammen er 40 uger eller 46 uger.

Såfremt forældrene vælger at dele fraværet har den ansatte mulighed for at afholde et mindre antal ugers fravær (end 40 eller 46 uger), hvis forældrene samlet set afholder 40 eller 46 ugers fravær – fx har en kvindelig ansat ret til at afholde 33 ugers orlov, såfremt manden afholder 13 ugers orlov.

Hvis dagpengeperioden forlænges, nedsættes dagpengene, så de svarer til fulde dagpenge i 32 uger. Hvis den ansatte ønsker at forlænge orloven, kan dette ske efter den 14. uge efter fødslen, jf. dog § 10, stk. 3. I så fald nedsættes dagpengerefusionen til arbejdsgiveren og lønnen til den ansatte, jf. dog § 2, stk. 4.

Hvis den ansatte venter med at forlænge orloven, indtil perioden hvor der ydes sædvanlig løn er ophørt, ydes der fuld dagpengerefusion til arbejdsgiveren og fuld sædvanlig løn til den ansatte i de perioder, hvor der er aftalt løndækning. Anvendelse af

muligheden for at forlænge fraværet efter § 10, stk. 2, udelukker anvendelse af udskydelse af orloven efter § 11 og retten til forlængelse ved delvis genoptagelse af arbejdet jf. § 13, stk. 2. Hvis orloven udskydes eller arbejdet genoptages delvist, er det således heller ikke muligt at forlænge fraværet.

Stk. 3.

Faderen kan anvende dele af sin ret til fravær i 32 uger, jf. stk. 1 og 2, inden for 14 ugers perioden efter fødslen.

Stk. 4.

Faderen har efter begæring ret til sædvanlig løn i indtil 12 uger ved forlods anvendelse af sin fraværsret efter stk. 3. Udnytter faderen denne ret sker en forholdsmæssig reduktion af perioden med sædvanlig løn efter stk. 5.

Stk. 5.

Moderen og faderen har hver især ret til 6 ugers sædvanlig løn ved anvendelse af fraværsret efter § 10, stk. 1 og 2. Retten til sædvanlig løn bortfalder, hvis den reserverede orlov med sædvanlig løn ikke anvendes eller udskydes efter § 11.

Herudover har en ansat ret til 6 ugers sædvanlig løn ved anvendelse af sin fraværsret efter § 10, stk. 1 og 2. Hvis begge forældre er omfattet af denne aftale, kan der dog højst udbetales løn i 6 uger til forældrene tilsammen. Forældrene kan vælge at dele de 6 uger.

Forældrene kan med sædvanlig løn afholde fravær samtidigt eller afholde fravær på skift.

Bemærkning til stk. 1-5:

Den periode, hvor der er ret til barselsorlov beregnes fra kalenderdagen efter den dag, hvor barnet er født.

Faderens ret til orlov i forbindelse med barnets fødsel er ikke betinget af, at forældrene lever sammen, men det forudsættes, at faderen har ophold på samme sted som barnet under orlovsperioden.

Bemærkning til stk. 5:

For den enkelte ansatte gælder, at lønnet orlov skal holdes før ulønnet orlov. En ansat, der vælger at holde orlov med sædvanlig løn i barnets uge 26 til og med barnets uge 37, kan således ikke holde ulønnet orlov i barnets uge 14 til og med barnets uge 25. Fravær fra arbejdet kan kun ske i hele arbejdsdage, jf. dog § 13.

...

§ 11. Udskydelse af orlov efter den 14. uge

Stk. 1.

Den ansatte har ret til at udskyde mindst 8 uger og højst 13 uger af fraværsretten efter § 10, stk. 1. Kun den ene af forældrene kan benytte retten. Den udskudte fraværsret skal være udnyttet inden barnet fylder 9 år og skal holdes i en sammenhængende periode. Hvis den ansatte fratræder inden den udskudte fraværsret er udnyttet, vil retten til at gøre brug af denne fraværsret også gælde over for en eventuel ny arbejdsgiver.

Stk. 2.

Den ansatte kan efter aftale med arbejdsgiveren udskyde op til 32 uger af fraværet efter § 10, stk. 1. Det udskudte fravær skal være udnyttet inden barnet fylder 9 år. Hvis den ansatte fra-træder, inden den udskudte fraværsret er udnyttet, er retten til fravær betinget af, at der indgås en aftale herom med den nye arbejdsgiver.

Stk. 3.

Såfremt den udskudte periode efter stk. 1 og 2 ligger inden for de uger, hvor der udbetales sædvanlig løn, jf. § 10, stk. 5, udskydes samtidig retten til at få udbetalt sædvanlig løn, såfremt den ansatte vedbliver med at have samme arbejdsgiver.

§ 12. Meddelelse om afholdelse af orlov i forbindelse med fødsel

Stk. 1.

En moder, der anvender sin ret til fravær i indtil 14 uger efter fødslen, skal inden 8 uger efter fødsel underrette sin arbejdsgiver om, hvornår hun genoptager arbejdet.

Stk. 2.

En fader, der anvender sin ret til indtil 2 ugers fravær inden for de første 14 uger efter fødslen, skal med 4 ugers varsel underrette arbejdsgiveren om, hvornår han forventer at begynde fraværet og om længden af fraværet.

Stk. 3.

En ansat, der anvender sin ret til fravær efter § 10, stk. 1, 2 og 3, skal inden 8 uger efter fødslen underrette arbejdsgiveren om tidspunktet for fraværets begyndelse og længden heraf. Endvidere skal den ansatte underrette sin arbejdsgiver om, hvorvidt retten til at udskyde fravær efter § 11, stk. 1, ønskes benyttet.

Stk. 4.

En ansat der har udnyttet retten til at udskyde mindst 8 uger og højst 13 uger af fraværsretten, jf. § 11, stk. 1, skal med 16 ugers varsel underrette arbejdsgiveren om, hvornår fraværet påbegyndes og længden af fraværet.

Stk. 5.

En fader, der anvender sin ret til fravær med sædvanlig løn efter § 10, stk. 4, inden for de første 14 uger efter fødslen, skal med 4 ugers varsel underrette arbejdsgiveren om, hvornår han forventer at begynde fraværet og om længden af fraværet.

Bemærkning til stk. 5:

Varslet kan afgives før fødslen.

Stk. 6.

Den ansatte har ret til at ændre anvendelsen af fraværsretten, hvis nyt varsel afgives inden udløbet af fristen for varsel efter § 12 stk. 1-5. Herudover kan varslet ændres, hvis der indtræffer omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde varslet.

Stk. 7.

En ansat, der med arbejdsgiveren har aftalt at udskyde op til 32 uger af fraværsretten, jf. § 11, stk. 2, skal, med mindre at andet varsel er aftalt, med 8-ugers varsel underrette arbejds-

giveren om, hvornår fraværet påbegyndes og længden af fraværet.

§ 13. Genoptagelse af arbejdet

Stk. 1.

En ansat kan i dagpengeperioden genoptage arbejdet i op til 80 procent af den maksimale overenskomstmæssige ugentlige arbejdstid, der kan udbetales dagpenge for ved fuldt fravær med den virkning, at retten til dagpenge bortfalder for den tid, hvor arbejdet er genoptaget. Moderen kan ikke genoptage arbejdet i de to første uger efter fødslen, Genoptagelse af arbejdet efter denne bestemmelse giver ikke ret til en tilsvarende forlængelse af barselsperioden. Genoptagelse af arbejdet sker efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren.

Bemærkning til stk. 1:

Den maksimale overenskomstmæssige ugentlige arbejdstid, der kan udbetales dagpenge for ved fuldt fravær er 37 timer. Hvis den faktiske arbejdstid før fravær var 37 timer ugentlig, kan den ansatte efter denne bestemmelse maksimalt genoptage arbejdet 29,6 timer ugentlig. Var arbejdstiden før fraværet 30 timer, kan ugentligt arbejdet genoptages med 24 timer ugentlig.

Stk. 2.

Arbejdet kan genoptages delvist efter aftale med arbejdsgiveren. Delvis genoptagelse af arbejdet kan ske i fraværet i de første 14 uger efter fødslen og i op til de 32 uger herefter. Moderen kan ikke genoptage arbejdet i de to første uger efter fødslen. Retten til fravær og sædvanlig løn efter § 9, § 10, stk. 1, 3, 4 og 5 og § 11, stk. 2, forlænges med den tid, arbejdet genoptages. Forlængelsen kan ikke ske, såfremt den ansatte i forvejen har søgt sit fravær forlænget udover de 32 uger, jf. § 10, stk. 2. Forlængelsen kan desuden ikke finde sted i de perioder, der efter § 11, stk. 1, er udskudt til senere brug inden barnets 9. år. Hvis den ansatte fratræder, inden den forlængede orlov er afholdt, vil retten til dagpenge være betinget af, at den ansatte indgår aftale med den nye arbejdsgiver om forlængelsen.

Bemærkning til stk. 2:

Ved delvis genoptagelse af arbejdet forstås enhver genoptagelse med en arbejdstid, der er kortere end arbejdets normale omfang forud for orloven, idet der som minimum skal afholdes 1 times orlov pr. uge."

I praksis benævnes moderens ret til fravær i perioden op til fødslen og i 14 uger efter fødslen barselorlov, mens faderens ret til orlov i 2 uger inden for de første 14 uger efter fødslen benævnes fædreorlov.

Forældrenes ret til orlov efter den 14. uge efter fødslen, jf. KTO-aftalens § 10, benævnes forældreorlov.

Højesterets dom af 7. maj 2007, jf. U.2007.2076.H

KL og KTO har i fællesskab udarbejdet en Vejledning om Aftale om fravær af familiemæssige årsager. Den seneste vejledning er udarbejdet efter, at Højesteret i 2007 afsagde en dom, hvori der blev taget stilling til fortolkningen af ligebehandlingslovens regler om forældrenes ret til fravær efter den 14. uge efter et barns fødsel, regler der svarede til § 10 i KTO-aftalen. Spørgsmålet i Højesterets sag var, om forældrenes ret til fordeling af fraværet var undergivet begrænsninger, som var til hinder for, at den privatansatte far til et (adoptiv)barn kunne vælge fravær mandag og tirsdag i samtlige 32 uger, mens hans ægtefælle valgte fravær onsdag, torsdag og fredag i de 32 uger.

Højesterets dom indeholder en udførlig gennemgang af forarbejderne til bestemmelserne om forældreorlov i den tidligere § 7, stk. 2, i ligebehandlingsloven. I dommen er bl.a. gengivet et brev af 29. august 2002 fra beskæftigelsesminister Claus Hjort Frederiksen til medlem af folketinget Lars Barfoed. I brevet hedder det bl.a.:

"Til den *juridiske side* af sagen vil jeg sige, at efter ligebehandlingslovens § 7, stk. 2, har hver af forældrene efter den 14. uge efter fødslen ret til 32 ugers fravær hver. Efter dagpengelovens § 13, stk. 2, som er barselslovens hovedregel, om man så må sige, har forældrene tilsammen ret til dagpenge i 32 uger indtil barnet er 46 uger.

Det fremgår af bemærkningerne til § 13, stk. 2, at forældrene frit kan fordele dagpengeretten som de vil, så længe en af forældrene hele tiden er på orlov. Orloven skal være holdt inden barnet bliver 46 uger, og der skal således være tale om et kontinuerligt orlovsforløb.

Der er ikke i forhold til denne bestemmelse et krav om, at det skal være efter aftale med arbejdsgiveren. Fordelingen af orloven vil selvfølgelig skulle fremgå af det varsel, som forældrene senest 8 uger efter fødslen skal afgive overfor arbejdsgiveren, jf. ligebehandlingslovens § 10, stk. 4.

Til den mere *politiske side* af sagen vil jeg sige, at vi jo i regeringen helt generelt har lagt stor vægt på, at barselsloven blev så fleksibel som muligt for forældrene. I den sammenhæng tror jeg, det er vigtigt at holde fast i princippet om fri fordeling – det er jo bl.a. det element, der forhåbentlig skal få lidt flere fædre til at melde sig på banen.

Man kunne også spørge, hvad alternativet ville være, hvis forældrene ikke skulle kunne fordele forældreorloven frit? Det ville jo være at arbejdsgiveren reelt kunne bestemme, hvem af forældrene, der skulle holde orlov efter moderens 14 ugers-periode.

Selvfølgelig kunne man overveje en grænse for den frie fordeling – fx at de kun kan skiftes ned til en uge ad gangen. Jeg tror dog, det er vanskeligt – og administrativt besværligt – at fastsætte en sådan grænse fornuftigt.

Jeg vil i øvrigt godt tilføje, at den lovgivningsmæssige udmøntning af den forlængede barselorlov faktisk tager umiddelbart adgangspunkt i det oplæg (og det beslutningsforslag, B

2002), som Venstre og Det Konservative kom frem med forud for regeringsskiftet sidste år. Det var i vores model indbygget, at en retmæssig del af den nye barselslov var, at forældrene kunne fordele forældreorloven, så barnet samlet set kunne være hjemme – uden afbrydelser – i 46 uger efter fødslen.

Jeg er helt opmærksom på, at det kan være overordentligt generende for en arbejdsgiver, at det forholder sig sådan. Men jeg mener, ulempen for arbejdsgiverne afbødes på 2 leder: dels ved varslingsreglerne, der sikrer, at arbejdsgiveren skal underrettes om fordelingen senest 8 uger efter fødslen, dels ved at perioden er afgrænset til et fast antal kalenderuger efter fødslen."

Højesterets flertal nåede til at give faderen medhold i, at han kunne opdele forældreorloven på den måde, han havde ønsket.

I flertallets begrundelse for dette resultat er bl.a. anført, at der ikke efter ordlyden af ligebehandlingslovs § 7, stk. 2, (nu barselslovens § 9) var fastsat begrænsninger i hver af forældrenes ret til opdeling af fraværet på flere perioder. Denne forståelse støttedes efter flertallets opfattelse af formålet med ændringen af ligebehandlingslovens § 7, stk. 2, i 2002, der var at forbedre vilkårene for børnefamilierne, således at forældrene fik mulighed for mere tid til at give børnene den nødvendige omsorg og nærhed. I præmisserne hedder det derefter bl.a.:

"Den betydelige udvidelse af den lovbaserede ret for lønmodtagere til fravær fra arbejdet i anledning af fødsel, som blev gennemført ved lovændringen i 2002, må i sig selv anses for en væsentlig øget byrde for arbejdsgivere. I henseende til spørgsmålet om fordeling er det efter vores opfattelse forældrenes utvivlsomme periodevise fraværret, som er den væsentlige arbejdsbyrde. Der er ikke forelagt oplysninger, som giver grundlag for at antage, at en fordeling, f.eks. således at forældrene holder orlov hver anden uge eller henholdsvis 2 og 3 uger, i almindelighed er mindre belastende for en arbejdsgiver end et fravær som det, L [faderen] ønskede. Den byrde, som fordelingsretten indebærer for arbejdsgivere, ser vi som en konsekvens, lovgiver var opmærksom på.

Vi finder på den anførte baggrund, at lovændringen i 2002 bl.a. indebærer, at det er muligt for forældre at vælge et fravær som det, L gjorde. Vi har herved ikke taget stilling til, om der kan vælges fravær i kortere eller mindre regelmæssige perioder."

KL's og KTO's Vejledning om fravær af familiemæssige årsager

I den senere vejledning fra KL og KTO om KTO-aftalen er det om barselsorloven bl.a. anført:

"De 32 uger jfr. barselsaftalens § 10, stk. 1 og 2, der bygger på barselslovens § 21, kan forældrene som nævnt holde på skift, i forlængelse af hinanden eller samtidig. Orloven skal være holdt inden barnet bliver 46 henholdsvis 54/60 uger, og der skal således være tale om et kontinuerligt forløb, hvor mindst én af forældrene hele tiden er på orlov.

Der er ikke i forhold til denne bestemmelse et krav om, at opdelingen skal ske efter aftale med arbejdsgiveren. Fordelingen af orloven skal fremgå af det varsel, som forældrene senest 8 uger efter fødslen skal give til arbejdsgiveren,

Højesteret har i en dom afsagt den 7. maj 2007 fastslået, at et forældrepar ønske om at opdele orloven i forbindelse med en adoption, så faderen holdt orlov to dage om ugen og moderen holdt orlov tre dage om ugen, var i overensstemmelse med lovgivningen. En 2-3 ordning med en delvis genoptagelse af arbejdet i hhv. 3 og 2 dage er således en mulighed. Højesteret udtalte dog, at dommen ikke tager stilling til, om der kan vælges fravær i kortere eller mindre regelmæssige perioder.

Dommen bygger bl.a. på nogle lovbemærkninger, hvorefter forældrene efter den 14. uge efter fødslen har ret til fulde dagpenge i 32 uger, som de kan fordele som de vil.

...

I eksempel 3, som bygger på højesteretsdommen er moderen privat ansat og faderen kommunalt ansat. De har aftalt at holde orlov på skift, således at faderen holder orlov 2 dage, moderen 3 dage om ugen, idet de genoptager hhv. 3 og 2 dage om ugen. Faderen vil ved at fordele sin lønnede forældreorlov over flere uger kunne modtage fuld løn 2 dage om ugen i 30 uger (2x6 uger = 12 uger á 5 dage fordelt over 30 uger i 2 dage) samt dagpenge 2 dage om ugen i yderligere 2 uger.

uge 15-44	uge 45+46
F: 2 dage med løn	F: 2 dage med dagpenge
M: 3 dage med løn eller dagpenge	M: 3 dage med dagpenge
De genoptager arbejdet hhv. 3 og 2 dage	De genoptager arbejdet i hhv. 3 og 2 dage

uge 0		uge 14		uge 44		uge 46			

Forældrene kan holde forældreorlov samtidig. Nedenstående ex 4 bygger på, at forældrene har aftalt, at faderen holder 6 ugers forældreorlov med dagpenge samtidig med moderen. Moderen holder de øvrige 26 uger i sammenhæng fra barnets uge 14 til uge 40. Spørgsmålet er herafter, om faderen kan placere de 6 uger fuldstændig frit (dvs. uden aftaler med arbejdsgiveren) eller der er grænser for fleksibiliteten.

Ex. 4

M: 14 uger m. løn	M: 12 uger m. løn	M: 14 uger dagpenge	
F: 2 uger m. løn			

uge 0	uge 14	uge 26	uge 40
-------	--------	--------	--------

KL har forelagt Beskæftigelsesministeriet følgende spørgsmål:

Ex. a

Kan faderen frit (dvs. uden aftale med arbejdsgiveren) placere de 6 uger med ex. 2 uger i hhv. barnets 16-17 uge, 25-26 uge og i 34-35 uge?

Ex. b

Kan faderen frit placere de 6 uger med ex. 2-3 dage og 5 dage om ugen i nogle uger, medens han arbejder fuldt ud i alle uger, således at han ex holder orlov med 2 dage i uge 15, 18, 20, 22 og 28. Han holder orlov med 3 dage i uge 16, 21, 25, 27 og 29. Endelig holder han orlov i 5 dage i uge 33?

Ex. c

Skal de 6 uger holdes i sammenhæng, men således at de i øvrigt kan placeres frit i hele forældreorlovsperioden, hvad enten de er i starten, midten eller slutningen af perioden?

Beskæftigelsesministeriet har udtalt: "Ministeriet finder ikke, at den ovenfor omtalte højesteretsdom kan tages til indtægt for, at forældre har ret til frit (dvs. uden aftale med arbejdsgiver) at tilrettelægge forældreorlov i en periode, hvor den ene forælder er på forældreorlov hele tiden og den anden forælder ønsker at holde spredt forældreorlov noget af tiden. Forældrene har iflg. ministeriet heller ikke umiddelbart ret til frit at fordele fraværet i kortere eller mindre regelmæssige perioder end nævnt i dommen. Det vil derfor være domstolene, der konkret vil skulle træffe en afgørelse om, en lønmodtager har ret til at holde orlov som nævnt i eksemplerne a-c."

KL kan henholde sig til Beskæftigelsesministeriets udtalelse.

Det skal dog bemærkes, at KTO har taget forbehold for ministeriets udtalelse. "Det er KTO's opfattelse, at der med de argumenter, som Højesterets flertal lægger vægt på i afgørelsen, generelt må antages at være vide rammer for forældrenes tilrettelæggelse af orloven, det vil sige i forhold til at dele orlovsperioden mellem sig, at enten moderen eller faderen kan vælge at udnytte hele dagpengeperioden, eller at forældrene kan vælge at holde dagpengeperioden samtidigt. Arbejdsgiverbyrden ved en fleksibel afholdelse er desuden ikke i sig selv et argument, der kan tale imod en fleksibel tilrettelæggelse."

FORKLARING

Der er afgivet forklaring af skoleleder Eskild Petersen. Parterne er indforstået med at denne kendelse ikke indeholder en gengivelse af forklaringen.

PARTERNES ARGUMENTER

Parterne er indforstået med, at denne kendelse ikke indeholder en fuldstændig gengivelse af parternes argumenter.

KTO har navnlig anført, at det ved Højesterets dom i 2007 blev fastslået, at orlov kan tilrettelægges som enkelte dage, uden at der er tale om udskydelse af orlov eller genoptagelse af arbej-

det. As ønskede tilrettelæggelse af sin forældreorlov kan ikke anses for at være omfattet af forbeholdet i højesteretsdommen om fravær af kortere eller mindre regelmæssige perioder end det tilfælde, der forelå til pådømmelse i sagen. Denne sag adskiller sig fra sagen i Højesteret ved, at forældrene i højesteretssagen ikke som A og hans hustru var fraværende fra arbejdet samtidigt, men denne forskel er ikke relevant i forhold til barselsreglerne. Det må herved erindres, at det af bemærkningen til § 10, stk. 1, klart fremgår, at forældrene kan holde orlov sammen, på skift eller i forlængelse af hinanden.

Denne sag er en generel fortolknings sag, og det er derfor uden betydning for afgørelsen af sagen, hvorledes den overenskomst, der er gældende for As ansættelse, anskuer uge 8, der – som parterne også er enige om – indgik i hans gældende arbejdstid. Det kunne heller ikke kræves, at A skulle godtgøre, at der var et sagligt familiemæssigt formål med den fordeling af orloven, han ønskede.

KL har endvidere ikke kunnet påvise, at der i loven eller dennes forarbejder er anført noget, der er til hinder for en fordeling af orloven som ønsket af A. Det forbehold, Højesterets flertal tog ved afgørelsen, må antages at sigte på åbenbare omgåelses- eller misbrugssituationer, men det kan ikke heraf udledes, at der af arbejdsgiveren kan stilles krav om saglighed, når det gælder placering af barselorloven.

KTO har endelig anført, at KL i øvrigt ikke har sandsynliggjort, at As placering af orlovsugerne var ubejlelig for kommunen eller på anden måde indebar, at denne ikke kunne tilrettelægge sig ud af problemet.

KL har navnlig anført, at voldgiftsrettens overordnede tema er at få fastlagt rammerne for en medarbejders retskrav på at kunne placere forældreorlov i henhold til det frie fordelingsprincip i en situation, hvor den anden forælder samtidig er på orlov, og om der i denne situation er forskel på, om den anden forælder samtidig afholder barselorlov eller forældreorlov.

Af Højesterets dom fra 2007 kan udledes, at bestemmelserne om forældreorlov må forstås ud fra en snæver ordlydsfortolkning, sammenholdt med forarbejderne. Dette retsgrundlag fører til, at en medarbejder på den ene side har ret til at tilrettelægge sin forældreorlov således, at forældrene afholder deres orlov enten samtidig, på skift eller i forlængelse af hinanden. Hvis forældre imid-

lertid afholder orlov samtidig, er der alene et retskrav for den enkelte på at afholde forældreorlov i sammenhæng. Der består således ikke en ret til frit at kunne placere forældreorloven i en ikke sammenhængende periode. Situationen i denne sag angår således en anden end den, der var til pådømmelse i højesteretssagen.

KL har endvidere anført, at det ikke af lovgivningen eller retspraksis kan udledes, at alt, hvad en ansat ønsker med hensyn til placering af orlov, kan lade sig gøre. I denne sag var uge 8 ganske vist ikke en fri- eller ferieuge, men det må indgå i vurderingen, at A ikke skulle have nogen form for undervisning i den pågældende uge, al den stund der ingen børn var at undervise. Det gav derfor ingen mening, når han ønskede at arbejde i en uge, hvor der – som han også selv var klar over – reelt ikke var tale om noget arbejde. Hans ønske om at arbejde i uge 8 var således udtryk for spekulation fra hans side.

KL har endelig anført, at bestemmelserne i KTO-aftalens § 10 skal fortolkes i lyset af de muligheder og begrænsninger, der er for afholdelse af forældreorlov efter aftalens §§ 11-13.

OPMANDENS BEGRUNDELSE OG KONKLUSION

Formålet med reglerne om barsels-, fædre- og forældreorlov er at skabe størst mulig fleksibilitet for børnefamilierne. Som også anført i Højesterets dom fra 2007 er der ikke efter ordlyden af den tidligere bestemmelse i ligestillingslovens § 7, stk. 2, om forældreorlov (efter den 14. uge efter fødsel) fastsat begrænsninger i retten til at opdele fraværet på flere perioder. Bestemmelsen er videreført i barselslovens § 9, hvoraf også fremgår, at faderen har ret til at påbegynde forældreorloven inden for de første 14 uger efter fødslen. Denne bestemmelse er indholdsmæssigt afspejlet i KTO-aftalens § 10, stk. 1 og 3.

Af højesteretsdommens gennemgang af forarbejderne til loven fremgår, at retten til forældreorlov – i samspil med retten til dagpenge – kan fordeles, som forældrene vil, indtil barnet er 46 uger, og at lovgiver var opmærksom på den øgede byrde for arbejdsgiveren, som den udvidede ret til fravær i anledning af fødsel indebærer. Det er således ikke fra politisk side nærmere fastsat eller tilkendegivet, hvad der skal gælde med hensyn til forældrenes valgmuligheder og eventuelle begrænsninger heri.

Af Højesterets (flertallets) bemærkning om, at der ikke med dommens resultat var ”taget stilling til, om der kan vælges fravær i kortere eller mindre regelmæssige perioder”, kan udledes, at Højesteret – der alene tog stilling til den konkrete situation – ikke har villet udelukke, at der kan forekomme ønsker om forældreorlov, der går ud over, hvad der må anses for at have været tilsigtet med den meget fleksible adgang til forældreorlov.

KL har anført, at denne sag adskiller sig fra højesteretssagen ved, at forældrene i denne sag afholdt orlov samtidig, og at der hverken i barselsloven eller i KTO-aftalen er hjemmel til, at en medarbejder ved samtidig afholdelse af orlov frit kan placere sin orlov.

Da faderen som anført har ret til at påbegynde forældreorloven inden for de første 14 uger efter fødslen, det vil sige i samme periode hvor moderen har ret til fravær, jf. barselslovens § 7, stk. 1, og KTO-aftalens § 9, stk. 1 – hvad hun helt typisk også benytter sig af – og det ikke af loven eller dens forarbejder (og heller ikke af KTO-aftalen) kan udledes, at der er nogen begrænsning i faderens ret til opdeling af fraværet på flere perioder, kan KL's argument ikke føre til, at A ikke havde ret til at opdele sin orlov som ønsket.

Heller ikke bestemmelserne i KTO-aftalens §§ 11-13, der angår udskydelse af retten til fravær i tiden efter den 14. uge efter fødslen og genoptagelse af arbejdet, kan føre til, at der i aftalens § 10, sammenholdt med barselslovens § 9, stk. 1, kan indlægges den af KL hævdede begrænsning.

Det er således min opfattelse, at der ikke i ordlyden af barselslovens § 9 eller i forarbejderne til denne og den tidligere tilsvarende bestemmelse i ligebehandlingsloven er holdepunkter for den udlægning af reglerne om forældrelov, der fremgår af Beskæftigelsesministeriets udtalelse til KL, gengivet i Vejledningen til KTO-aftalen.

KL har desuden gjort gældende, at As ”spekulative” opdeling af orlovsperioden indebar, at orloven alene skulle afvikles i perioder med skemalagte aktiviteter og ikke i uge 8 i 2010, hvor der ikke var arbejdsmæssige aktiviteter.

Heroverfor har KTO anført, at uge 8 ubestridt ikke var en fri- eller ferieuge, men indgik i opgørelsen af As arbejdstid for den pågældende normperiode. Arbejdstidsreglerne og øvrige vilkår, der særligt gælder for folkeskolelærere, er således uden betydning for denne sag.

Efter det anførte, og når henses til det, KTO har anført om uge 8, og til, at usikkerhed med hensyn til, hvad forældrene har ret til i henhold til orlovsreglerne, i videst muligt omfang bør undgås, finder jeg ikke tilstrækkeligt grundlag for at nå til, at As ønske om opdelingen af de 8 ugers forældreorlov havde karakter af misbrug af reglerne eller af illoyalitet over for skolen som arbejdsgiver, eller at det på anden måde gik ud over, hvad der har været tilsigtet med reglerne.

Herefter var A berettiget til at placere orloven i ugerne 1-7 og 9, og KTO's påstand tages derfor til følge.

THI BESTEMMES:

Roskilde Kommune skal anerkende, at folkeskolelærer A var berettiget til i anledning af sit barns fødsel den 4. december 2009 at placere sin forældreorlov med løn i ugerne 1-7 og 9 i 2010.

Hver part skal bære egne omkostninger og betale halvdelen af opmandens honorar og udgifter.

Skodsborg den 10. december 2012.

Per Sørensen