

Kendelse af 6. juni 2019 i faglig voldgiftssag FV2019.0022:

HORESTA Arbejdsgiver

(advokat Karina Lindewald)

mod

3F Privat Service, Hotel og Restauration

for og med

3F København

(advokat Mads Bendix Skelbæk-Knudsen)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår forståelsen og administrationen af en mellem overenskomtparterne, HORESTA Arbejdsgiver (HORESTA) og 3F Privat Service, Hotel og Restauration (3F), i et protokollat til Hovedoverenskomsten aftalt søgnehelligdagsordning for fuldtidsansatte faglærte gastronomer beskæftiget i virksomheder i Københavnsområdet (virksomheder beliggende i Københavns Kommune, Frederiksberg Kommune og det tidligere Københavns Amt), der administreres af 3F København (3F København).

Hovedspørgsmålet er, om ordningen skal forstås således, at nogle i Hovedoverenskomsten aftalte tillæg – Særligt løntillæg og Bidrag til sundhedsordning – indgår ved beregningen af det beløb, som virksomhederne skal indbetale til ordningen. Der er i den forbindelse spørgsmål om tilbagebetaling.

Parterne strides endvidere om, hvorvidt der efter ordningen er pligt til at indsætte afløsere, hvis en virksomheds fastansatte afspadserer på en helligdag, og om der med urette er stillet betingelse om, at en afløser skal være medlem af 3F København.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 3. juni 2019 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand (udpeget ved Arbejdsrettens brev af 5. februar 2019) og følgende sidedommere: adm. direktør Allan Agerholm, BC Hospitality Group, næstformand for HORESTA Arbejdsgiver, og juridisk direktør Pia E. Voss, HORESTA Arbejdsgiver, forhandlingssekretær John Frederiksen, 3F Privat Service, Hotel og Restauration, og Frank Vid Stein, 3F Industrigruppen.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af adm. direktør A, HORESTA, afdelingsformand B, 3F København, og forhandlingssekretær C, 3F Privat Service, Hotel og Restauration, tidligere næstformand for 3F København og formand for 3F Hotel og Restauration i København.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret var enighed om eller flertal for en afgørelse, træffes denne af opmanden. Parterne er enige om, at det kan ske ved kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringer og parternes procedurer, jf. arbejdsretsloven § 28, stk. 5.

3. Påstande

HORESTA har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

3F Privat Service, Hotel og Restauration og 3F København tilpligtes at anerkende, at 3F København har administreret Søgnehelligdagsordningen i strid med overenskomstens ordlyd, jf. Overenskomst mellem HORESTA Arbejdsgiver og 3F Privat Service, Hotel og Restauration, Del 2, Protokollat 5, ved med urette:

1. at have opkrævet bidrag til sundhedsordning på 0,15 %,

2. at have opkrævet Særligt løntillæg,
3. at have afvist at indsætte afløsere, hvis virksomhedens fastansatte faglærte gastronomer afspadserer på en helligdag, og
4. at have stillet som betingelse, at den afløser, som indsættes for at dække afspadseringen, skal være medlem af 3F København.

Påstand 2

3F Privat Service, Hotel og Restauration og 3F København pålægges, til de HORESTA medlemsvirksomheder, som har indbetalt til ordningen i de sidste 5 år, at tilbagebetale for meget opkrævet bidrag til Sundhedsordning og Særligt løntillæg med tillæg af sædvanlig procesrente.

3F Privat Service, Hotel og Restauration og 3F København påstår frifindelse, for så vidt angår klagers påstand 1 subsidiært for tre, to henholdsvis én af de underpåstande, påstanden indeholder.

4. Overenskomstgrundlaget

4.1. Hovedoverenskomsten

Hovedoverenskomsten 2017-2020 indeholder bestemmelser om ”Løn og tillæg” i § 3, om ”Pension og sundhedsordning” i § 4, om ”Arbejdstid, fridage og vagtplan ” i § 5 og om ”Ferie” i § 13, stk. 1, og det dermed forbundne Ferieregulativ.

Det fremgår af overenskomsten, at der er tale om en minimallønsoverenskomst, jf. § 3, stk. 1. I § 3, stk. 5, ”Løn inkl. Tillæg” er det angivet, at lønnen fastlægges efter følgende retningslinjer:

”Minimallønnen

Fagtillæg

Anciennitetstillæg

Forskudttidstillæg

Korttidstillæg ...

Nattillæg

Personligt tillæg

Personlig løn i alt”

Der henvises i Overenskomstens § 3, stk. 1, til lønбилagene. I lønбилaget for gastronomer indgår i angivelsen af minimallønnen for udlærte gastronomer et fagtillæg på 10 %. Dette har været tilfældet siden 1991-overenskomsten. I 1989-overenskomsten var minimallønnen pr. måned opgivet som et beløb.

Det hedder i overenskomstens § 3, stk. 2, at det ”forudsættes, at der ydes højere lønninger end de i overenskomsten nævnte minimallønssatser”.

Overenskomsten indeholder i § 3 i øvrigt bl.a. bestemmelser om forskellige tillæg, herunder anciennitetstillæg (stk. 4), overarbejdstillæg (stk. 6), mistet friweekend (stk. 7) og kost og drikkevarer (stk. 10). I § 5 er der i stk. 12 en bestemmelse om feriefridage og feriefridagstillæg.

Af § 3, stk. 8, om helligdagstillæg fremgår, at der til gastronomer for arbejde på helligdage og den 24. december efter kl. 15.00 ydes et tillæg på 150 % – for virksomheder i Københavnsområdet henvises dog til den særlige københavnske søgnehelligdagsordning for gastronomer i protokollat 5 til Overenskomsten.

I Overenskomstens § 3, stk. 9, er der en bestemmelse om ”Særligt løntillæg”. Ifølge bestemmelsen er der tale om et månedligt løntillæg ”for såvel fastansatte som reserver”. Det skal indbetales til Feriefonden for Hotel- og Restauranterhvervet hvert kvartal sammen med feriepengene, og beløbet udbetales sammen med feriepengene det efterfølgende ferieår.

Bestemmelsen om ”Særligt løntillæg” kom ind i Overenskomsten i 2007, hvor det blev aftalt, at der ”for samtlige medarbejdere (herunder reserver)” skulle indbetales ”et særligt løntillæg” på 0,5 % af den ferieberettigede løn – 1 % med virkning fra 1. maj 2008. Det fremgår af protokollat af 2. marts 2007 fra overenskomstforhandlingerne mellem 3F og HORESTA, at ordningen blev indført som alternativ til den ”Fritvalgs Lønkonto”-ordning, som blev et resultat af overenskomstforhandlingerne i 2007 på bl.a. industriområdet. Beløbet skulle indbetales til den mellem parterne eksisterende Feriefond og stilles til rådighed for medarbejderen i forbindelse med ferie. Overenskomstparterne har senere aftalt en seniorordning, protokollat 15 til overenskomsten. Det

indgår som et led i denne, at seniorfridage bl.a. kan finansieres ved at konvertere det særlige løntillæg til et løntillæg, som udbetales månedsvis sammen med den almindelige lønudbetaling.

Det særlige løntillæg er i 2017-overenskomsten forhøjet til 2,55 % pr. 1. marts 2017, 3,25 % pr. 1. marts 2018 og 3,85 % pr. 1. marts 2019.

I Overenskomstens § 4 om ”Pension og sundhedsordning” er det i stk. 1 om ”Pension” angivet, at der ”ydes arbejdsmarkedspension til både fastansatte og reserver” med en nærmere angiven anciennitet, at pensionsbidraget udgør 12 % af den skattepligtige indkomst, inkl. feriepenge, at det skal indbetales hver måned til PensionDanmark, og at virksomhedens bidrag udgør 2/3, medarbejderens 1/3.

I § 4, stk. 2, om ”Sundhedsordning” hedder det, at medarbejdere, som er omfattet af pensionsordningen, tillige er omfattet PensionDanmarks sundhedsordning. Bidrag til sundhedsordningen betales af arbejdsgiveren og ”udgør maksimalt 0,15 % af lønnen”. Beløbet opkræves af PensionDanmark sammen med pensionsbidraget.

Bestemmelsen om bidrag til sundhedsordning kom ind i Overenskomsten i 2014. I protokollat af 16. februar 2014 fra overenskomstforhandlingerne mellem 3F og HORESTA hedder det bl.a., at parterne har aftalt, at ”Pr. 1. juli 2014 er alle medarbejdere, for hvem der betales pensionsbidrag til en pensionsordning i PensionDanmark, omfattet af PensionDanmarks sundhedsordning”, og at bidrag til ordningen er ”maksimalt 0,15 pct. af lønnen, som opkræves af PensionDanmark sammen med pensionsbidraget”.

Om sundhedsbidraget hedder det i en e-mail af 21. marts 2017 fra Pia Voss, HORESTA, til Peter Lykke Nielsen, 3F, med John Frederiksen, 3F, som cc-adressat bl.a.:

” Som bekendt har vi i overenskomsten aftalt et, i forhold til andre områder, reduceret bidrag til den særlige opsparing [Særligt løntillæg], idet vi har valgt at lægge en sundhedsordning ind som betales af arbejdsgiver. Betalingen udgør 0,15 % af lønnen,

uagtet at PDK [PensionDanmark] har oplyst, at betalingen for ordningen opgøres som et kronebeløb, kr. 30 pr. måned.

For de medarbejdere, der har en løn på kr. 20.000, vil 0,15 % svare til den månedlige præmie på kr. 30.

Hvis lønnen er højere, vil de 0,15 % være mere end præmien, og det overskydende beløb indbetales på medarbejderens pensionsordning.

Hvis lønnen er lavere end kr. 20.000, vil det manglende beløb (til dækning af præmien på kr. 30), blive hentet i medarbejderens pensionsdepot, idet arbejdsgivers betaling er ”maksimalt 0,15 %”.

4.2. Den særlige sønehelligdagsordning for Københavnsområdet

4.2.1. Overenskomstbestemmelserne

Efter ordningen betales der ikke noget tillæg for arbejde på helligdage til fuldtidsansatte faglærte gastronomer beskæftiget i en virksomhed beliggende i Københavnsområdet. Disse medarbejdere opsparer imidlertid ved beskæftigelse i hver af månederne december – juni en ekstra fridag med fuld personlig løn, maksimalt altså 7 dage, og det gælder, uanset om medarbejderen har arbejdet på helligdage. Disse fridage kan efter protokollat 5, stk. 3, kun afholdes (”afspadseres” er sprogbrogsbrugen i protokollatet) i vinterhalvåret 1. oktober – 31. marts. De kan tages i tilslutning til en ordinær fridag eller vinterferie, ”når de fornødne afløser kan skaffes, og arbejdsforholdene tillader det”.

Arbejdsgiveren attesterer på et sønehelligdagskort perioden, der er arbejdet i.

Når en fuldtidsansat faglært gastronom afvikler sådanne fridage, skal 3F København efter henvendelse fra virksomheden indsætte og aflønne en afløser.

Midler til aflønning fremkommer, jf. protokollatet stk. 4 om ”Afregningsbeløb”, ved, at virksomhederne til 3F København for personale fastansat i perioden 1. december – 30. juni inden udgangen af maj indsender et beløb bestående af:

- en minimaldagløn af højeste løntrin plus 30 %
- feriegødtgørelse (12 %)
- arbejdsgiverens bidrag til den aftalte arbejdsmarkedspension samt de af lovgivningen pålagte bidrag til ATP for hver måneds beskæftigelse for hver ansat.

Parterne er enige om, at det er en overset redigeringsfejl, når feriegødtgørelsesprocentsatsen er angivet som 12 – der skal stå 12,5.

Lønnen til afløser skal ifølge stk. 5, 2. pkt., svare til de indsendte beløb pr. dag minus afløserens bidrag til ATP.

Det hedder i stk. 7, at personale, der forlader branchen, ”har ingen del i fonden” – retten til frihed bevares dog i indtil 2 år, såfremt vedkommende kommer tilbage til erhvervet og genoptager arbejdet inden for det overenskomstdækkede område.

Det hedder endvidere i stk. 7, at ordningen – ud over kompensationsfriheden til det faste personale – er oprettet ”for at sikre de aktive medlemmer af forbundet den størst mulige beskæftigelse året rundt”.

Det er oplyst, at ordningen oprindeligt gjaldt for hele landet, og at den i hvert fald går tilbage til 1968. I 1968-overenskomsten mellem lokalforeningerne tilsluttet Centralforeningen af Hotelværter og Restauratører i Danmark og Faglært Køkkenpersonales Forbund havde bestemmelsen om ordningen overskriften ”Søgnehelligdags-afspadseringsfond”. Om virksomhedernes indbetaling var det i overenskomsten bestemt, at de skulle indsende ”en minimaldagløn af højeste løntrin + 30 % samt 7 ¼ % feriegødtgørelse og kr. 0,60 til ATP for hver måneds beskæftigelse for hver ansat”.

I 1974-overenskomsten mellem Dansk Hotel- og Restauranterhvervs Arbejdsgiverforening og Hotel- og Restaurationspersonalets Samvirke er der i § 32 en ”Generel Søgnehelligdagsordning” om kompensation for arbejde på en søgnehelligdag i form af enten 1½ fridag med fuld personlig løn eller 1 fridag med fuld personlig løn og et tillæg på 50 % af den oppebårne timeløn. Der er

endvidere i § 33 en ”Søgnehelligdags-ordning specielt for Københavns Amt” svarende til 1968-overenskomstens bestemmelser om Søgnehelligdags-afspadseringsfond. Afregningsbeløbet var som i 1968-overenskomsten – dog at feriegodtgørelsen var 9½ % og ATP-beløbet kr. 1,00.

Det kan efter de afgivne forklaringer lægges til grund, at der ved overenskomstforhandlingerne siden 1990’erne af HORESTA er stillet krav om afskaffelse af den særlige søgnehelligdags-ordning for Københavnsområdet – et krav, som 3F konsekvent har afvist. A har forklaret, at ordningen er generende, fordi den kun gælder for kokke og i Københavnsområdet, og at den af virksomhederne opleves som utilfredsstillende, fordi de ikke kan få afløsere, som kender deres køkken og særlige forhold. B har forklaret, at ordningen er med til at skaffe nyuddannede, som udsendes som afløsere, et fast job, og at ordningen på den måde er med til at sikre medlemmerne størst mulig beskæftigelse.

Det kan endvidere lægges til grund, at der ikke i den forbindelse har været forhandlinger mellem parterne om ordningens indhold, og at der ikke af nogen af parterne har været stillet krav om ændring af ordningens indhold.

Det kan også lægges til grund, at der ikke i forbindelse med forhandlingerne i 2007 om det særlige løntillæg eller forhandlingerne i 2014 om bidrag til en sundhedsordning var drøftelser mellem parterne om, hvorvidt dette skulle have nogen betydning for afregningsbeløbet i den københavnske søgnehelligdagsordning for gastronomer.

4.2.2. Forvaltningen

4.2.2.1. Afregningsbeløbet

For 2018 har 3F København i opkrævningsbrev til virksomhederne opgjort afregningsbeløbet ud fra nedennævnte elementer – beløbene for hvert element for månederne december, januar og februar, henholdsvis marts, april, maj og juni, følger efter en tankestreg adskilt af en skråstreg:

- ”Min.dagløn 30 %” – 1.158,84/1.177,79
- ”Fagtillæg 10 %” – 89,14/90,60
- ”Feriepenge 13,50 %” – 168,48/171,23
- ”Arbm.pens 8,15 %” – 115,44/117,33

- ”Soc. Bidrag pr. dag” – 108,13/109,73
- ”I alt kr.” – 1.640,03/1.666,66

”Soc.Bidrag” er angivet som omfattende ”ATP, lønsumsafgift, arbejdsgivers arbejdsmarkedsbidrag samt finanseringsbidrag”, og ”Lønsumsafgift” er angivet som omfattende ”(min.dagl. + 30 % + fagtillæg 10 % + FP + AMP 8,15 % + ATP 9,92 samt lønsum) x 6,37 %”.

I opkrævningsbrevene for 2009, 2014 og 2015 anvendtes følgende elementbetegnelser:

- Minimaldagl + 30 %
- Fagtillæg 10 % af min.dagl
- Feriepenge
- Arbmpension
- Sociale bidrag pr. dag
- I alt kr.

Det er således først i opkrævningsbrevet fra 2018, at der er en procentangivelse vedrørende feriepenge. En procentangivelse vedrørende arbejdsmarkedspension er først med i elementangivelsen i opkrævningsbrevet fra 2018. I specifikationen af lønsumsafgiften har der imidlertid været en procentangivelse også i opkrævningsbrevene fra 2009 (8 %), 2014 (8 %) og 2015 (8,15 %).

Det er oplyst, at 3F København i afregningsbeløbet har indregnet det særlige løntillæg (Fritvalgslønkonto-alternativet) med 1 % af den ferieberettigede løn siden 2009, og at 3F København mener sig berettiget til at indregne tillægget med de efterfølgende i 2014 og 2017 aftalte højere procentsatser og alene har undladt dette som følge af forglemmelse ved udarbejdelsen af opkrævningsbrevene for de efterfølgende opkrævningsperioder. Tillægget på 1 % er indgået i afregningsbeløbet som en del af feriepengeposten. Ved den seneste opkrævning indgår det særlige løntillæg med dets aktuelle procentsats.

Det er endvidere oplyst, at 3F København i afregningsbeløbet har indregnet bidraget til sundhedsordningen med 0,15 % siden 2015. Bidraget er som anført indgået i afregningsbeløbet som en del af arbejdsmarkedspensionsbeløbet.

HORESTA har ikke andre indsigelser mod opgørelsen af afregningsbeløbet end manglende hjemmel til medtagelse af det særlige løntillæg og bidraget til sundhedsordningen.

Finn Høpner har forklaret, at tillægget til minimallønnen på de 30 % kompenserer for anciennitetstillæg, forskudttidstillæg, korttidstillæg, nattillæg og personligt tillæg, og reserverne får stort set det samme.

4.2.2.2. Opkrævning

B har forklaret, at 3F København en gang om året udsender opkrævning til medlemsvirksomheder af HORESTA og virksomheder med tiltrædelsesoverenskomst. Materialet er aldrig blevet sendt til HORESTA. I forbindelse med et møde om ordningen mellem 3F København og HORESTA i oktober 2017 fik HORESTA opkrævningsmaterialet. A har forklaret, at HORESTA ikke har været bekendt med, at 3F København i 2009 medtog det særlige løntillæg i afregningsbeløbet og i 2014 medtog bidraget til sundhedsordningen.

3F København har oplyst, at der til ordningen der i perioden 2014-2018 er indbetalt 3.067.748 kr. i 2014, 3.218.572 kr. i 2015, 3.045.539 kr. i 2016, 2.842.703 kr. i 2017 og 3.034.990 kr. i 2018. Ifølge 3F København svarer dette til indbetaling for ca. 250-300 gastronomer årligt.

4.2.2.3. Udsendelse af afløser

B har forklaret, at 3F København har udarbejdet en liste med medlemmer, som er interesseret i udsendelse som afløser. Når en virksomhed henvender sig for at få en afløser, finder de i reglen en på listen, som er villig til at påtage sig hvervet. Det kan også ske, at de udsender en, som ikke står på listen, f.eks. en, som er flyttet over i en anden afdeling, eller som har meldt sig ud, eller som de af anden grund kender. Henvendelse fra virksomheden skal ske senest 14 dage før. Hvis 3F København modtager henvendelsen 14 dage før, udsender de en

afløser, og virksomheden kan ikke i stedet få pengene og ansætte en, de selv har fundet. Det kan tælles på én hånd, at de ikke har kunnet sende en afløser ud – i et af tilfældene havde virksomheden henvendt sig to dage før. Hvis virksomheden har henvendt sig 14 dage før, og det ikke lykkes for 3F København at finde en afløser, kan virksomheden få pengene og selv engagere og aflønne en afløser.

B har videre forklaret, at virksomheder, der har indbetalt til ordningen, har krav på at få en afløser i en periode på 3 år. Der er nogle virksomheder, som ikke beder om en afløser. De uafhængte midler går til administration af ordningen. 3F København ønsker ikke at fremlægge regnskab for ordningen, da det – som forklaret af B – er deres regnskab, og ”så er den ikke længere”.

B har yderligere forklaret, at 3F København med nogle virksomheder har indgået en lokalaftale, således at de får mulighed for at ansætte en fast afløser for penge indbetalt til ordningen.

3F København har udarbejdet afspadseringskort, hvori det bl.a. hedder, at ”Afspadseringen ikke kan afholdes på helligdage”. A har forklaret, at HORESTA aldrig har hørt om den undtagelse fra medlemmer, det er helt nyt. C har forklaret, at hun altid har forstået ordningen sådan, at det er arbejde på helligdage, som kompenseres med fri andre dage, hvorfor afspadsering på helligdage ikke kan komme på tale. Denne forståelse har aldrig tidligere været anfægtet, og hun har aldrig oplevet, at en arbejdsgiver har bedt om en afløser på en helligdag. B har forklaret, at det først er inden for det seneste halvår, at det er forekommet, at en virksomhed har anmodet om en afløser på en helligdag. Da den løn, som afregningsbeløbet giver mulighed for at betale, er en almindelig dagløn, har 3F København anset afspadsering på helligdage for udelukket.

Det hedder endvidere i afspadseringskortet, at ”Afløseren skal være medlem af 3F København”. A har forklaret, at HORESTA aldrig har hørt om den betingelse. B har forklaret, at 3F København ikke rigtig har mulighed for at sende ikke-medlemmer ud, efter- som 3F København ikke råder over et ikke-medlemskartotek. Der har ikke været henvendelser

fra ikke-medlemmer om at komme på listen, ligesom han ikke kender til, at der skulle være arbejdsgivere, som har bedt om at få en afløser, som ikke er medlem. Hvem virksomhederne i henhold til en lokalaftale vil ansætte som fast afløser med midler fra ordningen, blander 3F København sig ikke i. C har forklaret, at hun aldrig har oplevet, at en arbejdsgiver har bedt om et ikke-medlem som afløser.

5. Parternes hovedsynspunkter

HORESTA har navnlig anført, at det i protokollat 5 er udtømmende angivet i stk. 4, hvorledes afregningsbeløbet skal opgøres. I beløbet indgår kun minimaldagløn, feriegodtgørelse, arbejdsmarkedspensionsbidrag og bidrag til ATP. Minimaldagløn ”af højeste løntrin” indebærer, at fagtillæg indgår. Ingen andre af overenskomstens tillæg indgår. Tillægget på 30 % er, hvad der ellers ellers er aftalt med henblik på at opnå et passende beløb til aflønning. Der er ikke hjemmel til at medtage det særlige løntillæg eller bidraget til sundhedsordningen, da ingen af dem er nævnt. Ordningen har eksisteret siden 1968. Nye overenskomstillæg kan ikke bare medtages, de skal udtrykkeligt med i opregningen for at kunne indgå i beregningen. Ordningen hviler ikke på en fælles forudsætning om, at nye tillæg uden videre kan tages med. F.eks. overenskomstens feriefriidagstillæg er da heller ikke medtaget. Det særlige løntillæg kan ikke anses for at være en del af feriebetalingen, ligesom bidraget til sundhedsordningen ikke kan anses for at være en del af arbejdsmarkedspensionsbetalingen. Hvad der skal betales, er udtrykkeligt aftalt i overenskomsten og ikke et tag selv bord for 3F. Der er opkrævet for meget af HORESTA’s medlemsvirksomheder. Det for meget opkrævede skal betales tilbage. 3F og 3F København hæfter begge for tilbagebetalingskravet, som er undergivet den 5 årige forældelse i forældelseslovens § 4. Protokollatets stk. 3 muliggør afspadsring ”i tilslutning til en ordinær fridag eller vinterferie”, hvilket ikke kan forstås som udelukkende afspadsring på en helligdag. Det kan ikke stilles som en betingelse, at afløserne skal være medlem af 3F – det er ikke aftalt i protokollat 5 og vil være i strid med foreningsfrihedsloven.

3F har navnlig anført, at det altid har været meningen, at ordningen skulle give en løn, som modsvarer, hvad der ellers betales efter overenskomsten. Det er derfor en naturlig fælles forudsætning for ordningen, at afregningsbeløbets størrelse følger trit med aflønningen efter overenskomsten. Ordlyden er ikke tilpasset den overenskomstmæssige udvikling, som har

indebåret, at der ikke mere er noget ”højeste løntrin”. Parterne er imidlertid enige om, at fagtillægget, som afløste løntrinene, skal indgå, hvilket er udtryk for en tilpasning til den løn, som reserver får. Det er helt i overensstemmelse hermed, at 3F København har medtaget det særlige løntillæg og bidraget til sundhedsordningen i beregningen af afregningsbeløbet. Det blev udtrykkeligt aftalt i protokollatet fra 2007, der indførte det særlige løntillæg, at det skulle indbetales ”for samtlige medarbejdere (herunder reserver)”, ligesom det i protokollatet fra 2014, der indførte sundhedsordningen, udtrykkeligt blev aftalt, at den skulle omfatte ”alle medarbejdere, for hvem der betales bidrag til en pensionsordning i PensionDanmark”. Bidraget til sundhedsordningen er i øvrigt en så integreret del af arbejdsmarkedspensionsordningen, at de 0,15 % må anses for omfattet af ”arbejdsgiverens bidrag til den aftalte arbejdsmarkedspension”. Det særlige løntillæg må i relation til afregningsbeløbet sidestilles med ”feriegodtgørelse”, som indgår i afregningsbeløbet. Afspadseringsdagene kan ikke placeres på helligdage – rent konceptuelt giver det ikke mening, at en ordning, som giver afspadseringsdage for arbejde på søgnehelligdage, skulle kunne indebære afspadsering på søgnehelligdage. HORESTA kan ikke efter 50 år uden afspadsering på helligdage forlange afspadsering på helligdage. Det bestrides, at 3F København i strid med ordningen har stillet betingelser om afløsernes medlemskab af 3F København. HORESTA har været alt for lang tid om at reagere på, hvad 3F København gennem mange år helt åbent har afkrævet virksomhederne. Hvad et eventuelt tilbagebetalingskrav angår, kan det ikke rejses mod 3F, men kun mod 3F København, der har opkrævet og modtaget afregningsbeløbet. 3F hæfter ikke for tilbagebetalingskrav, som måtte kunne rejses mod 3F København. I øvrigt skal der ske frifindelse af 3F København, som vedvarende har været i god tro. Overenskomstgrundlaget sammenholdt med udviklingen i beregningen af beløbet har skabt en sådan uklarhed, at efterbetaling bør afvises. Hertil kommer, at medhold i et tilbagebetalingskrav forudsætter en konkret stillingtagen til hvert enkelt krav.

6. Opmandens bedømmelse

6.1. Afregningsbeløbet

Som HORESTA's påstand 1, nr. 1 og 2, er formuleret, er spørgsmålet, om 3F København har administreret i strid med ordlyden af protokollatet om den særlige søgnehelligdagsordning for fuldtidsansatte faglærte gastronomer i Københavnsområdet. Det fremgår imidlertid af parternes argumentation under sagen, at de er enige om, at denne del af sagen angår, om protokollatet skal

forstås således, at det er overenskomststridigt at opkræve bidrag til sundhedsordningen og det særlige løntillæg som en del af afregningsbeløbet.

Efter ordlyden af Protokollat 5 om den særlige søgnehelligdagsordning for fuldtidsansatte faglærte gastronomer i Københavnsområdet indgår i afregningsbeløbet en minimaldagløn af højeste løntrin med tillæg af 30 %, feriegodtgørelse, arbejdsgiverens bidrag til den aftalte arbejdsmarkedspension og bidrag til ATP. Alle disse elementer er indgået i afregningsbeløbet tilbage til 1968, bortset fra arbejdsmarkedspensionsbidraget, som angiveligt er skrevet ind i ordningen i forbindelse med, at arbejdsmarkedspensionen blev en del af hovedoverenskomsten.

Forståelsen af bestemmelsen må tage udgangspunkt i ordlyden af bestemmelsen. Efter ordlyden af bestemmelsen indgår i afregningsbeløbet alene de nævnte og ikke andre elementer.

Samtidig er lønnen til afløsere i ordningen udtrykkeligt fastsat til de indsendte beløb pr. dag med fradrag af afløserens bidrag til ATP. Lønnen til afløsere skal således ikke fastsættes efter hovedoverenskomstens almindelige bestemmelser om løn og tillæg mv. Det kan derfor ikke tillægges særlig betydning, hvad alle, der aflønnes efter hovedoverenskomsten, skal have.

Det forhold, at arbejdsmarkedspensionsbidraget udtrykkeligt er inddraget under ordningen i Protokollat 5, taler imod, at parterne har haft som fælles forudsætning, at nye overenskomstelementer automatisk skulle medtages i den særlige søgnehelligdagsordnings afregningsbeløb.

Det forhold, at parterne er enige om, at fagtillægget indgår, understøtter ikke nødvendigvis eksistensen af en sådan fælles forudsætning, eftersom fagtillægget i lønбилaget til hovedoverenskomsten indgår i angivelsen af minimallønnen for udlærte gastronomer.

Det forhold, at feriefri dagstillægget ikke indgår i beregningen af afregningsbeløbet, taler imod eksistensen af en fælles forudsætning som nævnt

Eksistensen af en sådan fælles forudsætning i forbindelse med tilkomsten af det særlige løntillæg i 2007 og bidraget til sundhedsordningen i 2014 modsiges af det forhold, at HORESTA både i

2007 og 2014 ønskede, at særordningen for gastronomer i Københavnsområdet skulle ophøre. Det har formodningen mod sig, at en part, som ønsker en særordning afskaffet, forudsætter, at nye løntillæg i hovedoverenskomsten uden videre skal indgå i arbejdsgivernes betaling til den løn, som afløsere efter den særlige søgnehelligdagsordning skal have.

Der foreligger ikke oplysninger om ordningens baggrund eller forhandlinger om dens indhold.

På denne baggrund antager det karakter af spekulation ud fra ordningens indhold og virkemåde at opstille en fælles forudsætning om, at ordningen skal omfatte, hvad der måtte komme af nye tillæg i hovedoverenskomsten.

Afregningsbestemmelsen må herefter forstås således, at den omfatter de tillæg, som ordlyden af de forskellige elementer kan rumme, eller som praksis kan begrunde. Det bemærkes, at der som nævnt alene er uenighed om det særlige løntillæg og bidrag til sundhedsordningen.

Sundhedsordningen og betalingen af bidrag til den må anses for så tæt knyttet til og sammenhængende med arbejdsmarkedspensionsordningen, at bidraget til sundhedsordningen naturligt må anses for omfattet af angivelsen ”arbejdsgiverens bidrag til den aftalte arbejdsmarkedspension”. En forskel mellem præmien for sundhedsforsikringen på 30 kr. og bidraget på 0,15 % reguleres således over pensionsdepotet. Det kan derfor ikke anses for stridende mod Protokollat 5, at 3F København har indregnet bidrag til sundhedsordningen på 0,15 % i den særlige søgnehelligdagsordnings afregningsbeløb.

Det særlige løntillæg er ikke omfattet af ordlyden, og det kan ikke henføres under angivelsen ”feriegodtgørelse”. Til betegnelsen ”feriegodtgørelse” er knyttet en procentangivelse, og parterne er enige om, at der her rettelig skal stå 12,5 %. Det er således klart, at der sigtes til feriegodtgørelse efter ferieloven. Det forhold, at det særlige løntillæg indbetales til den af parterne etablerede feriefond sammen med feriepengene og udbetales sammen med feriepengene det efterfølgende ferieår, kan ikke føre til, at de sidestilles med feriegodtgørelse efter ferieloven under den særlige søgnehelligdagsordning.

Der er ikke oplyst omstændigheder, som giver grundlag for at antage, at HORESTA har haft et sådant kendskab til medtagelsen af det særlige løntillæg i afregningsbeløbet, at HORESTA ved passivitet har fortabt adgangen til nu at gøre indsigelse.

Klager skal herefter have medhold i, at det er overenskomststridigt at opkræve det særlige løntillæg som en del af afregningsbeløbet i den særlige søgnehelligdagsordning i protokollat 5 til parternes overenskomst, mens de indklagede skal frifindes for klagers påstand 1, nr. 1.

6.2. Tilbagebetalingskravet

Det fastslås ved denne kendelse i overensstemmelse med det foran i afsnit 6.1 anførte, at der ikke er hjemmel i Protokollat 5 til at indregne det særlige løntillæg i afregningsbeløbet. Det er således i strid med overenskomsten at foretage sådan indregning.

Hvad angår de beløb vedrørende det særlige løntillæg, som er opkrævet af 3F København, har HORESTA nedlagt en påstand om tilbagebetaling til de HORESTA medlemsvirksomheder, som har indbetalt til ordningen i de sidste 5 år.

Kravet er rejst over for såvel 3F som 3F København. 3F har imidlertid ikke modtaget noget beløb, og der er ikke oplyst omstændigheder, som giver grundlag for at pålægge 3F at hæfte for eventuelle tilbagebetalingskrav mod 3F København.

Hvad kravet mod 3F København angår, bemærkes, at overenskomstparterne har et fælles ansvar for udformningen af overenskomstgrundlaget og henlæggelsen af administrationen af den særlige søgnehelligdagsordning for Københavnsområdet til 3F København. Det havde været naturligt ved indførelsen af tillægget, at overenskomstparterne i fællesskab havde afklaret dets stilling i relation til den særlige søgnehelligdagsordning. Det gælder så meget desto mere i betragtning af, hvad afregningsbeløbet over årene er kommet til at omfatte set i forhold til ordlyden af bestemmelsen om afregningsbeløbet – et forhold, der naturligt har medført, at grundlaget for beløbsfastsættelsen er kommet til at fremstå uklart for 3F København som administrator af ordningen. Hertil kommer 3F Københavns position som mellemmand – det, der modtages i afregningsbeløb, er, hvad der skal udbetales til afløserne i løn.

Under disse særegne omstændigheder findes der heller ikke i forhold til 3F København at være grundlag for at kræve tilbagebetaling.

De indklagede frifindes allerede af denne grund for klagers påstand 2.

Det er herefter uforholdsmæssigt at tage stilling til, om påstanden er for generel og ubestemt til at kunne tages til følge.

6.3. Afspadsring på en helligdag

Den særlige søgnehelligdagsordning indebærer, at der ikke betales noget søgnehelligdagstillæg for arbejde på søgnehelligdage, men i stedet ved fuld beskæftigelse i perioden december-juni fås 7 fridage, som kan afholdes i vinterhalvåret i tilslutning til en ordinær fridag eller vinterferie. Eftersom ordningen har som baggrund, at der arbejdes på søgnehelligdage, forekommer det ikke unaturligt at forstå den således, at afspadsring må ske på andre dage. Efter det oplyste er ordningen i 50 år blevet administreret i overensstemmelse hermed uden indsigelse noget sted fra. På denne baggrund findes der ikke nu grundlag for alene med støtte i ordlyden af ordningens stk. 3 at fastslå, at der kan afspadses på søgnehelligdage.

Indklagede frifindes herefter for klagers påstand 1, nr. 3.

6.4. Krav til afløser om medlemskab af 3F København

Spørgsmålet er, om 3F København har administreret søgnehelligdagsordningen således, at det har været en betingelse, at en afløser skal være medlem af 3F København.

Der foreligger ikke andre oplysninger til støtte for, at en sådan betingelse skulle være håndhævet, end angivelsen i afspadserskortet om, at afløseren skal være medlem af 3F København. Om dette udsagn har 3F og 3F København erklæret, at det ikke skal forstås som et krav om medlemskab af 3F København for at kunne fungere som afløser under søgnehelligdagsordningen, hvorfor kortet er under redigering med henblik på den kommende udsendelse.

Der er ikke under sagen fremkommet oplysning om tilfælde, hvor et ikke-medlem af 3F København er blevet afslået muligheden for at fungere som afløser under ordningen. Det må endvidere efter bevisførelsen lægges til grund, at 3F København har udsendt afløsere, der ikke har været medlem af 3F København, og at 3F København ikke har blandet sig i, hvem virksomhederne i henhold til en lokalaftale med 3F København har ansat som faste afløsere for midler fra ordningen.

Det findes på denne baggrund ikke med fornøden sikkerhed godtgjort, at 3F København har administreret ordningen som hævdet i klagers påstand 1, nr. 4.

Indklagede skal herefter frifindes for klagers påstand 1, nr. 4.

Thi bestemmes:

3F Privat Service, Hotel og Restauration og 3F København skal anerkende, at 3F København har administreret Søgnehelligdagsordningen i strid med overenskomsten, jf. Overenskomst mellem HORESTA Arbejdsgiver og 3F Privat Service, Hotel og Restauration, Del 2, Protokollat 5, ved med urette at have opkrævet Særligt løntillæg.

I øvrigt frifindes 3F Privat Service, Hotel og Restauration og 3F København.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling. HORESTA Arbejdsgiver og 3F Privat Service, Hotel og Restauration betaler hver halvdelen af opmandens honorar.

Børge Dahl