

Kendelse
af
2. juli 2018
i
faglig voldgiftssag FV2015.0141:

Fagligt Fælles Forbund
og
Serviceforbundet
(advokat Rune Asmussen)

mod

DI Overenskomst II
for
ISS Facility Services A/S
og
Elite Miljø A/S
(advokat Lene Horn)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen, hvori der er afholdt mæglingssmøde den 29. juni 2015, angår Serviceoverenskomsten 2014 - 2017. Spørgsmålet er, om der skal beregnes bidrag til Fritvalgs-ordningen af sygeløn.

Klagerne, Fagligt Fælles Forbund (3F) og Serviceforbundet har nedlagt **påstand** om, at indklagede, Dansk Industri Overenskomst II for ISS Facility Services A/S og Elite Miljø A/S, skal anerkende, at der skal betales fritvalgsordning af den sygeløn, medarbejderen får udbetalt fra arbejdsgiveren.

Indklagedes påstand er frifindelse.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 25. juni 2018 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende sidedommere: formand Morten Schmidtke Eriksen, Landssammenslutningen for Rengøring og Service under Serviceforbundet, og konsulent Rasmus Kruse, 3F, underdirektør Niels Grøn Seirup og advokat Nina Lykke Kjeldsen, begge DI

Der er under forhandlingen afgivet forklaring af:

A, gruppeformand 3F Privat Service, Hotel og Restauration,

B, forhandlingssekretær, 3F,

C, økonom, LO,

D, direktør i Dansk Byggeri (siden september 2010), tidligere afdelingschef i HTS og sekretariatschef i SBA,

E, underdirektør i DI,

F, lønchef, ISS Facility Services, og

G, HR partner, Elite Miljø A/S.

Da der efter forhandling og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten var flertal for en afgørelse, træffes denne af opmanden. Der er enighed om, at dette kan ske ved

kendelse i overensstemmelse med opmandens mundtlige tilkendegivelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes procedurer.

3. Overenskomstgrundlaget

3.1. Serviceoverenskomsten 2014 – 2017

Det hedder i Serviceoverenskomsten 2014 – 2017 indgået mellem DI Overenskomst II (SBA) og 3F Privat Service, Hotel og Restauration og Landssammenslutningen for Rengøring og Service under Serviceforbundet bl.a.:

”Kapitel B Tidløøn

...

§ 3. Lønfastsættelse

...

§ 4. Grundtimeløn

...

§ 5. Den normale timeløn

...

§ 6. Præstationsløøn

...

§ 6a. Servicetillæg

...

§ 6b. Faglært tillæg

...

§ 7. Særlige tillæg

Stk. 1.

... skiftende hold ...

Stk. 2.

...

Aftentillæg

...

Nattillæg

...

Søn- og helligdage og juleaftensdag kl. 00.00 – 24.00.

...

1. maj kl. 12.00 – 24.00

...

Stk. 3.

... patruljetjeneste ...

Stk. 4.

... genetillæg ...

Stk. 5.

... hovedrengøring ...

Stk. 6.

... manglende spisested ...

...

§ 10. Anciennitetstillæg

...

Kapitel F Særlige lønandele

§ 16. Sygedagpenge og barsel

Stk. 1.

Virksomhederne udbetaler dagpenge under uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, herunder arbejdsskade i henhold til den til enhver tid gældende dagpengelov.

Såfremt en medarbejder en arbejdsdag må forlade arbejdet på grund af sygdom, ydes der løn under sygdom for de resterende arbejdstimer.

Til medarbejdere med mindst 6 måneders anciennitet ydes der, hvis 1. sygedag indtræder senest samtidig med opnåelsen af 6 måneders anciennitet, løn under sygdom for maksimalt 37 timer pr. uge, jf. dog § 1, stk. 7 og § 18, stk. 3. Ved uarbejdsdygtighed på grund af arbejdsskade ydes en godtgørelse på 100 % af indtjeningen inden for den sidste lønperiode af 4 uger (i beløbet er indeholdt den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats). Beregningen foretages efter dagpengelovens almindelige regler.

Løn under sygdom ydes maksimalt for 56 kalenderdage indenfor 12 på hinanden følgende måneder (inkl. arbejdsgiverperioden).

Erstatning for arbejdsskade ydes maksimalt for 100 kalenderdage indenfor 12 på hinanden følgende måneder (inkl. arbejdsgiverperioden). Erhvervsbetinget lidelse betragtes som sygdom og ikke som arbejdsskade. Beløbene indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats.

Løn under sygdom defineres som præstationsløn, servicetillæg og anciennitetstillæg, jf. §§ 6, 6a og 10. Retten til betaling stopper, såfremt sygedagpengerefusionen fra kommunen

ophører og dette skyldes medarbejderens forsømmelse af de pligter, der følger af sygedagpengeloven.

I de tilfælde hvor virksomheden allerede har udbetalt sygeløn/sygedagpenge til medarbejderen, kan virksomheden for perioden forud for ophøret alene modregne et beløb svarende til den tabte sygedagpengerefusion i medarbejderens løn.

...

§ 17. Søgnehelligdagsbetaling og feriefridagsbetaling

Stk. 1.

Søgnehelligdagsbetalingen svarer til 3,50 % af medarbejderens ferieberettigede løn. Med feriefridagene jf. § 18, stk. 6 udgør den samlede betaling 5,25 %, heraf udgør opsparing til feriefridage 1,75 %.

...

Stk. 5.

I søgnehelligdagsbetalingen er indeholdt feriegodtgørelse.

Stk. 6.

Under sygdom betales søgnehelligdagsbetaling efter samme regler som feriegodtgørelse, jf. § 18, stk. 4.

§ 18. Feriegodtgørelse, ferie og feriefridage

Stk. 1.

Virksomhederne udbetaler feriepenge i henhold til ferieloven.

Stk. 2.

For hver måneds beskæftigelse i et optjeningsår optjenes ret til 2,08 dages ferie, hvilket giver 25 dages ferie (5 ugers ferie) hvoraf de 3 ugers ferie gives samlet i ferieperioden fra 1. maj til 30. september. Feriegodtgørelsen udgør 12,50 % af lønnen.

Stk. 3.

Virksomheden yder tillige sygeferiegodtgørelse og søgnehelligdagsbetaling under medarbejderens fravær på grund af sygdom eller tilskadekomst i virksomheden fra 1. fraværsdag.

Retten til sygeferiegodtgørelse og søgnehelligdagsbetaling på grund af sygdom er betinget af, at medarbejderen forud for sygdommen har haft mindst 12 måneders sammenhængende ansættelse i virksomheden. Sygeferiegodtgørelse henholdsvis søgnehelligdagsbetaling på grund af samme sygdom eller tilskadekomst betales dog højst for 4 måneder i alt.

Virksomheden kan kræve, at medarbejderen ved tro- og loveerklæring eller lægeattest dokumenterer, at fraværet skyldes sygdom eller arbejdsskade.

Stk. 4.

Sygeferiegodtgørelse henholdsvis søgnehelligdagsbetalingen beregnes på grundlag af sygelønnen i § 16. Sygeferiegodtgørelsen udgør 12,50 % af sygelønnen og søgnehelligdagsbetalingen udgør 5,25 % af sygelønnen.

...

§ 19. Pension

Stk. 1.

Medarbejderne omfattes af en arbejdsmarkedspensionsordning, der forvaltes gennem PensionDanmark.

Stk. 2.

Pensionsbidraget – der beregnes af den A-skattepligtige indkomst - udgør:

...

§ 21. Fritvalgsordning

Medarbejdere omfattet af overenskomsten opsparer pr. 15. marts 2014 1,3 pct. af den ferieberettigede løn som særlig opsparing.

Pr. 15. marts 2015 forhøjes indbetalingen til 1,7 pct., og pr. 15. marts 2016 forhøjes indbetalingen til 2,0 pct.

I beløbet er indeholdt feriegodtgørelse, ferietillæg og evt. feriefridagsopsparing.

Pr. 14. juni og pr. 14. december samt ved fratræden opgøres saldoen og beløbet udbetales sammen med lønnen. Der afregnes løbende pensionsbidrag af fritvalgsopsparingen.

Såfremt LG ikke garanterer for beløbenes udbetaling, indestår arbejdsgiverorganisationen.

...”

3.2. Historikken for så vidt angår Fritvalgsordningen.

§ 21 om Fritvalgsordning kom ind i Serviceoverenskomsten ved overenskomstforhandlingerne i 2007. Det kan efter bevisførelsen lægges til grund, at bestemmelsen gled ind i Serviceoverenskomsten uden drøftelse mellem overenskomstparterne med samme indhold og forudsætninger som på andre områder på baggrund af den tilsvarende bestemmelse i Forligsmandens mæglingsforslag af 6. april 2007, afsnit X.

3.3. Historikken for så vidt angår sygeløn

1989-Serviceoverenskomsten indeholdt bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 16. Sygedagpenge

Stk. 1. Virksomhederne udbetaler dagpenge under uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, herunder arbejdsskade i henhold til dagpengeloven af 7. juni 1972, med senere ændringer.

Såfremt en medarbejder en arbejdsdag må forlade arbejdet på grund af sygdom, ydes der dagpenge for de resterende arbejdstimer.

Til medarbejdere med mindst 6 mdrs. anciennitet ydes der supplerende sygeløn, således at den samlede godtgørelse i sygeperioden inkl. dagpenge fra sygesikringen udgør fulde 90 % af den faktiske indtjening inden for den sidste lønperiode af 4 uger.

Beregning efter dagpengelovens almindelige regler. Ved arbejdsskade ansættes den samlede godtgørelse til 100 % af indtjeningen inden for den sidste lønperiode af 4 uger.

Supplerende sygeløn eller erstatning for arbejdsskade ydes maksimalt for 100 kalenderdage (inkl. arbejdsgiverperioden) inden for 12 på hinanden følgende måneder.

...

§ 17. Søgnehelligdagsbetaling

Stk. 1. Virksomhederne yder søgnehelligdagsbetaling ...

Stk. 2. Søgnehelligdagsbetalingen svarer til 3½ % af medarbejdernes ferieberettigede løn, ...

Stk. 5. I søgnehelligdagsbetalingen er indeholdt feriegodtgørelse.

Stk. 6. Under sygdom betales søgnehelligdagsbetaling efter samme regler som feriegodtgørelse, jfr. § 18, stk. 4.

§ 18. Feriegodtgørelse og ferie

Stk. 1. Virksomhederne udbetaler feriepenge i henhold til ferieloven.

...

Stk. 4. Organisationerne er enige om, at feriegodtgørelsen for fravær på grund af sygdom eller arbejdsskade beregnes med et fast beløb pr. time, der i indeværende overenskomstperiode incl. søgnehelligdagsbetaling, jfr. § 17, stk. 6, udgør kr. 10,40.

...”

Disse regler om sygeløn blev ikke ændret til en såkaldt ”fuldløn”sordning ved overenskomstforhandlingerne i 1993, hvilket ellers skete på mange andre overenskomstområder i overensstemmelse med Forligsmandens mæglingsforslag af 27. marts 1993, hvori det bl.a. hedder:

”III Løn under sygdom og tilskadekomst

1. Arbejdsgiveren betaler løn under sygdom og tilskadekomst til ansatte, der har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 9 måneder. Den ansatte skal opfylde betingelserne for ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren i medfør af sygedagpengelovens regler.

...

3. Sygelønnen består af det berettigede sygedagpengebeløb suppleret op til fuld løn, dog maksimalt 90 kr. i timen og højst for 37 timer om ugen. Beregningsgrundlaget for sygelønnen er den ansattes forventede indtjeningstab pr. arbejdstime, inklusive systematisk forekommende genetillæg i sygdomsperioden. Hvis dette ikke kendes, er beregningsgrundlaget den ansattes indtjening pr. arbejdstime i de sidste 4 uger før fraværet, inklusive systematisk forekommende genetillæg og eksklusive uregelmæssige betalinger, der ikke har relation til de i perioden udførte arbejdstimer. Såfremt det præsterede antal arbejdstimer i den forudgående 4 ugers periode ikke er kendt, beregnes timetallet efter reglerne i sygedagpengeloven (ATP-reglerne), og sygeløn for indtil 37 timer om ugen beregnes som det opgjorte timetal ganget med 90 kr. Feriegodtgørelse af sygeløn beregnes i henhold til ferielovens § 13, medmindre andet er aftalt i overenskomsten.

...”

Om den herved etablerede sygelønsordning er det efterfølgende ved Højesterets dom af 17. august 2001 fastslået, at ydelserne ”ikke kan sidestilles med den løn, som f.eks. funktionærer får under sygdom, men har karakter af sygedagpenge og tillæg hertil, og at de derfor ikke er omfattet af § 12 i den dagældende ferielov” – svarende til nugældende ferielovs § 24, hvorefter en lønmodtager, der ikke får løn under ferie efter § 23, får feriegodtgørelse med 12,5 pct. ”af lønnen” i optjeningsåret.

Det er endvidere om denne sygelønsordning i faglig voldgiftspraksis, jf. faglig voldgiftskendelse af 7. august 2006 om Chokoladeoverenskomsten (Poul Søgaard) og faglig voldgiftskendelse af

1. juli 2009 i FV2009.0051 om Industriens Overenskomst (Børge Dahl), fastslået, at sygelønnen ikke indgår i beregningen af ydelser baseret på ”den ferieberettigede løn”.

Det var op til overenskomstforhandlingerne om fornyelse af Serviceoverenskomsten i 2007 et stærkt ønske fra lønmodtagersiden, at sygelønnen kom op på fuld løn. Ifølge A, der siden 2007 har været forhandlingsleder på området for 3F, var det et problem, at de manglede 10 pct. op til fuld løn, og de var villige til at betale, hvad det kostede, inden for rammen, men ville gerne dele det efterslæb, der var opstået i forhold til andre overenskomstområder, over to overenskomstperioder.

Overenskomstforhandlingerne i 2007 blev forberedt i en række tekniske arbejdsgrupper. Det hedder i arbejdsgiversidens interne notat af 16. januar 2007 herom bl.a.:

”Baggrund

Mellem overenskomstens parter er det besluttet at etablere 8 tekniske arbejdsgrupper, der alle har til opgave at forberede gennemførelsen af fornyelsen af Serviceoverenskomsten.

Dette forberedelsesarbejde er gennemført i samarbejde mellem 3F, DFF, SBA samt DI. [ISS havde meldt sig ud af SBA og ind i DI.]

...

Arbejdsgruppe 4: Sygdom

Arbejdstagersidens tilgang

3F og DFF har givet udtryk for, at det er forbundenes ønske, at Serviceoverenskomstens sygelønsordning ændres til en ”fuldlønsordning”, hvorefter arbejdsgiveren betaler sædvanlig løn under sygdom og derefter søger refusion fra kommunen. Det ønskes herefter diskuteret, hvorvidt begrænsningen på 90 % af den faktiske indtjening inden for den sidste lønperiode af 4 uger skal bortfalde. I den forbindelse overvejes konsekvenserne for betaling af feriepenge under sygdom, jf. overenskomstens § 18, stk. 4.

Arbejdsgiversidens tilgang

Fra arbejdsgiverside har man noteret kravet.

Konklusion

På denne baggrund drøftes temaet herefter under forhandlingerne om fornyelse af Serviceoverenskomsten.

...”

B, der da var næstformand i en KAD-afdeling, deltog i arbejdet i denne arbejdsgruppe – hun deltog ikke i overenskomstforhandlingerne, idet hun først på kongressen i september 2007 blev valgt til forhandlingssekretær i 3F, en stilling, hun tiltrådte i oktober 2007. I en e-mail af 19. januar 2007 skrev B om arbejdet i arbejdsgruppen bl.a. følgende til H, 3F's Offentlige Gruppe, der ligeledes deltog i arbejdet i arbejdsgruppen:

”... vi har drøftet suppleringsordningen i forbindelse med sygdom. Nu har alle i udvalget den samme opfattelse og forståelse for hvad det betyder når vi taler om en ”fuldlønsordning”. Nemlig at det er arbejdsgiveren der udbetaler al løn mod at modtage sygelønsrefusion fra det offentlige. Hermed oplever medarbejderen kun at modtage ”løn” et sted fra og ikke som i dag både fra kommunen og arbejdsgiveren med forskellige udbetalingsperioder og opgørelsesperioder. Derudover vil der dermed også optjenes pension osv. af sygelønsrefusionen. D pointerede dog at da der er penge i det her spørgsmål må det medtages i kravene.”

Lønmodtagersidens skriftlige krav til ændring af Serviceoverenskomsten i 2007 omfattede bl.a. følgende ændringer i § 16, stk. 1:

- I afsnit 1 og 2 skulle ”dagpenge” ændres til ”fuldløn”.
- I afsnit 3 skulle anciennitetsbestemmelsen udgå, og 90 % ændres til 100 %.
- I afsnit 5 skulle ”100 kalenderdage” ændres til 120.

Overenskomstforhandlingerne blev afsluttet den 1. april 2007 i Forligsinstitutionen:

”Protokollater
vedrørende fornyelse af
Serviceoverenskomsten 2007-2010

Ved en afsluttende forhandling d.d. i Forligsinstitutionen er der mellem nedenævnte parter opnået ændringer i parternes respektive Serviceoverenskomster, således som det fremgår af nedennævnte vedhæftede protokollater:

...

17. Protokollat om sygeløn

...

Forhandlingsresultatet indgår i et samlet mæglingsforslag, såfremt et sådant fremsættes af forligsmanden.

Serviceoverenskomsten er gældende for en 3-årig periode fra den 1. marts 2007 til udgangen af februar 2010.

Der tages forbehold for godkendelse i henhold til organisationernes vedtægter.

Herefter udestår ikke yderligere krav.”

I protokollat 17 om sygeløn hedder det:

”§ 16, stk. 1, 3 afsnit erstattes med følgende:

”Til medarbejdere med mindst 6 måneders anciennitet ydes der, hvis 1. sygedag indtræder senest samtidig med opnåelsen af 6 måneders anciennitet, præstationsløn i maksimalt for 37 timer pr. uge, jfr. dog § 1, stk. 7”

I § 16, stk. 1, 4. afsnit udgår 2 sætning vedrørende arbejdsskade.

I § 16, stk. 1, 5. afsnit erstattes ordene ”Supplerende sygeløn eller erstatning for arbejdsskade ..” med ordet ”Sygelønnen”.

5. afsnit formuleres herefter således:

”Sygelønnen ydes maksimalt for 56 kalenderdage (inkl. arbejdsgiverperioden). Erstatning for arbejdsskade ydes maksimalt for 100 kalenderdage (inkl. arbejdsgiverperioden). Erhvervsbetinget lidelse betragtes som sygdom og ikke som arbejdsskade. Beløbene indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats.”

I § 16, stk. 1 indføres som nyt afsnit 6 følgende:

”Retten til betaling stopper, såfremt sygedagpengerefusionen fra kommunen ophører og dette skyldes medarbejderens forsømmelse af de pligter, der følger af sygedagpengeloven.

I de tilfælde hvor virksomheden allerede har udbetalt sygeløn/sygedagpenge til medarbejderen, kan virksomheden for perioden forud for ophøret alene modregne et beløb svarende til den tabte sygedagpengerefusion i medarbejderens løn.””

Om forhandlingerne har A forklaret bl.a., at både hun og D var nye på området og forhippede på, at det, de lavede, var ordentligt, og de var enige om, at alt skulle skrives ned. I 2007 fik de som sygeløn præstationsløn med sh og pension, og de var enige om, at resten af ferieberettiget løn skulle med i 2010.

Under det efterfølgende arbejde hen over sommeren 2007 med renskrivning af den nye overenskomst opstod der en uenighed om, hvad der var aftalt om sygeløn. I referat af SBA's bestyrelsesmøde den 27. september 2007 er uenigheden beskrevet således:

”Serviceoverenskomstens sygelønsbestemmelse

D oplyste, at som det er bestyrelsen bekendt, er der i kølvandet på overenskomstfornyelsen opstået en uoverensstemmelse mellem SBA/DI (og ISS) og 3F/DFE vedrørende Serviceoverenskomstens sygelønsbestemmelse.

Uoverensstemmelsen går på spørgsmålet om, hvorvidt der skal beregnes sygeferiepenge/SH fra 1. sygefraværdsdag eller om dette skal ske efter 3. fraværdsdag. Forbundene hævder som bekendt, at det er aftalt, at der ydes sædvanlig løn (med præstationslønsatsen) med deraf følgende betaling af feriegodtgørelse og S/H fra 1. dag. Arbejdsgiversiden er uenig heri og henviser til den særlige sygeferiepengesats (i § 18) på kr. 21,72.

Drøftelserne er pågået over længere tid uden at enighed har kunnet tilvejebringes. Såfremt der ikke kan tilvejebringes en forligsmæssig løsning må vi forvente en retlig afklaring af problemstillingen (i overenskomstnævnet eller ved faglig voldgift), hvor risikoen ”worst case” er, at forbundene får medhold med tilbagevirkning fra marts 2007.

På det seneste møde foreslog forbundene som kompromis, at den af forbundene hævdede opfattelse kunne være gældende med virkning fra marts 2008. Arbejdsgiversiden skylder en tilbagemelding vedrørende dette udspil.

Bestyrelsen drøftede sagen. Et flertal i bestyrelsen mener man bør søge at løse sagen med forbundet, idet der var enighed om at man ”ville have noget for det”. Mht.

”prisen” for et forlig drøftedes forslag om først at lade betaling fra 1. dag træde i kraft pr. 1. marts 2008 og en clearing af samtlige gamle sygelønssager, således at nye sager herom ikke kan rejses.

D tager kontakt til ISS med henblik på at genoptage forhandlingerne med forbundet.”

B har forklaret, at hun på sin første arbejdsdag i forbundet i oktober 2007 af sin gruppeformand, A, fik til opgave at finde ud af, hvad overenskomstparterne egentlig var blevet enige om. Det var hendes forståelse, at det var aftalt at erstatte suppleringsordningen op til 90 % med en ordning med fuld løn, og således at der ikke var forskellige betalings terminer og kun pension mv. af suppleringsbeløbet. Hun talte med D og fik det indtryk, at Fritvalg ikke var omfattet af den aftalte sygelønsordning. De havde ikke drøftet Fritvalg i arbejdsgruppen, da denne ydelse først kom ind under selve overenskomstforhandlingerne.

I en e-mail af 22. oktober 2007 fra D til A og B hedder det:

”Emne: Serviceoverenskomsten – sygeløn

...

I fortsættelse af vore tidligere drøftelser og min telefonsamtale med B forleden skal jeg hermed som aftalt skitsere den forligsmæssige løsning af uoverensstemmelsen vedrørende sygelønsbestemmelsen i Serviceoverenskomsten.

1. Sygeløn betales med præstationslønsatsen. Med virkning fra 15. marts 2008 beregnes feriegodtgørelse og S/H af præstationslønnen fra 1. fraværsdag. Indtil 15. marts 2008 betales præstationsløn som sygelønssats – men der beregnes ikke feriegodtgørelse og S/H af præstationslønnen fra 1. fraværsdag. Derimod betales feriegodtgørelse/S/H i henhold til bestemmelsen i Serviceoverenskomstens § 18 – dvs. efter 3. fraværsdag.
2. Der rejses ikke sager bagudrettet vedrørende beregningen af 90 % af den faktiske indtjening (jf. § 16).
3. Sygelønsperioden præciseres til 100 kalenderdage (inkl. arbejdsgiverperioden) inden for 12 på hinanden følgende måneder.

Som nævnt har DFF meddelt, at man kan tilslutte sig en sådan konstruktion.

Jeg afventer som aftalt herefter Jeres tilbagemelding.”

I en e-mail af 7. november 2007 fra D til A og I fra DFF, Dansk Funktionærforbund – Serviceforbundet, hedder det:

”Emne: Serviceoverenskomsten2007. Kapitel F. 071107

...

I fortsættelse af vore drøftelser vedrørende sygeløn fremsendes vedhæftet mit bud på et omskrevet kapitel F i Serviceoverenskomsten. Ændringer i forhold til det hidtil foreliggende er markeret med kursiv.

I den forbindelse bemærkes:

- Der opereres herefter med sygeferiegodtgørelse og søgnehellidagsbetaling fra 1. fraværsdag, når betingelserne herfor er tilstede, jf. § 18, stk. 3. Jeg har som det ses gået ud fra, at satsen er fast (kr. 21,72 pr. time). Endvidere er det præciseret, at såfremt en medarbejder en arbejdsdag må forlade arbejdet på grund af sygdom ydes præstationsløn for de resterende arbejdstider (mod p.t. dagpenge), jf. § 16, stk. 1.
- Perioden er ændret fra 56 kalenderdage til 100 kalenderdage inden for en periode på 12 på hinanden følgende måneder.
- Jeg har genindskrevet, at pensionsbidraget beregnes af den A-skattepligtige lønindkomst.
- Vores aftale om, at der ikke kan rejses sager om beregningen af 90 % af den faktiske indtjening forestiller jeg mig skal fremgå af et særskilt papir og ikke optrykkes i overenskomsten.

Jeg beder om Jeres tilbagemelding snarest muligt.”

D husker ikke, hvad der kom af tilbagemelding, men det, de blev enige om, er det, der er skrevet ind i den trykte overenskomst.

Vedrørende Fritvalg tog B kontakt til økonom C, LO, der under overenskomstforhandlingerne i 2007 havde bistået med beregninger.

I et notat af 26. november 2007 udarbejdet af C hedder det:

”Løn under sygdom på serviceoverenskomsten

Til overenskomstforhandlingerne i 2007 blev der aftalt en ny løn under sygdom. Efter indgåelsen af aftalen har der været nogen usikkerhed om den præcise definition. I dette papir præsenteres en række beregninger af effekten af den nye sygeløn for en typisk ansat på rengøringsområdet.

Tidligere fik den enkelte ansatte udbetalt 90 pct. af lønnen. I beregningen af lønnen indgik alle tillæg – det vil sige aften- og nattillæg.

I den nye ordning erstattes den tidligere 90 pct.’s dækning med en betaling der består af præstationslønnen. I denne opgørelse indgår der således ikke aften- og nattillæg samt anciennitets- og servicetillæg.

Specielt de to sidste tillæg stiger kraftigt frem til 2009. I de efterfølgende beregninger er der derfor taget udgangspunkt i 2009.

I 2009 udgør præstationslønnen 122,01 kr., mens anciennitetstillægget og servicetillægget udgør henholdsvis 4,65 kr. og 3,65 kr. En medarbejder på daghold modtager således typisk 130,31 kr. i timen. I den tidligere ordning ville denne medarbejder modtage 90 pct. af dette beløb i sygeløn, hvilket udgør 117,28 kr.

I den nye ordning vil medarbejderen modtage præstationslønnen på 122,01 kr. Den umiddelbare gevinst ved den nye ordning er således 4,73 kr. pr. time (122,01 kr. – 117,28 kr.)

I den gamle ordning blev der ikke indbetalt pension på den del af lønnen under sygdom, som modsvarede af de offentlige sygedagpenge. Hvis man eksempelvis fik 110 kr. i sygeløn under denne ordning, ville der kun blive betalt pension på 110 kr. minus 92,30 (der er det offentlige bidrag) altså 17,70 kr. Arbejdsgiverens pensionsbetaling på 7,2 pct. blev dermed kun beregnet på 17,70 kr. Denne ekstra pension vedrører dog kun den del af sygdomsforløbet, hvor arbejdsgiveren betaler supplerende sygedagpenge. Hvilket efter de gældende regler sker efter de første femten dages sygefravær.

Når der bliver givet pension og fritvalgsordning på den del af sygelønnen, som modsvares af det offentlige tilskud har det selvfølgelig også en værdi. I 2009 vil arbejdsgivernes pensionsbidrag udgøre 8 pct., mens fritvalgsordningen vil udgøre 1 pct. De offentlige sygedagpenge i 2009 er endnu ikke kendt, men det må formodes at ligge på omkring 99 kr. Ekstra betalinger af pension og fritvalgsordning på den offentlige andel af sygelønnen forventes derfor at udgøre 8,91 kr. pr. time (9 pct. af 99 kr.)

Tabel 1. Forskel mellem gammel og ny ordning

	Gammel ordning	Ny ordning	Forskel
Løn	117,28 kr.	122,01 kr.	4,73 kr.
Pension	1,65 kr.	10,56 kr.	8,91 kr.

Anm.: Beregningen er foretaget for 2009, og der er taget udgangspunkt i en ansat på daghold med anciennitets- og servicetillæg.

Alt i alt vil en medarbejder, der arbejder på daghold, få en gevinst på 13,64 kr. (4,73 plus 8,91 kr.) pr. time ved sygdom udover arbejdsgiverperioden og 4,73 kr. ekstra i timen i de første fjorten dage.”

C har forklaret, at notatet viser, hvordan de beregnede konsekvenserne af de aftalte ændringer i overenskomsten, men også, at arbejdsgiversiden og lønmodtagersiden under overenskomstforhandlingerne i 2007 regnede hver for sig.

I en e-mail af 27. november 2007 fra B til D hedder det:

”Løn under sygdom – serviceoverenskomsten

Under henvisning til det fremsendte forslag til et omskrevet kapitel F i Serviceoverenskomsten, har vi få bemærkninger:

Arbejdsskade

Under overenskomstforhandlingerne brugte vi vendingen ”fuldlønsordning”, og vi har derfor ikke tænkt ind, at det kunne ramme arbejdsskadebetalingen.

Da det nu ikke er en ren fuldlønsordning, bliver arbejdsskadebetalingen forringet, og det har vi meget svært ved at leve med.

Fritvalgsordning:

Med hensyn til fritvalgsordningen, er vi vidende om, at denne indgik i beregningerne under forhandlingerne, så derfor skal denne også medtages.

Redaktionelt

Retten til sygeferiegodtgørelse og søgnehelligdagsbetaling på grund af

De steder der nævnes søgnehelligdagsbetaling, mener vi, der også skal nævnes feriefridagsbetaling, selvom beløbene tilkendegiver at det er de 5,75 %, der er tale om.

Dette blot for at tydeliggøre det.

Kan disse ting accepteres, er vi enige i teksten.”

C's notat blev ikke sendt til arbejdsgiversiden.

D svarede i en e-mail af 28. november 2007:

”Jeg kigger på det og vender tilbage a.s.a.p.”

B har forklaret, at hun talte med D om Fritvalgsordningen, og at D godkendte, at det kom med. D har forklaret, at han ikke har godkendt andet end det, der er skrevet ind i overenskomsten, og at han i øvrigt ikke erindrer at have talt med B om, at sygeløn skulle udløse Fritvalg. Han har endvidere forklaret, at der var rigtig mange beregninger, både HTS-A og ISS havde egne regnefolk med, men det var ikke sådan, at de beregninger, hver side foretog, blev drøftet under forhandlingerne. Der blev under forhandlingerne skrevet tal og lavet regnestykker på et whiteboard, men han husker ikke noget nærmere herom.

B støtter bl.a. sin erindring på et internt notat på sagen udarbejdet af J, konsulent i 3F, Privat Service, Hotel og Restauration med ansvar for sagens praktiske administration. Notatet er udarbejdet som en e-mail af 5. februar 2008 til hende selv i forlængelse af en e-mail af 1. februar 2008 fra I til J og D – ”DFF-S kan meddele, at vi siger OK til den fremsendte (31. januar 2008) Serviceoverenskomst. Vi ser frem til at få den tilbage fra trykkeriet til korrekturlæsning.” – og en e-mail af 1. februar 2008 fra D til I og J – ”Tak for den hurtige tilbagemelding. J: Hvad siger 3F?”. I J's e-mail/notat af 5. februar 2008 hedder det bl.a.:

”B har talt med D om vores bemærkninger, PS rettede med det samme. Vi godkendte herefter udkastet.”

Der fremlagt yderligere nogle e-mails fra marts og april 2008 om klargøring af overenskomsten til trykning. D sendte således den 11. marts 2008 ”den fra Pantas modtagne version af Serviceoverenskomsten 2007-2010, som efter min opfattelse er klar til trykning” til bl.a. A og I og bad dem ”bekræfte, at I er enige i, at Serviceoverenskomsten kan trykkes i den foreliggende form”. I en mail af 13. marts 2008 fra J til D hedder det, at 1. udkast fra bogtrykker er ”nærlæst, og vi har nogle småbemærkninger”. I april 2008 sender D 2. korrektur til A og J og modtager derefter bekræftelse på, at den er klar til trykning. Overenskomsten blev herefter trykt og var klar i juni 2008.

D har forklaret, at hele denne korrespondance fra foråret 2008 udelukkende angik mindre sproglige ting og intet havde at gøre med materien.

I den trykte udgave af Serviceoverenskomsten fra juni 2008 hedder det bl.a.:

”§ 16. Sygedagpenge og barsel

Stk. 1.

Virksomhederne udbetaler dagpenge under uarbejdsdygtighed på grund af sygdom, herunder arbejdsskade i henhold til den til enhver tid gældende dagpengelov.

Såfremt en medarbejder en arbejdsdag må forlade arbejdet på grund af sygdom, ydes der præstationsløn for de resterende arbejdstimer.

Til medarbejdere med mindst 6 måneders anciennitet ydes der, hvis 1. sygedag indtræder senest samtidig med opnåelsen af 6 måneders anciennitet, præstationsløn for maksimalt 37 timer pr. uge, jf. dog § 1, stk. 7 og § 18, stk. 3. Ved uarbejdsdygtighed på grund af arbejdsskade ydes en godtgørelse på 100 % af indtjeningen inden for den sidste lønperiode af 4 uger (i beløbet er indeholdt den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats). Beregning foretages efter dagpengelovens almindelige regler.

Sygeløn ydes maksimalt for 56 kalenderdage (inkl. arbejdsgiverperioden). Erstatning for arbejdsskade ydes maksimalt for 100 kalenderdage (inkl. arbejdsgiverperioden). Erhvervsbetinget lidelse betragtes som sygdom og ikke som arbejdsskade. Beløbene indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats.

Retten til betaling stopper, såfremt sygedagpengerefusionen fra kommunen ophører og dette skyldes medarbejderens forsømmelse af de pligter, der følger af sygedagpengeloven.

I de tilfælde hvor virksomheden allerede har udbetalt sygeløn/sygedagpenge til medarbejderen, kan virksomheden for perioden forud for ophøret alene modregne et beløb svarende til den tabte sygedagpengerefusion i medarbejderens løn.

...

§ 17. Søgnehelligdagsbetaling og feriefridagsbetaling

Stk. 1.

Søgnehelligdagsbetalingen svarer til 3½ % af medarbejderens ferieberettigede løn. Med indførelsen af feriefridagene jf. § 18, stk. 6 forhøjes den samlede betaling til 5,75 %,

...

Stk. 6.

Under sygdom betales søgnehelligdagsbetaling efter samme regler som feriegodtgørelse, jf. § 18, stk. 4.

§ 18. Feriegodtgørelse, ferie og feriefridage.

Stk. 1.

Virksomhederne udbetaler feriepenge i henhold til ferieloven.

...

Stk. 3.

Virksomheden yder tillige sygeferiegodtgørelse under medarbejderens fravær af mere end 3 arbejdsdages varighed på grund af sygdom eller tilskadekomst i virksomheden. Med virkning fra den 15. marts 2008 ydes sygeferiegodtgørelse og søgnehelligdagsbetaling fra 1. fraværsdag.

Retten til sygeferiegodtgørelse og søgnehelligdagsbetaling på grund af sygdom er betinget af, at medarbejderen forud for sygdommen har haft mindst 12 måneders sammenhængende ansættelse i virksomheden. Sygeferiegodtgørelse henholdsvis søgnehelligdagsbetaling på grund af samme sygdom eller tilskadekomst betales dog højst for 4 måneder i alt.

Virksomheden kan kræve, at medarbejderen ved tro- og loveerklæring eller lægeattest dokumenterer, at fraværet skyldes sygdom eller arbejdsskade.

Stk. 4.

Organisationerne er enige om, at feriegodtgørelsen for fravær på grund af sygdom eller arbejdsskade beregnes med et fast beløb pr. time, der inkl. søgnehelligdagsbetaling, jf. § 17, stk. 6, pr. 15. marts 2007 udgør kr. 21,72.

Med virkning fra den 15. marts 2008 beregnes sygeferiegodtgørelse henholdsvis søgnehelligdagsbetalingen på grundlag af sygelønnen (dvs. præstationsløn). Sygeferiegodtgørelsen udgør således 12 ½ % af præstationslønnen, og søgnehelligdagsbetalingen udgør 5,75 % af præstationslønnen.

...

§ 21. Fritvalgsordning

Medarbejdere omfattet af overenskomsten opsparer pr. 1. maj 2007 0,5 % af den feriebetalt løn som særlig opsparing. Pr. 15. april 2008 udgør opsparingen 0,75 og pr. 15. maj 2009 udgør opsparingen 1,0 %.

I beløbet er indeholdt feriegodtgørelse, ferietillæg og evt. feriefridagsopsparing.

...”

3F Privat Service, Hotel og Restauration udsendte den 16. juni 2008 en meddelelse til samtlige afdelinger, hvori det hedder:

”Løn under sygdom – SBA – RSBA overenskomsterne

Sygdom ved 0 – 6 måneders anciennitet:
Dagpenge i henhold til enhver tid gældende dagpengelov.

Sygdom ved opnåelsen af 6 måneders anciennitet:
Der skal betales med Præstationsløn for maksimalt 37 timer pr. uge.
(Jf. dog § 1, stk. 7, varierende ugentlige arbejdstider).

Ved 12 måneders sammenhængende anciennitet er der fra 1. fraværdsdag ret til Sygeferiegodtgørelse 12,5 % af præstationslønnen og Søgnehelligdagsbetaling 5,75 % af præstationslønnen.
(Dog kun 4 måneder i alt ved samme sygdom).

Sygelønnen ydes maksimalt for 56 kalenderdage, inkl. arbejdsgiverperioden.

Af sygelønnen skal der betales Pension, arbejdsgiverbidrag 7,2 %, medarbejderbidrag 3,6 %, pt. i alt 10,8 % og Fritvalgsordning pt. 0,75 %.
(Pensionssatserne er forhøjet efter 10 års ansættelse).

Hvis en medarbejder en arbejdsdag må forlade arbejdet pga. sygdom, ydes der præstationsløn for de resterende arbejdstimer.

Uarbejdsdygtighed på grund af arbejdsskade.

Der skal betales med en godtgørelse på 100 % af indtjeningen indenfor den sidste lønperiode af 4 uger. Der ydes maksimalt for 100 kalenderdage, inkl. arbejdsgiverperioden.

Også her ydes der Sygeferiegodtgørelse, Søgnehelligdagsbetaling, Pension og Fritvalgsordning, efter samme regler som ved sygdom.

Dette gælder ikke for særbestemmelserne.”

Meddelelsen er ikke sendt til arbejdsgiversiden, og det må lægges til grund, at denne har været ukendt med den.

Ved overenskomstforhandlingerne i 2010 indgik parterne følgende Protokollat om Løn under Sygdom:

”Serviceoverenskomstens § 16, stk. 1, afsnit 2. 3. og 4. erstattes af følgende:

”Såfremt en medarbejder en arbejdsdag må forlade arbejdet på grund af sygdom, ydes der løn under sygdom for de resterende arbejdstimer.

Til medarbejdere med mindst 6 måneders anciennitet ydes der, hvis 1. sygedag indtræder senest samtidig med opnåelsen af 6 måneders anciennitet, løn under sygdom for maksimalt 37 timer pr. uge, jf. dog § 1, stk. 7 og § 18, stk. 3. Ved uarbejdsdygtighed på grund af arbejdsskade ydes en godtgørelse på 100 % af indtjeningen inden for den sidste lønperiode af 4 uger (i beløbet er indeholdt den ved lovgivningen fastsatte maksimal dagpengesats). Beregningen foretages efter dagpengelovens almindelige regler.

Løn under sygdom ydes maksimalt for 56 kalenderdage indenfor 12 på hinanden følgende måneder (inkl. arbejdsgiverperioden).

Erstatning for arbejdsskade ydes maksimalt for 100 kalenderdage indenfor 12 på hinanden følgende måneder (inkl. arbejdsgiverperioden). Erhvervsbetinget lidelse betragtes som sygdom og ikke som arbejdsskade. Beløbene indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats.

Løn under sygdom defineres som præstationsløn, servicetillæg og anciennitetstillæg, jf. § 10.”

Afsnit 5 og 6 forbliver uændret.”

D har forklaret, at der heller ikke under overenskomstforhandlingerne i 2010 var nogen drøftelse af, om der skulle beregnes bidrag til Fritvalgsordningen af sygeløn. Det af DA og LO i fællesskab udarbejdede notat af 30. november 2009, Metoder for konsekvensberegning OK2010, var

ikke noget, han havde sat sig ind i. Det var ikke fremme under forhandlingerne og heller ikke noget, der blev henvist til under forhandlingerne.

Af DA-LO-notatet fremgår, at notatet ”gennemgår regnemetoder, som kan anvendes til at konsekvensberegne forslag indenfor de temaer, som kan komme i spil under de decentrale overenskomstforhandlinger i 2010”. Notatet indeholder bl.a. en række formler til beregning af udgiften ved ændringer af løn under sygdom, herunder forlængelse af perioden og afskaffelse af loft. I disse formler indgår beregnet betaling ”opregnet med ferie, fritvalg, SH og AG-pension”.

C har forklaret, at han bistod ved overenskomstforhandlingerne om Serviceoverenskomsten i 2010, hvor økonomerne fra arbejdsgiversiden og lønmodtagersiden regnede sammen. Han ville helt sikkert have husket, hvis Fritvalg ikke var indgået i de beregninger, de foretog.

Der er af DA og LO lavet tilsvarende notater med regnemetoder til at konsekvensberegne forslag inden for de temaer, som kan komme i spil under overenskomstforhandlingerne på DA/LO-området i henholdsvis 2014 og 2017. For så vidt angår løn under sygdom er der formler, hvori ferie, feriefridage, SH, fritvalg og pension indgår. I notat af 19. december 2016, Regnemetoder OK 2017, er det i indledningen tilføjet:

”Regnemetoderne kan ikke anvendes som grundlag for fortolkning af konkrete overenskomstbestemmelser på DA/LO-området.”

E har forklaret, at denne tilføjelse er helt i overensstemmelse med, hvad hele tiden har været meningen med disse notater, som er et hjælpemiddel, der kan anvendes eventuelt ved at tilpasse forudsætningerne bag til en afvigende virkelighed på et overenskomstområde.

I 2007 indeholdt ferieloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 407 af 28. maj 2004 med senere ændringer i § 24 en bestemmelse om feriegodtgørelse ”af lønnen” svarende til § 12 i den tidligere ferielov, lovbekendtgørelse nr. 538 af 25. juni 1999, ligesom ferieloven i § 25 indeholdt en bestemmelse om sygeferiegodtgørelse svarende til § 13 i den tidligere ferielov. § 25 var sålydende:

”§ 25

Hvis en lønmodtager, der ikke har ret til fuld løn under sygdom, har fravær af mere end 3 arbejdsdages varighed på grund af enten sygdom eller tilskadekomst i virksomheden, betaler arbejdsgiveren fra første fraværsdag sygeferiegodtgørelse med 12,5 pct. af en løn, der beregnes på grundlag af lønmodtagerens sædvanlige løn i de sidste 4 uger før fraværet, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. Hvis en lønmodtager, der er omfattet af stk. 1, har ret til feriegodtgørelse af andre ydelser under sygdom, udgør sygeferiegodtgørelsen forskellen mellem sygeferiegodtgørelsen efter stk. 1 og feriegodtgørelsen af andre ydelser.

Stk. 3. Ret til sygeferiegodtgørelse under fravær på grund af sygdom er betinget af, at lønmodtageren forud for sygdommen har haft mindst 12 måneders sammenhængende ansættelse hos arbejdsgiveren. Dog medregnes tidligere ansættelse hos samme arbejdsgiver inden for de sidste 24 måneder, hvis fratrædelse ikke skyldtes lønmodtagerens egne forhold.

Stk. 4. Sygeferiegodtgørelsen skal højst betales for 4 måneder inden for et kalenderår. Sygeferiegodtgørelse på grund af samme sygdom eller tilskadekomst betales dog højst for 4 måneder i alt.

Stk. 5. Arbejdsgiveren kan kræve, at en lønmodtager dokumenterer, at fraværet skyldes sygdom eller tilskadekomst i virksomheden.”

Ved lov nr. 1368 af 16. december 2014 blev ferielovens § 25 affattet således:

”§ 25

En lønmodtager, der ikke har ret til løn under sygdom, og som har fravær på grund af sygdom, optjener sygeferiegodtgørelse fra anden sygefraværsdag under hver periode med sygefravær, jf. dog stk. 3.

Stk. 2 Sygeferiegodtgørelsen udgør 12,5 pct. af en løn, der beregnes på grundlag af lønmodtagerens sædvanlige løn i de sidste 4 uger før fraværet. For en lønmodtager, der har ret til delvis løn under sygdom, udgør sygeferiegodtgørelsen forskellen mellem sygeferiegodtgørelsen efter 1. pkt. og feriegodtgørelsen af den delvise løn.

Stk. 3. En lønmodtager, som har været ansat i hele optjeningsåret hos samme arbejdsgiver, har uanset stk. 1 ret til sygeferiegodtgørelse fra første sygefraværsdag, hvis lønmodtageren har haft mere end 52 perioder i optjeningsåret med sygefravær. Har lønmodtageren ikke været ansat i hele optjeningsåret hos samme arbejdsgiver, optjener lønmodtageren ret til ferie med sygeferiegodtgørelse fra første sygefraværsdag efter et forholdsmæssigt færre antal perioder med sygefravær.”

Med baggrund i denne lovændring blev Serviceoverenskomstens § 18, stk. 3 og 4, om sygeferiegodtgørelse ved overenskomstfornyelsen i 2017 affattet således:

”Stk. 3. Sygeferiegodtgørelse

Virksomheden yder tillige sygeferiegodtgørelse under medarbejderens fravær på grund af sygdom eller tilskadekomst i virksomheden fra 1. fraværsdag, hvis medarbejderen har haft mindst 12 måneders sammenhængende ansættelse i virksomheden. Hvis medarbejderen har under 12 måneders sammenhængende anciennitet, ydes der sygeferiegodtgørelse i overensstemmelse med Ferielovens bestemmelser herom, dvs. fra 2. fraværsdag.

Virksomheden kan kræve, at medarbejderen ved tro- og loveerklæring eller lægeattest dokumenterer, at fraværet skyldes sygdom eller arbejdsskade.

Sygeferiegodtgørelsen beregnes på grundlag af sygelønnen i § 16. Sygeferiegodtgørelsen udgør 12,50 % af sygelønnen. Har virksomheden ikke længere nogen sygelønsforpligtelse efter § 16, beregnes den fortsatte sygeferiegodtgørelse af en løn, der beregnes på baggrund af medarbejderens indtjening de sidste 4 uger før sygefraværet.”

4. Virksomhedernes praksis

Det er oplyst, at de to indklagede virksomheder, ISS Facility Services A/S og Elite Miljø A/S, ikke beregner fritvalg efter Serviceoverenskomstens § 21 af ydelser efter Overenskomstens § 16. ISS og Elite Miljø udgør i medarbejderantal halvdelen af branchen organiseret i DI Overenskomst II. Det er endvidere oplyst, at der er andre virksomheder i branchen, herunder Coor Services Management, Allianceplus og Forenede Service, som betaler fritvalgsopsparring af sygeløn.

5. Parternes hovedsynspunkter

5.1. Klager har anført bl.a., at der skal betales bidrag til fritvalgsordningen af al den løn, medarbejderen får udbetalt af arbejdsgiveren. Det fremgår ganske vist ikke af ordlyden af Serviceoverenskomstens § 16, stk. 1, at der skal betales bidrag til fritvalgsordningen af sygeløn, men det må i overensstemmelse med B's forklaring anses for aftalt mellem parterne. Dette understøttes af, at det i overensstemmelse med C's forklaring må lægges til grund, at bidrag til fritvalgsordningen er indgået i parternes bagvedliggende beregninger som anført i Methodenotaterne, således at lønmodtagersiden har betalt for at få fritvalgsbidrag af sygeløn. Den sygelønsordning, som parterne etablerede i 2007, indebar et markant brud med den hidtidige suppleringsordning. Den har karakter af en fuldlønsordning og er selvstændigt forhandlet uafhængigt af mæglingforslaget fra 1993, hvorfor praksis vedrørende denne ordning er uden betydning for forståelsen af Serviceoverenskomsten. At der skal betales bidrag til fritvalgsordningen af sygeløn, er da også i overensstemmelse med den praksis, væsentlige virksomheder i branchen har fulgt.

Hertil kommer, at sygeløn som fastlagt i Serviceoverenskomsten i 2007 må anses for omfattet af udtrykket ”ferieberettiget løn” i Overenskomstens § 21. Dette begreb må omfatte alle faste og forudberegnelige tillæg og derfor også fritvalgsbidrag. Det vil være i strid med ferieloven at holde fritvalgsbidrag uden for feriebetalingen. Overenskomstens bestemmelse om sygeferiegodtgørelse i § 18 må antages at skulle forstås i overensstemmelse med ferieloven pr. 1. januar 2015 og det bagvedliggende arbejdstidsdirektiv og EU-Domstolens praksis, herunder dom af 15. september 2011 i sag C-155/10, Williams m.fl. mod British Airways plc, og derfor indebære en forståelse af begrebet sygeløn i denne bestemmelse, så det omfatter betaling af fritvalg, og det er på den baggrund nærliggende i det hele i Overenskomsten at anse fritvalg omfattet af Overenskomstens sygeløn.

5.2. Indklagede har anført bl.a., at sygeløn efter Serviceoverenskomstens § 16 ikke er omfattet af begrebet ”ferieberettiget løn” i Overenskomstens § 21. Serviceoverenskomstens sygelønsordning har helt samme karakter som sygelønsordninger baseret på Forligsmandens 1993-mæglingsforlag, og sygelønnen kan derfor ikke anses for ”ferieberettiget løn”. Begrebet ”ferieberettiget løn” må forstås som den løn, der indgår i beregningen af feriegodtgørelse efter ferielovens § 24, hvad sygeløn i en suppleringsordning ikke gør – tværtimod er der i Serviceoverenskomstens § 18 udtrykkeligt aftalt særlige regler om grundlaget for og beregningen af sygeferiegodtgørelse. Der er ikke fremkommet oplysninger om beregninger, som viser, at lønmodtagerinden har betalt for, at sygeløn udløser fritvalgsbidrag. De af DA og LO udarbejdede metodenotater er uden betydning for afgørelsen af den foreliggende sag. Det er også irrelevant, at der er virksomheder, som har indrettet deres lønprogrammer, så der betales fritvalgsbidrag af sygeløn.

Det bestrides, at der i tillæg til det, som er aftalt under overenskomstforhandlingerne og senere, og som er skrevet ind i overenskomsten, er indgået en aftale om, at der skal betales fritvalgsbidrag af sygeløn.

Det bestrides, at ændringen af ferieloven i 2015 har nogen betydning for forståelsen af, hvad parterne aftalte i 2007.

6. Opmandens begrundelse og resultat

Bestemmelsen i Serviceoverenskomstens § 21 om fritvalgsordning kom ind i overenskomsten ved fornyelsen i 2007. Det skete uden særskilt forhandling mellem parterne herom med baggrund i den tilsvarende bestemmelse i Forligsmandens 2007-mæglingsforslag. Efter bestemmelsen skal der betales fritvalgsbidrag af ”den ferieberettigede løn”.

Spørgsmålet er herefter, hvad parterne har ment med ”ferieberettiget løn”. I mangel af holdepunkter for en anden forståelse må dette udtryk i overensstemmelse med sædvanlig sprogbrug på arbejdsmarkedet forstås som den løn, der efter praksis på arbejdsmarkedet er indgået i beregningen af feriegodtgørelse efter ferielovens § 24.

Den sygelønsordning, som blev aftalt ved fornyelsen af Serviceoverenskomsten i 2007, må anses for at være af fuldstændig samme karakter, som de såkaldte ”fuld løn”s-ordninger, der er etableret på grundlag af Forligsmandens 1993-mæglingsforslag, og hvorom det i arbejdsretlig praksis er fastslået, at den af arbejdsgiveren udbetalte sygeløn i mangel af holdepunkter for det modsatte ikke har karakter af ”ferieberettiget løn”.

Der er ikke i Serviceoverenskomsten af 2007 noget holdepunkt for en anden forståelse. Tværtimod fremgår det klart af § 18, stk. 3 og 4, sammenholdt med § 18, stk. 1, at overenskomsten er baseret på den opfattelse, at der ikke skal betales feriepenge efter ferieloven af overenskomstens sygeløn. Det, der er oplyst om parternes beregninger i forbindelse med overenskomstforhandlingerne i 2007, giver ikke noget holdepunkt for, at parterne forhandlede ud fra en fælles opfattelse af, at der skulle betales fritvalgsbidrag af sygelønnen. Parterne regnede hver for sig, og der er ikke fremlagt nogen beregning eller afgivet nogen forklaring om beregninger, som indgik i parterne forhandlinger.

Overenskomstforhandlingerne i 2007 mandede ud i et protokollat om sygeløn. Efterfølgende drøftelser førte til en række ændringer, som blev skrevet ind i den endelige udgave af overenskomsten, der blev trykt i 2008. Det kan ikke anses for bevist, at der herudover skulle være opnået enighed om, at der skal beregnes fritvalgsbidrag af sygeløn. 3F rejste udtrykkeligt krav om medtagelse heraf i en e-mail af 27. november 2007, men der ses ikke at være foretaget nogen rettelse i overenskomstteksten til imødekommen heraf.

Det, der er oplyst om de efterfølgende overenskomstforhandlinger, herunder om beregninger og metodenotater, og om praksis i branchen, giver ikke grundlag for at antage, at overenskomsterne skulle have haft eller fået en fælles forståelse, hvorefter der uanset det, der står i Serviceoverenskomsten, skal betales fritvalgsbidrag af sygeløn. Det bemærkes herved, at ferielovsændringen i 2015 ikke kan tillægges betydning for forståelsen af, hvad parterne aftalte og mente om fritvalgsbidrag i 2007.

Der må på denne baggrund gives indklagede medhold.

Thi bestemmes:

Indklagede frifindes.

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

Børge Dahl