



Udskrift af Arbejdsrettens dom af 19. marts 2010

I sag nr.: AR2008.0993

Landsorganisationen i Danmark
for
Fag og Arbejde
mod
KL (Kommunernes Landsforening)
for
Faxe Kommune

Dommere: Jens Peter Bostrup, Carl Erik Johansen, Signe Friberg Nielsen, Tove Møller Pedersen, Steen A. Rasmussen, Per Sørensen (retsformand) og Nicolai Westergaard.

I forbindelse med konflikten på det offentlige arbejdsmarked i 2008 var dagplejerne i Faxe Kommune i strejke fra den 28. april til den 6. maj 2008, begge dage inkl., hvorefter de genindtrådte i deres stillinger.

Sagen angår fortolkningen af en bestemmelse i Protokollat 1 til dagplejeoverenskomsten mellem KL og Fag og Arbejde (FOA) om opsparing af en halv fridag pr. måned. Dens opståen skyldes, at Faxe Kommune er af den opfattelse, at strejkeperioden skal behandles som en fratræden og en efterfølgende tiltrædelse af ansættelsesforholdet og ikke som en ”fraværperiode” i relation til protokollatbestemmelsen. I konsekvens heraf mener kommunen, at dagplejerne på grund af strejken ikke har optjent en halv fridag for maj måned 2008. Heroverfor er det FOA’s opfattelse, at dagplejerne ikke har været fraværende i en hel kalendermåned og derfor har krav på en halv fridag for maj måned.

PÅSTANDE

Klager, Landsorganisationen i Danmark for Fag og Arbejde, har nedlagt følgende påstande:

Faxe Kommune skal tilskrive en ½ fridag til de af kommunens dagplejere, som deltog i den lovligt etablerede strejke i perioden fra den 28. april til den 6. maj 2008.

Faxe Kommune skal betale en bod til FOA.

Indklagede, Kommunernes Landsforening for Faxe Kommune, har påstået frifindelse.



REGELGRUNDLAGET

1. I Hovedaftalen mellem KL og FOA hedder det blandt andet:

”§ 7 Varsling og iværksættelse af arbejdsstandsning

Stk. 1.

Parterne anerkender hinandens ret til at varsle og iværksætte arbejdsstandsninger efter nedenstående regler. Retten til at iværksætte arbejdsstandsning tilkommer vedkommende organisation eller et samarbejde af organisationer, som nævnt i § 4, stk. 2, og KL. Aftales det på arbeidstagerside at foretage fælles (vægtet) afstemning om ét eller flere overenskomstforlig, kan der ikke iværksættes konflikt med det formål at tilsidesætte indholdet af dette/disse forlig, hvis forliget/forligene samlet vedtages.

Stk. 2.

Strejke, lockout, blokade og boykot betragtes som arbejdsstandsninger.

...

§ 9 Ophør af arbejdsstandsning

Stk. 1.

Ved arbejdsstandsningens ophør, genoptager de ansatte uden unødigt ophold deres arbejde på de hidtidige tjenestestede.

Der må ikke finde fortrædigelser sted i anledning af arbejdsstandsningen.”

2. I forbindelse med en overenskomstmæssig arbejdstidsnedsættelse pr. 1. januar 1987 blev det aftalt, at dagplejerne på det kommunale område opsparer en halv fridag pr. måned. I protokollatet herom (Protokollat nr. 1) lyder § 1, stk. 1, således:

”§ 1 Opsparing af fridage

Stk. 1.

1. Dagplejere opsparer uanset ansættelsesform og plejetidernes fordeling ½ fridag pr. måned, svarende til 6 fridage om året.
2. Såfremt dagplejeren har været fraværende i en hel kalendermåned finder opsparing ikke sted i den pågældende måned.
3. Hvis en dagplejer tiltræder efter den 1. i en måned opspares først fra den følgende kalendermåned.
4. Ved fratræden på en anden dato end den sidste i en måned opspares ½ fridag for den pågældende måned.”

3. I aftale om lønberegning/lønfradrag mellem KL m.fl. og Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte hedder det bl.a.:

”§ 3 Lønfradrag

Stk. 1. I forbindelse med



- 1) fravær i enkelte dage/timer,
 - 2) ferie uden løn og
 - 3) tjenestefrihed uden løn af mindre end 1 måneds varighed, for eksempel i forbindelse med borgerligt ombud eller barselorlov/adoptionsorlov
- foretages lønfradrag sådan:

$$\frac{(\text{Brutto-})\text{årsløn} \times \text{planlagte arbejdstimer i fraværperioden}}{\text{Personalegruppens årsnorm (årlige timetal)}}$$

dog maks. svarende til 1 måneds løn.”

4. I aftale om beskæftigelsesanciennitet for ansatte i kommuner og amter hedder det bl.a.:

”§ 3 Beskæftigelseskrav

Stk. 1.

Fuld beskæftigelsesanciennitet optjenes ved mindst 8 timers beskæftigelse pr. uge i gennemsnit.

Stk. 2.

Der optjenes ingen beskæftigelsesanciennitet ved beskæftigelse i mindre end 8 timer pr. uge i gennemsnit.

Stk. 3.

En ansat optjener beskæftigelsesanciennitet i det tidsrum, den pågældende varetager sin stilling, idet dog følgende fraværperioder medregnes i beskæftigelsesancienniteten:

- 1) ferie,
- 2) midlertidig tjeneste i anden stilling,
- 3) sygdom,
- 4) barsel- og adoptionsfravær med løn,
- 5) barsel- og adoptionsorlov uden løn efter lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov mv.,
- 6) fravær med henblik på varetagelse af ombud og medlemskab af Folketinget eller Europa-Parlamentet,
- 7) tjenestefrihed med løn og
- 8) indkaldelse til aftjening af værnepligt.

Bemærkning til § 3, stk. 3, nr. 1:

Det bemærkes, at ferieperioder medregnes, uanset om den pågældende har optjent ret til ferie med løn eller feriepenge, eller om ferie afholdes uden løn.

**Bemærkning til § 3, stk. 3, nr. 7:**

Tjenestefrihed med løn medregnes i beskæftigelsesancienniteten. Tjenestefrihed uden løn er principielt ikke beskæftigelsesanciennitetsgivende. Kortvarige tjenestefrihedsperioder uden løn, hvor lønfradraget beregnes efter § 3 i aftalen om lønberegning/lønfradrag for månedslønnet personale medregnes i beskæftigelsesancienniteten. I medfør af tjenestemandregulativets § 38, stk. 4, kan det bestemmes, at tjenestefrihedsperioden medregnes i beskæftigelsesancienniteten. Tilsvarende bestemmelser findes eller praktiseres inden for de enkelte overenskomstområder.”

5. I aftale mellem KL og Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte om ferie for personale ansat i kommuner hedder det bl.a.:

”§ 6 Optjening ved tiltræden/fratræden i løbet af en måned**Stk. 1.**

Ved indtræden eller fratræden på en anden dato end den 1. i en måned samt ved beskæftigelse af en kortere varighed end 1 måned, beregnes optjente ferietimer i forhold til beskæftigelsesens varighed og gældende beskæftigelsesgrad.

1) Ved fuldtidsbeskæftigelse optjener den ansatte 0,617 ferietime pr. arbejdsdag, dog maksimalt 18,50 ferietime pr. måned i optjeningsåret.

2) Ved deltidsbeskæftigelse af kortere varighed end 1 måned, optjener den ansatte ferietimer som en forholdsmæssig del af optjente ferietimer pr. arbejdsdag for en fuldtidsbeskæftiget.”

6. I februar 2008 udsendte KL ”Vejledning om overenskomstmæssige arbejdskonflikter mv.”. I vejledningen – der ikke har nogen lønmodtagerorganisation som medudsteder – hedder det bl.a.:

”6. Konfliktens virkninger for arbejdstilrettelæggelsen

Det har stor betydning både for de ansatte og for kommunen, når en lovlig varslet konflikt (strejke eller lock-out) træder i kraft. Medarbejdere, der er omfattet af konfliktvarslet, er under konflikten ikke ansat hos arbejdsgiveren. Samtidig skal kommunen under konflikten tilrettelægge arbejdet for de medarbejdere, der ikke er omfattet af konflikten.

...

7. Konfliktens virkninger for den ansatte

Ved varsling af konflikten, bringer organisationen ansættelsen til ophør for de medarbejdere, der er omfattet af konflikten.

Det betyder, at medarbejderen under konflikten ikke betragtes som ansat hos kommunen (arbejdsgiveren). Organisationens konfliktvarsel træder i stedet for den ansattes egen opsigelse af ansættelsen. Medarbejdere har herefter ikke ret til at være på



arbejdspladsen og skal efter begæring aflevere nøgler til arbejdslokaler samt værktøj og andet udstyr (f.eks. PC'er og mobiltelefoner), som tilhører kommunen.

Der skal i den forbindelse tages stilling til en række ansættelsesretlige forhold. I det følgende vil der blive redegjort – i alfabetisk rækkefølge – for en række af disse.

...

7.10 Lønudbetaling m.v.

Ansatte, der er omfattet af arbejdsstandsninger, er ikke berettiget til løn under arbejdsstandsningerne. Dette gælder også ved lock-out. Hvis en lønperiode ikke er afsluttet ved arbejdsstandsningens begyndelse, udbetales forholdsmæssig løn for tiden forud for arbejdsstandsningen og i øvrigt i henhold til overenskomsten. Lønberegningen foretages for månedslønnede efter reglerne i Aftalen om lønberegning/-lønfradrag for månedslønnet personale. Lønnen betales til sædvanlig tidspunkt.

Udbetaling af løn mv., der vedrører tidligere lønperioder, f.eks. ulempeydelse, berøres ikke af konflikten. Lønnen skal udbetales rettidigt.

Den løn, der ikke optjenes under konflikten, er alle lønelementer og/eller arbejdsbestemte ydelser af enhver art, såvel ydelser der er fastsat som et kronebeløb eller som afspadsering osv. Der indbetales ikke pensionsbidrag til pensionskassen eller ATP-bidrag.

...

8.2 Anciennitet

Den periode, medarbejderne har været i konflikt, fragår ved anciennitetsberegning i forbindelse med opsigelsesvarsler, fratrædelsesgodtgørelse, optjening af ferie mv. Dette er en følge af, at ansættelsesforholdet afbrydes ved arbejdsstandsningens begyndelse og først genetableres ved arbejdsstandsningens ophør. I øvrigt bevares forud erhvervede rettigheder, som f.eks. opsigelsesvarsler, således at perioden betragtes som en "død periode".

8.3 Ferie

Der optjenes ikke ret til ferie med løn og ej heller feriegodtgørelse under konflikten."

7. Den 20. maj 2008 afholdtes et fællesmøde mellem LO for FOA og KL for Holbæk Kommune i anledning af spørgsmålet om beregning af løn til medlemmer af FOA, der påbegyndte konflikt den 16. april 2008. I referatet, der er underskrevet af de nævnte parter, hedder det bl.a.:

"LO har ved skrivelse af 8. maj 2008 anmodet KL om et fællesmøde, idet LO/FOA gør gældende, at Holbæk Kommune har begået overenskomstbrud ved, at der ikke blev udbetalt korrekt løn til medlemmer af FOA omfattet af overenskomsten for social- og sundhedspersonale, der blev omfattet af FOA's konfliktvarsel fra den 16. april 2008. Lønnen for april måned (1.-15. april 2008) skulle have været beregnet i henhold til KTO-aftalen om lønberegning/lønfradrag for månedslønnet personale, da de



pågældende medarbejdere fratrådte deres stillinger ved kommunen ved døgnets begyndelse den 16. april 2008.”

FORKLARINGER

Mumme Thing har forklaret, at han har været konsulent i FOA siden 1998 med overenskomsten som sit ansvarsområde. Under strejken opstod flere gange spørgsmålet, om strejkeperioden skulle anses som en fraværsperiode eller en ophørsperiode. Det har hele tiden været FOA's standpunkt, at der var tale om en suspensionsperiode, også selv om en strejkeperiode i retspraksis anses for at have afbrudt ansættelsesforholdet. Spørgsmålet har aldrig været genstand for drøftelse mellem overenskomstens parter. FOA var bekendt med KL's vejledning fra februar 2008, men fandt ikke anledning til at bestride dens udlægning. Det er dog FOA's opfattelse, at sidste punktum i vejledningens punkt 8, punkt 2, hvorefter forud erhvervede rettigheder, som f.eks. opsigelsesvarsler, bevares, således at perioden betragtes som en ”død” periode, støtter FOA's standpunkt i denne sag.

Karsten Thystrup har forklaret, at han som kontorchef i KL siden marts 1995 har beskæftiget sig med overenskomstforhold. Vejledningen fra 2008 er KL's papir, idet den ikke har været genstand for forhandling med lønmodtagerorganisationerne, men den bygger på vejledninger, som har været udsendt gennem mange år. Vejledningerne bliver offentliggjort på KL's hjemmeside ved optræk til konflikter. Protokollatet til dagplejeoverenskomsten vedrørende opsparring af en halv fridag er en helt speciel aftale, der kun gælder for dagplejere, idet den blev indgået i forbindelse med, at andre områder fik arbejdstidsnedsættelse.

PARTERNES ARGUMENTER

LO har anført, at det af fortrædigheds-klausulen i Hovedaftalens § 9, stk. 1, følger, at dagplejerne efter strejkens ophør genoptog deres arbejde, jf. ordet ”genoptager”, og at strejkeperioden derfor i relation til protokollatet skal anses som en fraværsperiode – en ”død” periode – og ikke som en fratræden og en efterfølgende tiltrædelse. Retspraksis med hensyn til feriepenge, lønanciennitet, opsigelsesanciennitet, fratrædelsesgodtgørelse mv. bekræfter dette synspunkt. Ligeledes fremgår det af den arbejdsretlige litteratur, at medarbejderne efter ophøret af en strejke genindtræder i ansættelsesforholdet, således at fraværsperioden betragtes som en suspensionsperiode. I denne sag er der da også reelt tale om en suspension og ikke om et ophør af ansættelsesforholdet. Den overenskomstmæssige strejke var således en fraværssituation, som var omfattet af protokollatets § 1, stk. 1, nr. 2, og dermed ikke medfører tab af fridagen.

KL's vejledning fra februar 2008 om overenskomstmæssige arbejdskonflikter mv. er udarbejdet og udsendt uden lønmodtagerorganisationernes medvirken og må derfor stå for KL's egen regning.



KL har gjort gældende, at det i den arbejdsretlige teori og praksis er fast antaget, at en konflikt har afbrydende virkning på ansættelsesforholdet. En lovlig strejke eller lockout indebærer således, at de individuelle arbejdsforhold kan betragtes som ophørt og ikke blot som suspenderet. Dermed "fratræder" de ansatte ved konflikten påbegyndelse og "indtræder" efter dens ophør. Denne retstilstand blev blandt andet fastslået ved Arbejdsrettens dom af 12. oktober 1998 i sag 1998.342 (AT1998, side 62) og er siden blevet cementeret ved Højesterets domme gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2003, side 13 og side 667. Dette udgangspunkt, der ikke har været fraveget i Arbejdsrettens praksis, indebærer for eksempel, at den ansatte ikke kan optjene goder i en konfliktperiode. KL's vejledning fra 2008, der er i overensstemmelse hermed, var velkendt og accepteret af FOA. Ganske vist har der i teorien været en vis kritik af denne retstilstand, men den har ikke ført til nogen ændring af praksis.

I den foreliggende sag fører fortolkningen af både Hovedaftalen og Protokollatet til overenskomsten til, at dagplejerne fratrådte den 28. april 2008 og tiltrådte den 7. maj 2008. Denne fratræden og efterfølgende tiltrædelse medførte, at der skete en afkortning i dagplejernes løn, ligesom beregningen af en række goder blev berørt af konflikten. FOA's opfattelse synes at forudsætte, at der, såfremt en konflikt iværksættes for eksempel den 2. i en måned og afsluttes den 29. i den efterfølgende måned, skal optjenes fridage for begge måneder, idet medarbejderen så ikke har været fraværende i en hel kalendermåned. Dette synspunkt ligger ganske uden for forudsætningen for optjening af fridage i Protokollatets § 1, der er baseret på et optjeningsprincip. Dette fremgår også af, at der i Protokollatets bestemmelser er foretaget en hensynsafvejning af, hvad der skal gælde i tilfælde af tiltrædelse og fratræden. Bestemmelsen i § 1, stk. 1, nr. 2, sigter klart til de situationer, hvor der er tale om fravær i en ansættelsesperiode. KL's standpunkt reflekterer, hvad der også gælder med hensyn til optjening af ferierettigheder og anciennitet mv. under afbrydelsen af et ansættelsesforhold, og er også i overensstemmelse med, hvad der ifølge parternes enighed gælder i forhold til medarbejdere, der er på orlov. Hvis LO får medhold i denne sag, vil der være tale om en glidebane i retning af en fuldstændig uklar retstilstand med manglende konsekvens på de forskellige områder til følge. De sædvanlige følger i henhold til den faste retspraksis kan derfor alene fraviges ved en klar aftale.

ARBEJDSRETTENS BEGRUNDELSE OG KONKLUSION

Det kan ikke af ordlyden af § 1 i Protokollat nr. 1 til overenskomsten mellem KL og FOA udledes, hvad der skal gælde med hensyn til opsparingen af halve fridage, når dagplejerne genoptager arbejdet efter ophøret af en lovlig arbejdskonflikt. Det må således antages, at spørgsmålet ikke har været drøftet mellem parterne ved protokollatets tilblivelse eller senere, og at ordene "tiltræder" og "fratræden" derfor sigter til almindelige situationer og ikke til konfliktsituationer. Fortolkningen af Protokollatet må derfor ske ud fra, hvad der i almindelighed gælder om ansættelsesforholdet efter afslutningen af en lovlig strejke eller lockout.



Det er fast antaget i arbejdsretlig teori og praksis, at iværksættelse af lovlig strejke eller lockout indebærer, at det individuelle arbejdsforhold afbrydes og ikke blot suspenderes, jf. herved Arbejdsrettens dom AT 1998, side 62, Højesterets dom i U 2003, side 667, Illum: Den Kollektive Arbejdsret, 3. udgave (1964), side 230, Per Jacobsen: Kollektiv Arbejdsret, 5. udgave (1994), side 328 f., Ole Hasselbalch: Den Danske Arbejdsret, bind III (2009), side 2796 og 2800, og Jens Kristiansen: Den kollektive arbejdsret (2008), side 466 f.

Både i teori og praksis er der dog givet udtryk for, at der er tale om et udgangspunkt, jf. f.eks. den nævnte højesteretsdom, eller et princip, som ikke er undtagelsesfrit, idet situationen i nogle tilfælde eller i visse sammenhænge kan opfattes som en suspension af arbejdsforholdet, jf. f.eks. Højesterets dom i U 2003, side 13, opmandskendelse af 22. oktober 1985 i faglig voldgiftssag mellem Snedker- og Tømrerforbundet i Danmark og Entreprenørforeningen, opmandskendelse af 7. januar 1999 i faglig voldgiftssag mellem CO-Industri for SiD m.fl. og Dansk Industri og Jens Kristiansen nævnte sted side 469. Eksempelvis bevarer medarbejderen sin anciennitet og lønmæssige indplacering ved arbejdets genoptagelse. Omvendt er det en konsekvens af ”fratrædelses- og tiltrædelsesprincippet”, at der sker afkortning i medarbejderens løn, og at der ikke optjenes goder under afbrydelsen af ansættelsesforholdet, såsom ferierettigheder, anciennitet eller fridage.

Vurderingen af, om princippet om ansættelsesforholdets ophør bør fraviges, må således afhænge af, om der foreligger særlige omstændigheder, herunder af, hvilken retsvirkning af ansættelsesforholdet der er tale om.

Ifølge Protokollatets § 1 ”opsparer” dagplejerne en halv fridag pr. måned, hvilket efter sammenhængen mellem de enkelte led i bestemmelsen må forstås som pr. måned, dagplejerne er ansat. Bestemmelserne i nr. 3 og 4 synes at være affattet ud fra en gennemsnitsbetragtning om, hvad der er rimeligt, og ud fra et fælles ønske om, at det skal være enkelt at administrere ordningen. Som anført af KL er ordningen baseret på et optjeningsprincip. Dette følger også af bestemmelsen i nr. 2, hvorefter der ikke sker optjening, hvis dagplejeren er ”fraværende” en hel kalendermåned, hvorved det er uden betydning, hvad grunden til fraværet er.

Efter det anførte om protokollatets indhold og karakter og i mangel af en klar aftale om andet finder Arbejdsretten i overensstemmelse med det nævnte princip om lønmodtagernes stilling ved konfliktophør, at konflikten havde afbrydende virkning på dagplejernes ansættelsesforhold ved beregningen af halve fridage. Da dagplejerne herefter ikke har krav på tilskrivning af en halv fridag for maj 2008, jf. Protokollatets § 1, stk. 1, nr. 3, tages KL’s frifindelsespåstand til følge.

THI KENDES FOR RET :

Kommunernes Landsforening for Faxe Kommune frifindes.



Landsorganisationen i Danmark for Fag og Arbejde skal betale 2.000 kr. i sagsomkostninger til Arbejdsretten.