

KENDELSE

i

faglig voldgiftssag FV 2015.0185

3F Transportgruppen

mod

DI Overenskomst II v/Dansk Industri (DI)

for

Jysk Vikarservice ApS

Uoverensstemmelsen

Uoverensstemmelsen angår i første række, om der den 19. oktober 2012, da A blev syg, var indgået en aftale mellem ham og vikarbureauet Jysk Vikarservice ApS (herefter Jysk Vikarservice) om udsendelse til brugervirksomheden Frode Laursen, Hørning. I bekræftende fald angår uoverensstemmelsen navnlig, i hvor mange dage A har krav på sygeløn fra Jysk Vikarservice i henhold til vikaroverenskomsten mellem DI og 3F.

Sagens behandling

Da der ikke har kunnet opnås enighed mellem parterne, er sagen indbragt for denne voldgiftsret bestående af Tina Petersen og Karsten Kristensen, som begge er valgt af klager, Marianne Korsby Clasen og Christoffer Thomas Skov, som begge er valgt af indklagede, og som opmand højesteretsdommer Lars Hjortnæs.

Sagen blev mundtligt forhandlet den 5. april 2016 hvor klager var repræsenteret ved advokat Evelyn Jørgensen og indklagede ved advokat Sofie Bille-Steenberg.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af A og Heine D. Hansen.

Som polsk tolk for A fungerede Olga Magieres.

Da der efter votering ikke blandt sidedommerne kunne opnås flertal for noget resultat, skal afgørelsen træffes af opmanden. Parterne var enige om, at det kan ske uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes procedurer.

Den konkrete sag

I "employment agreement" indgået mellem A og Jysk Vikarservice hedder det bl.a.:

"...

Job Category: Temporary

Start date: 1. day of work 02.05.2011

...

Changing locations

Workplace designated specifically for each job

...”

I e-mail sendt den 19. oktober 2012 kl. 17.15 fra Jysk Vikarservice til A, der på det tidspunkt opholdt sig i Polen, hedder det bl.a.:

“Hi A
Please call me now 70121204
I have job for you
Best regards
Jysk Vikarservice
Med venlig hilsen
Anni Rugholm”

Parterne er enige om, at det job, som er nævnt i mailen af 19. oktober, var et job hos brugervirksomheden Frode Laursen, Hørning, der hos Jysk Vikarservice havde bestilt en vikar til arbejde på virksomheden mandag og tirsdag den 22.-23. oktober 2012.

Den 20. oktober 2012 blev A sygemeldt. Han startede ikke på det job, som er omtalt i mailen af 19. oktober, og han var sygemeldt året ud.

Der er under sagen bl.a. fremlagt lønsedler for A for perioden 25. april 2011-21. oktober 2012.

Overenskomstgrundlaget

Den dagældende vikaroverenskomst indgået mellem 3F Transportgruppen og DI Overenskomst II indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

“§ 6.

Stk. 1. Såfremt opsigelse finder sted under beskæftigelse hos en brugervirksomhed gælder følgende varsler:

Fra vikarbureauet:

- Mindre end 1924 timers lønnet beskæftigelse inden for en periode på 15 måneder Intet varsel
- Mere end 1924 timers lønnet beskæftigelse inden for en periode på 15 måneder 14 dages varsel

...

§ 7. Løn under sygdom

I sygdomstilfælde gælder reglerne i Lov om sygedagpenge.

Herudover er der aftalt følgende:

Stk. 1. Vikarbureauet betaler løn under sygdom og tilskadekomst til vikarer, der er i beskæftigelse hos en brugervirksomhed, og som på sygdomstidspunktet har været i lønnet beskæftigelse i samme vikarbureau i mindst 962 timer. Vikaren skal opfylde betingelserne for ret til sygedagpenge fra vikarbureauet i medfør af sygedagpengelovens regler.

...

Stk. 3. Sygeløn til ansatte ydes af vikarbureauet i indtil 56 kalenderdage regnet fra første hele fraværsdag. ...

Sygelønnen består af det berettigede sygedagpengebeløb suppleret op til fuld løn, dog maksimalt kr. 120,00 i timen og højst for 37 timer om ugen.

Stk. 4. Beregningsgrundlaget for sygelønnen er vikarens forventede indtjeningstab pr. arbejdstime i forhold til den aftalte arbejdskontrakt inkl. systematisk forekommende genetillæg i sygdomsperioden.

...”

Forklaringer

A har bl.a. forklaret, at han i oktober 2012 havde været tilknyttet Jysk Vikarservice i ca. halvandet år. I den periode havde han gennem Jysk Vikarservice udført forskellige former for lagerarbejde hos Frode Laursen. Han var udsendt til Frode Laursen næsten hver uge med varierende timetal. Der var normalt ca. 15 vikarer fra Jysk Vikarservice udsendt til Frode Laursen. For hans vedkommende foregik det normalt sådan, at Jysk Vikarservice i slutningen af hver uge kontaktede ham på telefon, mail eller sms med besked om, hvilke dage og timetal han kunne få arbejde hos Frode Laursen i den følgende uge. Ofte fik han besked af Frode Laursen om, at der ville være brug for ham i den følgende uge, hvorefter de bestilte ham hos Jysk Vikarservice.

Da mailen fra Jysk Vikarservice kom fredag den 19. oktober 2012, var han på ferie i Polen. Han ringede samme dag til vikarbureauet og talte med Anni Rugholm, der havde sendt mailen til ham. Han bekræftede under telefonsamtalen, at han ville tage imod tilbuddet om job og møde hos Frode Laursen om mandagen. Om lørdagen blev han syg i Polen, idet han fik problemer med hjertet, og hans ægtefælle ringede herom til vikarbureauet, fordi han altid skulle orientere dem, hvis han var syg. Han var indlagt i Polen i ca. en måned, hvorefter han blev overflyttet til Skejby Sygehus, og han forblev sygemeldt resten af året. Han kunne efter sygemeldingen ikke komme i kontakt med Jysk Vikarservice. Da han efter nytår var blevet rask, begyndte han igen at arbejde hos Frode Laursen efter at være skiftet til et andet vikarbureau.

Forud for sygemeldingen havde der været talt om en eventuel fastansættelse hos Frode Laursen, men

der var ingen ledige stillinger. Han udførte også mange forskellige slags arbejde, når han var udsendt til virksomheden, og det var på grund af de skiftende arbejdsopgaver, at mængden af arbejdstimer hos Frode Laursen havde varieret så meget fra uge til uge.

Heine D. Hansen har bl.a. forklaret, at han er indehaver af Jysk Vikarservice og har været i vikarbranchen siden 1997. Når vikarbureauet udsender vikarer, er den normale fremgangsmåde, at man får en bestilling fra brugervirksomheden, hvorefter vikarbureauet kontakter den eller de vikarer, som er ledige og egnede til jobbet og tilbyder dem det pågældende arbejde. Det sker ofte med dags eller helt ned til en times varsel. Vikarbureauet har et bookingskema, der løbende viser de tilknyttede vikarers tilgængelighed og jobpræferencer. Vikarbureauet booker vikarerne pr. telefon, sms eller mail, men altid med en telefonisk samtale for at sikre, at man er enige. Vikarbureauet sørger sædvanligvis for at bekræfte, hvad der er aftalt, også hvis vikaren ikke tager imod jobtilbuddet. Vikaren kan altid sige nej til et tilbud. Jysk Vikarservice har løbende 800-900 vikarer i "stalden", og man er naturligvis tit ude for at skulle betale sygeløn. Brugervirksomheden Frode Laursen var en stor og fast brugervirksomhed, der normalt sendte en mail hver dag med angivelse af, hvor mange vikarer man skulle bruge i hvilke perioder, og antallet af vikarer, der på et givent tidspunkt var udsendt til Frode Laursen, kunne variere fra 3 til 25. Dette skyldtes, at det varierede meget, hvor mange varer Frode Laursen fik hjem til behandling, og om man fik dem hjem på det forventede tidspunkt. Frode Laursen kunne – ligesom andre brugervirksomheder – godt ønske navngivne vikarer, men det var altid Jysk Vikarservice, der bestemte, hvem der skulle have jobtilbuddene. Han kan således heller ikke udelukke, at Frode Laursen af og til spurgte vikarerne selv, om de ville kunne møde i den følgende uge, men det ændrede ikke ved, at det i sidste ende var Jysk Vikarservice, der bestemte, hvem der skulle tilbydes jobbet.

En vikar udsendes normalt ikke for mindre end 4 timer. Mange vikarer er tilknyttet flere vikarbureauer samtidig.

Normalt ringer vikarbureauet rundt til de mulige vikarer om fredagen eller i løbet af weekenden om jobs i den følgende uge. Den e-mail, der blev sendt til Aden 19. oktober 2012, er nok blevet sendt for at finde ud af, om han var kommet hjem fra ferie, idet Frode Laursen havde bestilt vikarbistand til mandag-tirsdag den 22.-23. oktober. Der var endnu ikke indgået nogen aftale med A om dette arbejde, da A blev syg i weekenden. Han har spurgt Anni Rugholm om forløbet, og hun har fortalt ham, at hun

ikke kan huske, om hun har talt i telefon med A om fredagen.

Parternes påstande og argumentation

Klager har nedlagt følgende påstande:

DI skal anerkende, at en vikar, der bliver syg i forbindelse med eller under udsendelse til en brugervirksomhed, har krav på sygeløn under sygdom i indtil 56 kalenderdage uanset varigheden af den på forhånd aftalte udsendelse, jf. Vikaroverenskomsten mellem DI og 3F Transportgruppen.

Jysk Vikarservice ApS skal til 3F efterbetale sygeløn til forbundets medlem A for perioden 22. oktober til 16. december 2012 (begge dage inklusive) med procesrente fra de normale forfaldsdatoer.

Jysk Vikarservice ApS skal til 3F betale en bod fastsat efter voldgiftsrettens skøn.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært at der skal betales sygeløn for mandag og tirsdag den 22. og 23. oktober 2012, mere subsidiært, at der skal betales sygeløn i opsigelsesperioden på 14 dage, jf. Vikaroverenskomstens § 6.

Parterne er enige om, at voldgiftsretten i givet fald kan træffe afgørelse om bod.

Klager har navnlig anført, at det efter bevisførelsen må anses for godtgjort, at der var indgået en aftale med A om udsendelse til brugervirksomheden Frode Laursen, da A blev syg. Derfor har han krav på sygeløn fra Jysk Vikarservice i 56 dage fra sygemeldingen og ikke kun i de to dage, den aftalte udsendelse til brugervirksomheden skulle have varet. A må endvidere anses for at have været i et løbende ansættelsesforhold til vikarbureauet. Det følger af overenskomstens § 7, at det var en betingelse for hans ret til sygeløn i indtil 56 dage, at han var "i beskæftigelse" på det tidspunkt, hvor han blev sygemeldt, og den betingelse er opfyldt. Hvis ikke overenskomsten skulle forstås på denne måde, ville vikarer i praksis aldrig kunne få sygeløn i 56 dage, idet det netop kendetegner vikarvirksomhed, at vikarerne bestilles for korte perioder eller fra dag til dag. I givet fald ville der ikke være noget reelt indhold i bestemmelsen om ret til sygeløn i indtil 56 dage, hvilket har formodningen imod sig.

Subsidiært gøres det gældende, at den successive udsendelse af A til brugervirksomheden Frode Laursen har karakter af omgåelse med det formål at begrænse vikarbureauets pligt til at betale sygeløn. Dette støttes også af den lemfældige måde, bookningerne er foregået på, hvor man blot telefonisk har givet instrukser om arbejdstider mv. Der er også en klar formodning for, at A ville have fortsat med at arbejde hos Frode Laursen, hvis han ikke var blevet syg.

Indklagede har navnlig anført, at der utvivlsomt ikke var indgået en aftale om, at A skulle udsendes til Frode Laursen den 22.-23. oktober 2012, før han tog på ferie i Polen. E-mailen af 19. oktober indeholder intet om mødetid og -sted og må anses som et tilbud, der skulle accepteres. Det er ikke godtgjort, at den hævdede telefonsamtale mellem A og Anni Rugholm har fundet sted eller med hvilket indhold. Klager har derfor ikke bevist, at der forelå et ansættelsesforhold, da A blev sygemeldt.

Efter vikaroverenskomsten er det en betingelse for, at en vikar har ret til sygeløn, at den pågældende er i et gældende ansættelsesforhold hos en brugervirksomhed, jf. herved overenskomstens § 6, stk. 1. Det hænger sammen med, at vikarers ansættelsesform er mere fleksibel både for vikaren og vikarbureauet. Vikarer anses da også som ledige i relation til vikarbureauets pligt til at betale godtgørelse ("G-dage"), når de ikke er udsendt til en brugervirksomhed. At vikaren skal være i et aktuelt gældende ansættelsesforhold hos en brugervirksomhed støttes også af ordlyden af overenskomstens § 7, stk. 1, og 3, jf. ordene "indtil 56 dage".

Subsidiært gøres det gældende, at såfremt der var indgået en aftale om beskæftigelse hos Frode Laursen, har A kun krav på sygeløn for de to dage, som den aftalte beskæftigelse skulle vare. Der foreligger ikke omgåelse, idet hver enkelt ansættelse af A skete efter brugervirksomhedens konkrete behov, som varierede efter, hvornår der kom lastbiler ind. Hans arbejdstid i de uger, hvor han arbejdede for Frode Laursen, varierede da også mellem 7 og 37 timer, og han havde ingen specialfunktioner hos Frode Laursen. De successive ansættelser hos brugervirksomheden udsprang således af dennes løbende driftsmæssige behov.

Mere subsidiært gøres det gældende, at der i hvert fald ikke kan være pligt til at betale sygeløn ud over det gældende opsigelsesvarsel på 14 dage.

Hvis Jysk Vikarservice skal betale sygeløn til A, skal et sygedagpengebeløb, som Jysk Vikarservice er

blevet opkrævet af Aarhus Kommune, fratrækkes i betalingskravet.

Opmandens begrundelse og resultat

Det følger af den dagældende overenskomsts § 7, at A har krav på sygeløn fra Jysk Vikarservice fra første hele fraværsdag, hvis han var ”ansat” og ”i beskæftigelse hos en brugervirksomhed”, idet parterne er enige om, at overenskomstens øvrige betingelser for sygeløn fra vikarbureauet er opfyldt.

Efter de samstemmende forklaringer herom lægges det til grund, at Jysk Vikarservice ofte indgik aftaler med vikarer om udsendelse til en brugervirksomhed telefonisk eller pr. mail.

Efter As forklaring sammenholdt med, at han havde været udsendt til brugervirksomheden Frode Laursen gentagne gange igennem en længere periode, lægges det uanset manglende skriftlig bekræftelse til grund, at han den 19. oktober 2012 efterkom den klare opfordring i mailen af samme dag om straks at ringe til Anni Rugholm fra Jysk Vikarservice om det jobtilbud, der var omtalt i mailen, og at han under denne telefonsamtale accepterede tilbuddet. Parterne er enige om, at tilbuddet drejede sig om arbejde for brugervirksomheden Frode Laursen den 22.-23. oktober 2012.

Det lægges herefter til grund, at A havde indgået en aftale med Jysk Vikarservice om beskæftigelse hos brugervirksomheden Frode Laursen i de nævnte to dage, da A blev syg. Han var derfor i beskæftigelse hos en brugervirksomhed, da han blev sygemeldt.

En tidsmæssig begrænsning af retten til sygeløn til ”indtil 56 dage” findes tilsvarende i andre overenskomster end vikaroverenskomsten, og ordet ”indtil” må på den baggrund og efter ordlyden mest nærliggende forstås sådan, at hvis en sygemelding varer i mere end 56 dage, ophører den ret til sygeløn, der i øvrigt måtte gælde, efter 56 dage. Der er ikke i overenskomsten grundlag for at forstå brugen af ordet ”indtil” sådan, at der derved gives en ret til sygeløn for dage, hvor vikaren ikke er i beskæftigelse hos en brugervirksomhed.

En beskæftigelse hos en brugervirksomhed må som udgangspunkt anses for at ophøre, når det aftalte vikariat udløber, i dette tilfælde altså den 23. oktober 2012.

Klager har gjort gældende, at de successive tidsbegrænsede udsendelser af A til brugervirksomheden Frode Laursen havde karakter af omgåelse med det formål at begrænse vikarbureauets overenskomstmæssige forpligtelser, jf. herved afgørelsen af 13. juli 2015 i faglig voldgiftssag FV 2014.0063. På grundlag af bevisførelsen er det imidlertid opmandens bedømmelse, at de gentagne tidsbegrænsede udsendelser ikke har kunnet give A der ikke udførte specialfunktioner hos brugervirksomheden, men almindeligt lagerarbejde med meget varierende timetal fra uge til uge – grundlag for at anse sig som udsendt til Frode Laursen indtil videre. Vikarbureauets gentagne udsendelser af A til brugervirksomheden Frode Laursen må efter bevisførelsen anses for at være sket på grundlag af brugervirksomhedens opgørelser af sit driftsmæssige behov. Det er herefter ikke godtgjort, at de successive tidsbegrænsede udsendelser af A ikke har afspejlet realiteten, og der har således ikke været tale om omgåelse.

Herefter skal DI frifindes for klagers anerkendelsespåstand, og indklagedes subsidiære påstand skal tages til følge som nedenfor bestemt. Endvidere skal Jysk Vikarservice for overenskomstbrud betale en bod, der under hensyn til betalingskravets forventede størrelse og sagens øvrige omstændigheder fastsættes til 1.000 kr.

Der er ikke fornødent grundlag for, at voldgiftsretten kan tage stilling til det rejste spørgsmål om en eventuel ret for Jysk Vikarservice til at fratække beløb, der er betalt til Aarhus Kommune.

Thi bestemmes

Dansk Industri frifindes for den nedlagte anerkendelsespåstand.

Jysk Vikarservice ApS skal til Fagligt Fælles Forbund efterbetale sygeløn til forbundets medlem A for den 22. og 23. oktober 2012 med procesrente fra normal forfaldstid.

Jysk Vikarservice ApS skal betale en bod på 1.000 kr. til Fagligt Fælles Forbund.

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

Sagen sluttet.

København, den 11. maj 2016

Lars Hjortnæs