

K E N D E L S E

i

faglig voldgiftssag FV 2021.1030

3F Privat, Service, Hotel og Restaurant

(advokat Mads Bendix Skelbæk-Knudsen)

mod

DI Overenskomst II

(Servicebranchens Arbejdsgiverforening – SBA)

(advokat Lene Horn)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår forståelsen af en bestemmelse i Kantineoverenskomsten om, at medarbejdere kan opsiges med forkortet varsel i forbindelse med ferielukninger af kantiner mv. Spørgsmålet er, hvilke former for lukning der giver arbejdsgiveren ret til at opsiges kantine medarbejdere med forkortet varsel.

2. Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Indklagede skal anerkende, at opsigelse med nedsat varsel efter Kantineoverenskomstens § 3, stk. 4, forudsætter, at medarbejderen er omfattet af kollektiv ferielukning i arbejdsløshedsforsikringslovens forstand, jf. pt. bilag 2 til skrivelse af 8. juli 2021 fra Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering.

Subsidiært: Indklagede skal anerkende, at opsigelse med forkortet varsel efter Kantineoverenskomstens § 3, stk. 4, forudsætter, at medarbejderens arbejdsgiver som virksomhed er helt ferielukket eller alternativt, at der er tale om ferielukning af en nøje defineret del af virksomheden.

Indklagede har påstået frifindelse.

3. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen blev mundtligt forhandlet den 17. maj 2022 med højesteretsdommer Lars Hjortnæs som formand og opmand og med følgende sidedommere: Gruppeformand John Frederiksen og konsulent Rasmus K. Kruse, der begge er udpeget af klager, og vicedirektør Niels Grøn og personalejuridisk chef Kristian Steen Lauridsen, der begge er udpeget af indklagede.

Der blev afgivet forklaring af A, B, C, D, E, F og G.

Efter votering var der ikke flertal for et resultat blandt de partsudpegede dommere, og afgørelsen skal derfor træffes af opmanden. Der var enighed om, at kendelse kan udformes uden gengivelse af vidneforklaringer og fuld gengivelse af parternes argumenter.

4. Sagsfremstilling

Parternes første overenskomst om kantineområdet blev indgået i 1998 og indeholdt ikke en mulighed for opsigelse med forkortet varsel. Den såkaldte skoleordning, der nu findes i Kantineoverenskomstens § 3, stk. 4, med adgang til opsigelse med forkortet varsel blev indført ved protokollat af 23. september 2004 kort efter overenskomstfornyelsen i 2004. Baggrunden var, at nogle arbejdsgivervirksomheder ønskede at byde på kantineopgaver på offentlige uddannelsesinstitutioner, hvor kantinerne ofte var ferielukkede i længere perioder end i det private. I protokollatet hedder det:

”For medarbejdere ansat på uddannelsesinstitutioner, der er omfattet af kollektiv ferielukning og som er helt eller delvist lukket i ferieperioden, kan det personlige opsigelsesvarsel nedsættes til 14 dage.

Virksomheden bør sammen med den ansatte aftale midlertidig omplacering til anden afdeling i lukkeperioden, såfremt dette er muligt.

Ved opsigelse i forbindelse med kollektiv ferielukning skal den ansatte tilbydes genansættelse før der ansættes personer, der ikke tidligere har været ansat i virksomheden.

Løn og ansættelsesvilkår kan ikke forringes ved omplacering eller opsigelse.”

Uoverensstemmelsen opstod i 2019, hvor klager konstaterede, at nogle medarbejdere var blevet opsagt med forkortet varsel i henhold til bestemmelsen uden at have ret til arbejdsløshedsdagpenge.

Faglig Fælles A-kasse indhentede i 2019 en vejledende udtalelse fra Center for Klager om Arbejdsløshedsforsikring i Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering. I udtalelsen, der er fremlagt for voldgiftsretten, hedder det bl.a.:

”De særlige regler om ret til dagpenge under en kollektiv ferielukning fremgår af bilag 2 til skrivelse nr. 9569 af 22. november 2012 om ledighed og dagpengeret, herunder ret til dagpenge under ferielukninger og hjemsendelser.

Det fremgår af bilaget, at der ved kollektiv ferielukning forstås, at en hel virksomhed eller en nøje defineret del af en virksomhed (fx en afdeling på et hospital eller en bestemt produktionsenhed) holdes helt lukket i en periode.

At virksomheden eller en del af virksomheden holdes helt lukket betyder, at der ikke må være erhvervsmæssig aktivitet.

At virksomheden eller en del af virksomheden holdes "delvist lukket", således at der i en ferieperiode er væsentligt færre beskæftiget end uden for ferieperioden, opfylder ikke kravet om, at virksomheden eller en del af virksomheden skal holdes helt lukket.

Et medlem, der pålægges ferie, fordi aktiviteten i fx en kantine nedsættes, uden at kantinen lukkes helt i ferieperioden, vil derfor ikke kunne få dagpenge efter reglerne i bilaget.

Det fremgår endvidere af bilaget, at et medlem for at få dagpenge under ferielukningen, skal være ansat på den virksomhed eller den del af virksomheden, der holder ferielukket.

Det er således ikke tilstrækkeligt, at arbejdet udføres på en virksomhed eller en del af virksomheden, der holder ferielukket. Medlemmet skal også være ansat af den pågældende virksomhed.

I de tilfælde, der nævnes i a-kassens henvendelse, hvor de omhandlede medlemmer ikke er ansat på den uddannelsesinstitution mm., hvor arbejdet udføres, men er ansat af en privat arbejdsgiver, der forestår drift af kantine, rengøring mm. på uddannelsesinstitutionen, vil et medlem, der afskediges i forbindelse med en ferielukning på uddannelsesinstitutionen, ikke kunne få dagpenge efter reglerne i bilaget.

I disse tilfælde skal retten til dagpenge afgøres efter de almindelige regler om ret til dagpenge ved en ledigmeldelse. Det vil sige reglerne om indkomst- og beskæftigelseskravet, dagpengeperiode, tilmelding til jobcenteret, rådighed, herunder at medlemmerne har forbeholdt deres arbejdskraft for arbejdsgiveren. Herudover gælder reglerne om G-dage, supplerende dagpenge og fradrag og – i tilfælde af andre årsager til arbejdsophøret end ovennævnte – selvforskyldt ledighed."

5. Retsgrundlag

Kantineoverenskomsten for gastronomer, medhjælpere og serveringspersonale i kantiner og diner transportable 2020-2023, der er indgået mellem DI Overenskomst II (SBA) og 3F Privat Service, Hotel og Restauration, indeholder i § 3, stk. 4, følgende bestemmelse om den såkaldte skoleordning:

"§ 3. Opsigelsesregler

...

Stk. 4

For medarbejdere ansat på uddannelsesinstitutioner, der er omfattet af kollektiv ferielukning, og som er helt eller delvist lukket i ferieperioden, kan det personlige opsigelsesvarsel nedsættes til 14 kalenderdage.

Arbejdsgiveren bør sammen med medarbejderen aftale midlertidig omplacering til anden afdeling i lukkeperioden, såfremt dette er muligt.

Ved opsigelse i forbindelse med kollektiv ferielukning skal medarbejderen tilbydes genansættelse, før der ansættes personer, der ikke tidligere har været ansat i virksomheden. Løn og ansættelsesvilkår kan ikke forringes ved omplacering eller opsigelse."

I bilag 2 til skrivelse af 8. juli 2021 fra Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering hedder det om ret til dagpenge i perioder, hvor arbejdspladsen holder lukket, bl.a.:

"Et medlem, som er omfattet af en ferielukning på sin arbejdsplads, kan under visse nærmere fastsatte betingelser opnå ret til dagpenge under ferielukningen.

...

I det følgende gennemgås betingelserne for, at et medlem kan få udbetalt dagpenge under ferielukning. Der skelnes mellem kollektiv ferielukning i arbejdsløshedsforsikringslovens forstand og ferielukning, der ikke opfylder betingelserne for at være en kollektiv ferielukning.

A. Kollektiv ferielukning

Ved kollektiv ferielukning i arbejdsløshedsforsikringslovens forstand forstås, at en hel virksomhed eller en nøje defineret del af en virksomhed (fx en afdeling på et hospital eller en bestemt produktionsenhed) holdes helt lukket i en periode, hvor de ansatte er pålagt at holde ferie i overensstemmelse med ferielovens regler.

Det er en betingelse for at kunne anvende reglerne om kollektiv ferielukning, at ferien er varslet i overensstemmelse med ferielovens regler. ...

Der kan højst være tale om kollektiv ferielukning i op til og med 5 uger pr. ferieår.

Hvis en hel virksomhed eller en nøje defineret del af en virksomhed holdes helt lukket mere end 5 uger pr. ferieår, vil et medlem kunne anses for at være omfattet af kollektiv ferielukning i op til og med 5 uger pr. ferieår, hvis arbejdsgiveren udtrykkeligt har dikteret i hvilke (op til og med) 5 uger, de ansatte skal afholde deres ferie.

...

A1. Betingelser der skal være opfyldt for at få dagpenge under kollektiv ferielukning

For at få dagpenge under en kollektiv ferielukning, skal medlemmet være omfattet af en ferielukning, der opfylder betingelserne for at være en kollektiv ferielukning, jf. ovenfor. Medlemmet skal være ansat på den virksomhed eller del af virksomheden, der holder ferielukket.

Hvis et medlem kan anses for at være omfattet af kollektiv ferielukning, kan medlemmet få dagpenge under ferielukningen, hvis følgende betingelser er opfyldt:

- Medlemmet er forhindret i at arbejde som følge af virksomhedens ferielukning

- Medlemmet har holdt al ferie med løn, feriegodtgørelse eller feriedagpenge
 - Medlemmet ønsker ikke at holde ferie for egen regning
 - Medlemmet er tilmeldt som arbejdssøgende hos jobcenteret
 - Medlemmet opfylder i øvrigt betingelserne for at få dagpenge
- ...”.

6. Parternes argumenter

Klager har anført navnlig, at ”skoleordningen” blev indført i overenskomsten i lyset af og med en forudsætning om, at de opsagte medarbejdere har ret til den arbejdsløshedsunderstøttelse, som en kollektiv ferielukning efter arbejdsløshedsforsikringslovens regler giver mulighed for. Det er ikke en betingelse, at den enkelte opsagte medarbejder har dagpengeret, men det er en betingelse, at muligheden foreligger, hvilket forudsætter, at der er tale om en kollektiv ferielukning i arbejdsløshedsforsikringslovens forstand. Ordlyden af overenskomstens § 3, stk. 4, stemmer også overens med den beskrivelse af retten til arbejdsløshedsdagpenge ved kollektiv ferielukning, som findes i de kompetente forvaltningsmyndigheders retningslinjer.

Kantineoverenskomstens § 3, stk. 4, skal på denne baggrund forstås i overensstemmelse med arbejdsløshedsforsikringsreglerne, således at en medarbejder alene kan opsiges med forkortet varsel, hvis der er tale om en kollektiv ferielukning i disse reglers forstand.

Til støtte for den subsidiære påstand har klager endvidere anført bl.a., at udtrykket ”delvist lukket” i § 3, stk. 4, efter sammenhængen og ordlyden må forstås som en egentlig lukning af en nøje defineret del af arbejdsgivervirksomheden og ikke blot en reduktion af dennes aktiviteter.

Der er ikke opstået en kutyme som anført af indklagede.

Indklagede har anført navnlig, at reglen i Kantineoverenskomstens § 3, stk. 4, efter sin ordlyd og formålet finder anvendelse i perioder, hvor der er helt eller

delvist ferielukket på uddannelsesinstitutioner, således at der er ordrenedgang/ordremangel for den kantinevirksomhed, hvor medarbejderne er ansat med uddannelsesinstitutionen som arbejdssted. "Skoleordningens" anvendelse er ikke i § 3, stk. 4, gjort afhængig af, at medarbejderens situation er omfattet af begrebet "kollektiv ferielukning" i den til enhver tid gældende arbejdsløshedsforsikringslov, og hvis det havde været meningen, ville det have været nærliggende at skrive det i overenskomsten.

Samlet set indeholder reglen i overenskomstens § 3, stk. 4, den balance, at kantinevirksomhederne kan opsige med forkortet varsel, når der er midlertidig ordremangel på grund af hel eller delvis lukning af uddannelsesinstitutioner i ferieperioden, mens de opsagte medarbejdere opnår en ret til genansættelse, som de ellers ikke ville have haft.

Det har da heller ikke efter indførelsen af reglen i 2004 været praksis i virksomhederne kun at anvende "skoleordningen", hvis de berørte medarbejdere var dagpengeberettigede.

Subsidiært gøres det gældende, at der er opstået en overenskomstudfyldende kutyme.

7. Opmandens begrundelse og resultat

Bestemmelsen i Kantineoverenskomstens § 3, stk. 4, går ud på at give arbejdsgivervirksomheden mulighed for i visse tilfælde at bruge et kortere opsigelsesvarsel end ellers mod at være forpligtet til at tilbyde de opsagte medarbejdere genansættelse, før nye medarbejdere ansættes i virksomheden. Det fremgår af bestemmelsen, at medarbejderne i de omhandlede tilfælde så vidt muligt bør omplaceres midlertidigt i stedet for at blive opsagt med det forkortede varsel. Reglen om genansættelse betyder, at de opsagte medarbejdere kan være sikre på at blive genansat, når uddannelsesinstitutionen

genåbner, alene med det forbehold, at forholdene ikke har ændret sig på en sådan måde, at virksomheden må opretholde personalereduktionen.

”Skoleordningen” har et andet sigte end reglerne i arbejdsløshedsforsikringsloven og den hertil knyttede administrative praksis, og det er ikke uden nærmere holdepunkter herfor nærliggende at antage, at udtrykket ”kollektiv ferielukning” er brugt i overenskomstens § 3, stk. 4, som en reference til regler i denne lov om dagpengeberettigelse.

Bestemmelsen i § 3, stk. 4, må efter ordlyden og sammenhængen forstås sådan, at det er den uddannelsesinstitution, som medarbejderen udfører kantinearbejde på, der skal være omfattet af kollektiv ferielukning og være helt eller delvist lukket under ferien.

Det fremgår ikke af bestemmelser i overenskomsten, at udtrykket ”kollektiv ferielukning” skal forstås på samme måde som i en nærmere bestemt lovgivning eller administrativ praksis, eller at det forkortede opsigelsesvarsel kun kan bruges, hvis nærmere angivne betingelser for, at de omhandlede medarbejdere kan få dagpenge efter opsigelsen, er opfyldt.

Efter bevisførelsen er det ikke godtgjort, at der under de særskilte forhandlinger om den omhandlede bestemmelse i 2004 blev tilkendegivet en forudsætning herom fra klagers side.

Som følge af det anførte skal indklagede frifindes for de nedlagte påstande.

Thi bestemmes

Parterne skal bære egne sagsomkostninger og skal hver betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 30. maj 2022

Lars Hjortnæs