

Kendelse
af
29. marts 2016
i
faglig voldgift FV 2015.0105:

FOA – Fag og Arbejde
(advokat Mumme Thing)

mod

DI Overenskomst II v/Dansk Industri

for

Forenede Care A/S

CVR nr. 36150513

(advokat Anton Gramstrup Larsen)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår forståelsen af følgende overenskomstbestemmelse:

”Ved overgang til denne overenskomst kan forringelse af den enkeltes lønforhold ikke finde sted”.

Hovedspørgsmålet er, hvad der er omfattet af bestemmelsens ”lønforhold”.

Spørgsmålet er dernæst, om Forenede Cares beregninger i den konkrete sag vedrørende institutionen Bøgeskovhus må anses for bindende accepteret af FOA for så vidt angår medarbejderne på Bøgeskovhus.

2. Sagens behandling

Sagen er den 1. marts 2016 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende sidedommere: forhandlingschef Jakob Bang og chefjurist Etti Trier Petersen, FOA, underdirektør Niels Grøn Seirup og chefkonsulent Lene Horn, DI.

Der blev afgivet forklaring af faglig konsulent Jakob Jensen Lindblom, FOA Aarhus, og adm. direktør Thomas Nistrup, Forenede Care A/S.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten var flertal for en afgørelse, træffes denne af opmanden. Parterne er enige om, at det kan ske uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes procedurer.

3. Påstande

FOA har nedlagt følgende påstande:

1. DI Overenskomst II for Forenede Care A/S skal anerkende, at tillæg for tjeneste i aften- nat- og weekendperioderne skal medregnes ved afgørelsen af, om der sker forringelse af den enkeltes lønforhold ved overgang til overenskomsten mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde.

2. DI Overenskomst II for Forenede Care A/S skal anerkende, at det forhøjede særlige ferietillæg fra den kommunale ferieaftale skal medregnes ved afgørelsen af, om der sker forringelse af den enkeltes lønforhold ved overgang til overenskomsten mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde.
3. *Principalt:* DI Overenskomst II for Forenede Care A/S skal anerkende, at de medarbejdere, der ved overgang til overenskomsten mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde havde opnået ret til arbejdsgiverbetalte seniordage, bevarer denne ret som et individuelt vilkår.
Subsidiært: Forenede Care A/S skal anerkende, at værdien af de arbejdsgiverbetalte seniordage, som den enkelte medarbejder var berettiget til ved overgangen, skal medregnes ved afgørelsen af, om der sker forringelse af den enkeltes lønforhold ved overgang til overenskomsten mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde.
4. *Principalt:* DI Overenskomst II for Forenede Care A/S skal anerkende, at de medarbejdere, der ved overgang til overenskomsten mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde havde ret til arbejdsgiverbetalte omsorgsdage, bevarer denne ret som et individuelt vilkår. Vilåret bortfalder i takt med udløbet af de kalenderår, hvor de børn som medarbejderen havde ret til omsorgsdage for på tidspunktet for overgangen, fylder 7 år.
Subsidiært: Forenede Care A/S skal anerkende, at værdien af de arbejdsgiverbetalte omsorgsdage, som den enkelte medarbejder var berettiget til ved overgangen, skal medregnes ved afgørelsen af, om der sker forringelse af den enkeltes lønforhold ved overgang til overenskomsten mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde.
5. DI Overenskomst II for Forenede Care A/S skal anerkende, at medarbejdere der påbegynder afholdelse af graviditets-, barsels-, fædre-, forældre- eller adoptionsorlov forud for den enkeltes overgang til nye overenskomstvilkår, har ret til at afholde orloven efter de regler den enkelte var omfattet af på tidspunktet for orlovens start.

DI Overenskomst II (DIO II) for Forenede Care A/S har over for hver af disse påstande påstået frifindelse.

DIO II for Forenede Care A/S har subsidiært nedlagt følgende påstande:

Over for FOA's påstand 1:

Frifindelse mod anerkendelse af, at når tillæg for arbejde i aften-, nat- og weekendtillæg perioder skal indgå i opgørelsen efter § 2 i Pleje og omsorg overenskomst indgået mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde, så skal omregningen på overgangstidspunktet ske således, at differencen mellem tillæggene på de respektive overenskomster betales som et særligt aften-, nat- og weekendtillæg, som medarbejderen udelukkende modtager, når medarbejderen arbejder i de pågældende tidsrum.

Over for FOA's påstand 2:

Frifindelse mod anerkendelse af, at forskellen mellem det særlige ferietillæg i den kommunale ferieaftale og ferietillægget i ferieloven på overgangstidspunktet beregnes således, at beregningsgrundlaget i den kommunale ferieaftale anvendes til at beregne, hvad medarbejderen vil opnå i særligt ferietillæg. Herefter fratrækkes, hvad medarbejderen ville have fået i ferietillæg i henhold til ferieloven, ved anvendelse af ferielovens beregningsgrundlag. Såfremt den pågældende medarbejder ved denne beregning opnår en merbetaling efter den kommunale ferieaftale, skal der udbetales et ferietillæg på forskellen. Dette sker en gang årligt samtidig med, at ferietillægget i henhold til ferieloven udbetales. Såfremt dette tillæg er udbetalt, og medarbejderen fratræder inden næste udbetaling, så skal det udbetalte tillæg samt ferietillægget modregnes i den ferieberettigede løn, som der skal beregnes feriegodtgørelse af.

DIO II for Forenede Care har desuden nedlagt følgende selvstændige påstand.

FOA Fag og Arbejde skal anerkende, at beregningerne efter § 9 i Pleje og omsorg overenskomsten, som Forenede Care A/S anvendte i forhold til medarbejderne ansat ved Bøgeskovhus, uanset om klager får medhold i en eller flere af de nedlagte påstande, skal anses for bindende accepteret af FOA.

FOA har heroverfor påstået frifindelse.

4. Sagens baggrund

4.1. Plejecentret Bøgeskovhus, Skovlundgårdsvej, 8260 Viby J, blev i en årrække drevet af Aarhus kommune. Som led i etableringen af et Offentligt - Privat Samarbejde overtog Forenede Care med virkning fra 1. september 2014 driften af Plejecentret Bøgeskovhus.

4.2. Social- og sundhedspersonalet i Bøgeskovhus var under den kommunale drift omfattet af Overenskomst og arbejdsaftale for Social- og Sundhedspersonale indgået mellem Kommunernes Landsforening (KL) og FOA, SOSU-overenskomsten, og de dertil knyttede rammeaftaler, herunder Aftale om ferie for personale ansat i kommuner, indgået mellem KL og Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte (KTO), Rammeaftale om seniorpolitik, indgået mellem KL og KTO, og Aftale om fravær af familiemæssige årsager, indgået mellem KL og KTO.

4.3. Forenede Care A/S er medlem af Dansk Industri (DI) og brancheforeningen Dansk Sundhed og Velfærd (DSV). Social- og sundhedspersonale ansat i Forenede Care A/S er derfor omfattet af overenskomst for udførelse af driftsmæssige serviceopgaver for danske kommuner og regioner, indgået mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA, Pleje- og Omsorgsoverenskomsten.

4.4. De enkelte medarbejdere på Bøgeskovhus modtog i brev af 4. september 2014 fra Forenede Care en skriftlig orientering om virksomhedsoverdragelsen. Det hedder i brevet bl.a.:

”...

Forenede Care A/S CVR nr.: 3615 0513 bekræfter hermed at du er ansat i Forenede Care med dine nuværende rettigheder og vilkår.

Når de planlagte tilpasningsforhandlinger med FOA er afsluttet, vil du kort tid efter modtage et nyt ansættelsesbevis. Tilpasningsforhandlingerne påbegyndes den 30. september 2014.

...”

4.5. Forenede Care meddelte i anbefalet brev af 6. september 2014 FOA, at man ikke ønskede at tiltræde SOSU-overenskomsten. Forenede Care A/S meddelte samtidig, at virksomheden ville ”respektere medarbejdernes individuelle rettigheder i henhold til overenskomsten, indtil disse

eventuelt opsiges med medarbejdernes individuelle opsigelsesvarsel tidligst til udgangen af overenskomstperioden”.

4.6. Pleje- og Omsorgsoverenskomsten har i § 2 følgende bestemmelse:

”Ved overgang til denne overenskomst kan forringelse af den enkeltes lønforhold ikke finde sted ...”

Parterne er enige om, at overgangen fra SOSU-overenskomsten til Pleje- og Omsorgsoverenskomsten er omfattet af denne bestemmelse.

4.7. Der blev optaget tilpasningsforhandlinger og afholdt organisationsmøde den 30. september 2014 med deltagelse af Forenede Care og FOA Aarhus. Det hedder i referatet:

”D.d. blev fremgangsmåden ved overgangen for medarbejderne omfattet af FOA’s dækningsområde ansat ved Bøgeskovhus til Overenskomst for Pleje og Omsorg, indgået mellem DI overenskomst II (SBA) og FOA-Fag og Arbejde (herefter Pleje og Omsorgsoverenskomsten) drøftet. Der var enighed om, at de virksomhedsoverdragne medarbejdere overgår til den private overenskomst den 31. marts 2015. Virksomheden informerer medarbejderne om overgangen, samt spørger medarbejderne om de kan acceptere overgangen. Såfremt de ikke kan acceptere overgangen til den private overenskomst, vil medarbejderne modtage opsigelse efter gældende regler.

Det blev aftalt, at virksomheden udarbejder lønberegning for den enkelte medarbejder. Beregningen skal tage udgangspunkt i den løn som medarbejderen vil oppebære den 31. marts 2015. Parterne er enige om i fællesskab at sikre at beregningerne er retvisende.

Det blev aftalt, at en eventuel merløn jf. § 2 i Pleje og Omsorgsoverenskomsten i forhold til overenskomstens grundløn, pension og tillæg anses for et særligt personligt tillæg. Fremtidige overenskomstmæssige stigninger kan modregnes i det personlige tillæg. Dette gælder dog ikke særlige funktionstillæg, som holdes uden for beregningen, da de fortsætter som funktionstillæg.”

4.8. Det fortsatte forløb har afdækket uenighed om fortolkningen af Pleje- og Omsorgsoverenskomstens § 2, ligesom der er uenighed om, hvorvidt der i det fortsatte forløb er indgået aftale i den konkrete sag ved Plejecentret Bøgeskovhus.

5. Opmandens begrundelse og resultat vedrørende overenskomstfortolkningen

Pleje- og Omsorgsoverenskomsten indledes med i § 1 at angive, at den ”omfatter løn- og ansættelsesvilkår” for nærmere angivne medarbejdergrupper. Det har på den baggrund formodningen mod sig, at overenskomstparterne under udtrykket ”lønforhold” i § 2 har villet inddrage samtlige løn- og ansættelsesvilkår.

Overenskomstens § 2 indeholder en ud over virksomhedsoverdragelseslovens § 2 gående beskyttelse af en ansat ved virksomhedsoverdragelse; der er en sådan forskel i hensynene bag de to bestemmelser, at der ikke i virksomhedsoverdragelsesloven kan findes støtte for, at ”lønforhold” i overenskomsten skal fortolkes bredt som løn- og arbejdsforhold på samme måde som i virksomhedsoverdragelseslovens § 2. Tværtimod taler forskellen i ordlyd og baggrund imod noget sådant.

Der er ikke under sagen fremkommet oplysninger om bestemmelsens tilblivelse eller praktisering af overenskomstparterne af betydning for forståelsen.

På denne baggrund – og i mangel af oplysninger, som kunne støtte en anden forståelse – må ”lønforhold” i overenskomstens § 2 tages på ordene og afgrænses i overensstemmelse med den sædvanlige arbejdsretlige sondring mellem lønforhold og andre ansættelsesforhold for så vidt det giver mening i den særlige situation, overenskomstens § 2 angår. Det er ved denne afgrænsning uden betydning, om et ansættelsesretligt gode har været værdisat ved overenskomstforhandlingerne, og beløbet alternativt kunne have været anvendt til en direkte lønforhøjelse, eftersom det gælder om stort set alle overenskomstgoder, at de har en værdi, som alternativt kunne anvendes til noget andet.

Som eksempel på sondringen mellem lønforhold og andre ansættelsesforhold kan nævnes erhvervsuddannelseslovens §§ 55 og 56 om henholdsvis ”løn” og ”ansættelses- og arbejdsvilkår”.

Højesteret har herom i dom af 6. december 2010 (UfR 2011 s. 763) bl.a. udtalt:

”Højesteret finder, at anvendelsen af ordet »løn« i sætningen »skal mindst udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst« i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, taler for, at bestemmelsen kan omfatte andre elementer end grundlønns beløb. Sammenhængen med § 56, stk. 1, om »ansættelses- og arbejdsvilkår mv.« gør det heller ikke nærliggende at antage, at bestemmelsen i § 55, stk. 2, kun angår grundlønns beløb, men taler

tværtimod for, at begrebet »løn« i § 55, stk. 2, også omfatter andre lønelementer og lønvilkår. Denne forståelse støttes af bestemmelsernes forarbejder, hvorefter aflønning ikke reguleres af § 56. Søgnehelligdagsbetaling i form af en ordning med sædvanlig periodisk løn uanset søgnehelligdage ville være omfattet af § 55, stk. 2, og reale grunde taler for, at en ordning med løntillæg eller opsparing behandles på samme måde.”

Højesteret har endvidere i dom af 3. november 2014 (UfR 2015 s. 384) bl.a. udtalt:

”Elevens krav på pensionsindbetaling, fritvalgs lønkonto og feriefridage

Efter erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, skal elevlønnen mindst udgøre den løn, der er fastsat ved kollektiv overenskomst inden for uddannelsesområdet, og parterne er enige om, at referenceoverenskomsten i det foreliggende tilfælde er landsoverenskomsten for kontor og lager mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og HK Handel HK/Privat (landsoverenskomsten).

Højesteret finder, at lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2, må forstås således, at det omfatter overførsel af penge eller ydelser af økonomisk værdi til en medarbejder som vederlag i et ansættelsesforhold. Det omfatter ikke kun grundlønns beløb, men også andre lønelementer og lønvilkår, jf. herved Højesterets dom af 6. december 2010 (UfR) 2011.763).

Ved dom af 20. august 2014 (sag nr. 337/2012) har Højesteret fastslået, at § 55, stk. 2, også omfatter vilkår om pensionsordning i den relevante overenskomst, at en arbejdsgiver som udgangspunkt ikke med frigørende virkning kan opfylde sin pligt til at indbetale pensionsbidrag ved at udbetale bidraget til medarbejderen som løn, og at arbejdsgiveren derfor har pligt til at efterbetale manglende bidrag. Der er ikke oplyst omstændigheder, der kan føre til en fravigelse af udgangspunktet i det foreliggende tilfælde. Arbejdsgiverselskabet er derfor forpligtet til at indbetale hele det manglende pensionsbidrag på 44.398,92 kr.

Ifølge landsoverenskomstens § 4 (om løn) har medarbejderen krav på indbetaling til en fritvalgs lønkonto, der giver den pågældende mulighed for at vælge, om opsparingen ønskes anvendt til løn i forbindelse med fritid eller til pension, og et eventuelt overskud på kontoen skal udbetales sammen med den sidste lønudbetaling ved fratræden. Højesteret finder, at en sådan opsparing må anses som vederlag i et ansættelsesforhold og derfor omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2. Arbejdsgiverselskabet var således forpligtet til at udbetale beløbet på 6.074,09 kr. til B ved hendes fratræden.

Ifølge landsoverenskomstens § 12 har medarbejderen efter 9 måneders uafbrudt beskæftigelse i virksomheden krav på 5 feriefridage og ved fratræden krav på kompensation for ikke afholdte feriefridage med et beløb svarende til løn under sygdom for hver feriefridag, der ikke er afholdt. Højesteret finder, at kompensationsbeløbet, som for Bs vedkommende ubestridt udgør 3.900 kr., må anses som vederlag i et ansættelsesforhold og derfor omfattet af lønbegrebet i erhvervsuddannelseslovens § 55, stk. 2. Arbejdsgiverselskabet var således forpligtet til at udbetale dette beløb ved hendes fratræden.”

FOA's påstand 1 angår arbejdstidsbestemte tillæg. Hvor en medarbejder er fast ansat til aften-, nat- eller weekendarbejde, indgår tillæg for sådant arbejde i vedkommendes sædvanlige løn, hvorfor tillægget bør indgå ved afgørelsen af, om der sker forringelse af den enkeltes lønforhold ved overenskomstsiftet. Når en medarbejder ikke er fast ansat til aften-, nat- eller weekendarbejde, men har haft det i varierende omfang, findes det herved oppebårne tillæg at have en for tilfældig karakter til med mening at kunne indgå ved bedømmelsen efter overenskomstens § 2. FOA's påstand 1 tages herefter til følge for så vidt angår medarbejdere, der er fast ansat til aften-, nat- eller weekendarbejde. Der er ikke herudover grundlag for at følge DI's påstande vedrørende disse tillæg.

FOA's påstand 2 angår det forhøjede særlige ferietillæg fra den kommunale ferieaftale. Sådant feriebetaling må på den foran angivne baggrund anses for omfattet af lønforhold i overenskomstens § 2. Ferietillægget skal derfor medregnes som påstået af FOA.

Der er ikke under den foreliggende sag grundlag for at tage stilling til DI's subsidiære påstand vedrørende FOA's påstand 2, idet den angår et spørgsmål om beregningsteknik, som ikke har været bragt frem i det forudgående fagretlige forløb.

FOA's påstand 3 angår seniorfridage. FOA's principale påstand går på bevarelse af retten til at holde fri med sædvanlig løn – giver altså ikke yderligere betaling end sædvanlig løn. Bevarelsen af en sådan ret kan ikke anses for omfattet af "lønforhold" i overenskomstens § 2.

Den ansatte kan imidlertid vælge at konvertere seniorfridage til bonus eller pension, ligesom ikke afholdte seniorfridage i et kalenderår udbetales ved ansættelsesforholdets ophør. Har en ansat inden overgangen valgt konvertering, er der tale om en sådan pengeydelse, at den på baggrund af det foran anførte må anses for omfattet af "lønforhold" i overenskomstens § 2. Sådant valg kan træffes hvert år. En ansat kan således, når det ligger klart, at der skal ske virksomheds-overdragelse fra kommunalt til privat regi sikre, at værdien kommer til at indgå ved bedømmelse efter overenskomstens § 2, blot ved at meddele sin arbejdsgiver, at dagene ønskes konverteret. Da det ikke kan antages at have været meningen, at bedømmelsen efter § 2, skal bero på, om den enkelte lønmodtager i tide har haft fornøden indsigt til på den måde at varetage egne interesser,

findes det bedst stemmende med formålet med § 2, at den økonomisk værdi af seniorfridage i alle tilfælde indgår i bedømmelsen.

Herefter tages FOA's subsidiære påstand 3 til følge.

FOA's påstand 4 angår omsorgsdage, som er dage, hvor der kan holdes fri med sædvanlig løn, når betingelserne er opfyldt, men som ikke kan udløse nogen betaling herudover.

FOA's påstand 4 kan efter det, der er anført vedrørende påstand 3, herefter ikke tages til følge.

FOA's påstand 5 angår orlov til barsel mv. Overenskomstvilkår herom angår imidlertid ikke, hvad der efter sædvanlig arbejdsretlig opfattelse anses for lønforhold. FOA's påstand 5 kan derfor ikke tages til følge.

6. Opmandens begrundelse og resultat vedrørende den konkrete sag

DI har til støtte for sin selvstændige påstand navnlig anført, at FOA har modtaget Forenede Cares beregninger og givet Forenede Care en berettiget forventning om, at de fremsendte beregninger var accepteret, da FOA Aarhus i e-mail af 28. oktober 2014 erklærede sig enig i principperne bag beregningerne. Det var på den baggrund, at Forenede Care sendte nyt ansættelsesbevis ud til samtlige medarbejdere med besked om, hvad hver enkelt ville få i tillæg – udregnet med baggrund i de regneeksempler, som FOA havde godkendt. FOA's godkendelse har således virket bestemmende for Forenede Care, og Forenede Cares beregninger må anses for bindende accepteret for så vidt angår medarbejderne på Bøgeskovhus.

Hertil bemærker opmanden, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at det på organisationsmødet den 30. september 2014 blev overladt til FOA Aarhus og Forenede Care at få overgangen til Pleje- og Omsorgsoverenskomsten på plads, og at der i den anledning efterfølgende blev udvekslet mails med beregninger og kommentarer, uden at parterne på noget tidspunkt i fællesskab konstaterede, at de nu var enige. Det indgår således i forløbet, at Jakob Jensen Lindblom havde et ønske om i en personalehåndbog at få indskrevet, at de "bløde" rettigheder blev videreført uændret. Det indgår også i forløbet, at Jakob Lindblom i en e-mail af 4. november 2014 til bl.a. Thomas Nistrup skrev, at der var problemer vedrørende frokostpause og det per-

sonlige tillæg, at Thomas Nistrup ved en e-mail af 18. november 2014 fremsendte ”ny version af beregning og kontrakt” til bl.a. Jakob Lindblom og Mogens Frederiksen, FOA, med besked om, at ”Vi er så småt begyndt udsendelse til medarbejderne”, og at Mogens Frederiksen i en e-mail af 19. november 2014 til bl.a. Thomas Nistrup skrev, at ”vi mangler exel-bilaget for at se hvordan I er kommet frem til tallene som vi ikke kan få til at passe med ok-satser”. FOA anbefalede herefter medlemmerne ikke at skrive under på de udsendte ansættelsesbeviser, og den anbefaling blev først ændret på et mæglingsmøde den 15. januar 2015 efter, at der samme dag havde været afholdt et organisationsmøde med drøftelse af Forenede Cares beregning af 18. november 2014 og bl.a. genetillæg og feriegødtgørelse.

Ud fra en samlet bedømmelse finder opmanden, at der ikke er fornødent bevismæssigt grundlag for at tage DI’s selvstændige påstand til følge.

Thi bestemmes:

DI Overenskomst II v/ Dansk Industri for Forenede Care A/S skal anerkende, at følgende skal medregnes ved afgørelsen af, om der sker forringelse af den enkeltes lønforhold ved overgang til overenskomsten mellem DI Overenskomst II (SBA og DSV) og FOA – Fag og Arbejde:

- 1) For medarbejdere, der er fast ansat til aften-, nat- eller weekendarbejde, tillæg for tjeneste i aften-, nat eller weekendperioderne,
- 2) Det forhøjede særlige ferietillæg fra den kommunale ferieaftale, og
- 3) Værdien af de arbejdsgiverbetalte seniordage, som den enkelte medarbejder var berettiget til ved overgangen.

I øvrigt frifindes begge parter for de påstande, de har nedlagt over for hinanden.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmand.

Børge Dahl

