

Opmandskendelse

i

Faglig Voldgift

(FV 2011.0169)

FOA – Fag og Arbejde

for et medlem

(advokat Henrik Piil)

mod

KL

for en Kommune

(advokat Christian K. Clasen)

afsagt den 9. november 2012

1. Indledning

Sagen angår fortolkningen af begrebet ”første sygedag” i den mellem KL og FOA indgåede dagplejeoverenskomst § 25, stk. 1, om adgang til frihed med løn til pasning af et sygt barn.

Parternes tvist herom er indbragt for en faglig voldgiftsret med advokat Christina Skjold og chefkonsulent Asbjørn Andersen (valgt af FOA) samt konsulent Anne Færge Bork og kontorchef Karsten Thystrup (valgt af KL) som medlemmer og med undertegnede højesteretsdommer Poul Søgaard som opmand. Voldgiftsforhandling er afholdt den 30. oktober 2012.

2. Parternes påstande

Klager, FOA for et medlem, har nedlagt påstand om, at Kommunen tilpligtes at anerkende, at bestemmelsen i dagplejeoverenskomstens § 25, stk. 1, om hel eller delvis tjenestefrihed med løn til pasning af et sygt barn på dettes første sygedag skal forstås således, at barnets første sygedag er den første arbejdsdag, hvor fravær af hensyn til barnet er påkrævet.

Indklagede, KL for Kommunen, har påstået frifindelse og har nedlagt selvstændig påstand om, at klager tilpligtes at anerkende, at en bestemmelse om frihed på barnets første sygedag med en ordlyd svarende til § 25 i dagplejeoverenskomsten skal fortolkes således, at tjenestefriheden kun kan gives på den kalenderdag, hvor barnets sygdom er opstået, medmindre sygdommen er opstået meget sent på dagen, i hvilket tilfælde tjenestefriheden kan gives den følgende dag.

Klager har påstået frifindelse for indklagedes selvstændige påstand.

3. Tvistens opståen

FOAs medlem, der er ansat som dagplejer i Kommunen, ringede mandag den 9. juni 2008 tidligt om morgenen til det kommunale dagplejekontor og oplyste, at hendes søn lørdag den 7. juni 2008 om eftermiddagen havde fået feberkrampe og var blevet indlagt på Sønderborg sygehus. Han blev udskrevet syv timer senere med diagnosen halsbetændelse og væskemangel, dog med åben indlæggelse indtil mandag morgen. Han havde fortsat feber mandag morgen, og FOAs medlem meddelte, at hun ønskede at afholde barnets første sygedag. Dagplejekontoret tilkendegav, at hun ikke havde ret til at afholde barnets første sygedag om mandagen, da sønnen var blevet syg om lørdagen, som derfor måtte anses som

hans første sygedag. På grund af denne tilkendegivelse og på dagplejekontorets forslag afholdt FOAs medlem i stedet en omsorgsdag. Hun kontaktede efterfølgende FOAs afdeling, der rettede henvendelse til kommunen, som fastholdt den forståelse af bestemmelsen, dagplejekontoret havde givet udtryk for. Hverken et forhandlingsmøde mellem kommunen og FOAs afdeling eller et mæglingsmøde mellem KL og FOA førte til enighed. FOA udtog herefter klageskrift den 14. juli 2010.

4. Dagplejeoverenskomsten

I overenskomst for dagplejere indgået med virkning fra den 1. april 2008 mellem KL og FOA hedder det bl.a.:

”§ 25. Barns 1. og 2. sygedag

Stk. 1

Der kan gives hel eller delvis tjenestefrihed med løn til pasning af et sygt barn på dettes første sygedag (med virkning fra 1. april 2009: første og anden sygedag), hvis

1. barnet er under 18 år, og
2. har ophold hos den ansatte, og
3. fravær er nødvendigt af hensyn til barnet, og
4. det er foreneligt med forholdene på tjenestestedet.

Hvis den ansatte misbruger ordningen, kan adgang til fravær inddrages.

Bemærkning:

I vurderingen af, om der skal gives tjenestefrihed, indgår en afvejning af barnets alder og sygdommens karakter.

...”

Det er oplyst, at bestemmelsen uden ændringer er gentaget i 2011-overenskomsten.

Tilsvarende bestemmelser om adgang til frihed med løn på et barns første sygedag har med enkelte sproglige variationer været indeholdt i de kommunale dagplejeoverenskomster siden 1987.

Fra 2008 blev forhandlingerne om bl.a. bestemmelserne om barns første sygedag i de respektive kommunale overenskomster flyttet fra de enkelte overenskomstforhandlinger til at blive forhandlet på KTO-niveau. Det fremgår af sagen, at et af KTO's generelle overenskomstkra-
v til 2008-forhandlingerne var bedre vilkår for forældre ved barsel og børns sygdom, herunder ret til fravær med fuld løn ved børns sygdom i 2 dage. Ifølge den tekniske præcisering af dette krav skulle i de enkelte overenskomster indarbejdes følgende: ”Der kan gives hel eller delvis

tjenestefrihed med løn til pasning af sygt barn i indtil 2 arbejdsdage pr. barn pr. sygdomsforløb." Øvrige betingelser og forudsætninger ville kunne videreføres uændret. Det er ubestridt, at den eneste ændring i 2008-overenskomsten i forhold til 2002- og 2005-overenskomsterne for så vidt angår adgang til frihed med løn ved barns sygdom var, at adgangen med virkning fra 1. april 2009 blev udstrakt til også at gælde barnets anden sygedag.

5. Voldgiftskendelse af 5. juli 2005

Begge parter har under sagen omtalt en opmandskendelse af 5. juli 2005 på det private område i en tvist mellem Kristelig Fagbevægelse og Kristelig Arbejdsgiverforening om forståelsen af en bestemmelse i disse parters overenskomst om frihed med løn på barnets første sygedag. Bestemmelsen var sålydende:

"Der gives ret til frihed med sædvanlig løn på barnets første sygedag. Friheden gives til og med barnets 12. år, og kun den ene af forældrene har ret til denne frihed. Friheden gives på betingelse af, at det er nødvendigt af hensyn til pasning af det syge barn, og såfremt anden pasning ikke er mulig."

Opmanden udtalte bl.a.:

"Bestemmelsen om frihed med løn på barnets første sygedag må – i overensstemmelse med parternes fælles holdning hertil – antages at være indsat i overenskomsten først og fremmest af omsorgsmæssige hensyn for derved at give forældre mulighed for at passe deres syge barn, når dette er nødvendigt, bl.a. fordi anden pasningsmulighed ikke kan skaffes. Bestemmelsen må fortolkes i overensstemmelse med dette formål.

Hvis "barnets første sygedag" som hævdet af KA skulle fortolkes som den kalenderdag, hvor barnets sygdom konstateres, uanset hvornår på døgnet sygdommen konstateres, ville dette føre til, at i tilfælde, hvor barnets sygdom konstateres for eksempel om aftenen på en fridag eller efter en arbejdsdag, ville den næstfølgende arbejdsdag ikke kunne være "barnets første sygedag". Dette ville gælde, selv om pasning var nødvendig, og anden pasning ikke kunne arrangeres, og uanset at det ofte vil være lige så vanskeligt at arrangere anden pasning, når sygdommen konstateres aftenen før en arbejdsdag, som hvis sygdommen konstateres efter midnat eller om morgenen før arbejdstids begyndelse. En sådan forståelse af bestemmelsen ville stride mod dens formål og ville føre til resultater, som ikke forekommer rimelige.

Den af KA hævdede forståelse er heller ikke en nødvendig følge af bestemmelsens ordlyd. Tværtimod synes sætningen "Der gives ret til frihed med sædvanlig løn på barnets første sygedag" ikke at give mening, hvis "barnets første sygedag" kan være en fridag eller en arbejdsdag, hvor sygdommen først konstateres efter fyraften.

Den mest naturlige forståelse af "barnets første sygedag" i overenskomstens § 25, stk. 2, er derfor, at retten til frihed med sædvanlig løn for den ene af forældrene angår den første arbejdsdag, hvor det på grund af barnets sygdom er nødvendigt at passe barnet, og hvor anden

pasning ikke er mulig. Denne forståelse forekommer også at bedst i overensstemmelse med bestemmelsens omsorgsmæssige formål.

Heroverfor er det ikke godtgjort, at parterne har haft en fælles forståelse af bestemmelsen – eller at bestemmelsen fast har været administreret – i overensstemmelse med den af KA hævdede forståelse. Det bemærkes tillige, at der ikke under sagen er tilvejebragt nærmere oplysninger om, hvordan tilsvarende overenskomstbestemmelser inden for andre overenskomstområder fortolkes og administreres.

...”

6. Det øvrige offentlige område

I Personaleadministrativ Vejledning (PAV) udgivet af Moderniseringsstyrelsen hedder det i kapitel 26 under punkt 26.2.8.5. om barns 1. og 2. sygedag bl.a.:

”Tjenestemænd og ansatte omfattet af fællesoverenskomsterne og AC-overenskomsten kan efter anmodning i fornødent omfang få hel eller delvis tjenestefrihed med løn til pasning af sygt, mindreårigt, hjemmeboende barn på dets 1. og 2. sygedag, når hensynet til barnets forhold gør det nødvendigt, og forholdene på tjenestestedet tillader det. Tilsvarende regler er fastsat i andre overenskomster.

Den 1. sygedag er barnets 1. sygedag og ikke den første arbejdsdag, hvor barnet er sygt. Den 2. sygedag er den kalenderdag, der ligger i umiddelbar forlængelse af barnets 1. sygedag, uanset om det er en arbejdsdag eller en fridag.”

PAV kapitel 26 angives senest at være revideret den 22. juni 2012. I den tidligere – og under sagen fremlagte – udgave af PAV, som var udgivet af Personalestyrelsen, var sætningen ”Den 1. sygedag er barnets 1. sygedag og ikke den første arbejdsdag, hvor barnet er sygt” ikke medtaget, og sidste sætning i første afsnit var formuleret lidt anderledes.

På regionernes område fremgår følgende af en fremlagt udskrift fra en regions hjemmeside om adgang til frihed med løn ved barns sygdom:

”Hvis 3 betingelser er opfyldt, kan der gives hel eller delvis tjenestefrihed til at passe dit syge barn på barnets 1. og 2. sygedag:

- 1) Barnet er under 18 år – og:
- 2) Fravær fra dit arbejde er nødvendigt af hensyn til barnet – og:
- 3) Fravær fra dit arbejde er foreneligt med forholdene på tjenestestedet.

Om et barns sygdom kan begrunde tjenestefrihed må bero på en konkret vurdering af sygdommens art sammenholdt med barnets alder. Afgørende i alle tilfælde er, at der er et akut pasningsbehov, som nødvendiggør fraværet.

Hvornår er det 1. og 2. sygedag?:

1) 1. sygedag er som udgangspunkt den kalenderdag, hvor barnet bliver sygt. Hvis barnet bliver sygt sent på døgnet og det som følge heraf ikke er muligt at finde anden pasningsmulighed, vil barnets 1. sygedag dog være den efterfølgende kalenderdag.

Bliver barnet eksempelvis syg på en fredag, så har medarbejderen ikke mulighed for at holde barnets 1. sygedag på den efterfølgende arbejdsdag. I dette tilfælde kan medarbejderen holde barnets 2. sygedag, såfremt det ikke har været muligt at finde anden pasningsmulighed.

2) 2. sygedag er dagen lige efter den 1. sygedag. Det gælder uanset om 2. sygedag er en arbejdsdag eller en fredag. Hvis 1. sygedag er en fredag, kan man altså ikke blive hjemme om mandagen med henvisning til reglerne om pasning på barnets 1. sygedag.”

Det fremgår af udskriften, at den indeholder præciseringer af en tidligere orientering på den pågældende regions hjemmeside. Af denne fremgik bl.a., at 1. sygedag er den første arbejdsdag, hvor behovet for pasning opstår, og at dette også gælder, hvis man er mødt på arbejde, når behovet opstår.

7. Forklaringer

Under voldgiftsforhandlingen blev der afgivet forklaring af forhandlingschef i FOA Steen Parker Sørensen, afdelingsleder i Sønderborg Kommune Marianne Bak og afdelingschef i KL Lene Møller.

Steen Parker Sørensen, har forklaret bl.a., at han siden 1998 har haft det administrative ansvar for FOA's overenskomster. Forud havde han i det kommunale kartel og i Pædagogisk Medhjælperforbund ligeledes beskæftiget sig med indgåelse af overenskomster. Forberedelsen af 2008-overenskomsten foregik på sædvanlig måde. Med KTO's generelle krav om frihed med fuld løn på barnets første og anden sygedag var der ikke tilstræbt anden ændring end to betalte fridage i stedet for én. Der var ikke større debat på KTO-siden, da kravet blev udtaget. Han deltog selv i overenskomstforhandlingerne, indtil FOA valgte at udtræde af KTO-forhandlingsfællesskabet. Han bevarede dog kontakten på det administrative plan, men deltog ikke i den afsluttende forhandling den 1. marts 2008, hvor protokollatet om overenskomstfornyelsen pr. 1. april 2008 med bl.a. den nye § 25 om adgang til frihed på barnets første og anden sygedag blev indgået mellem KL og KTO. FOA var ikke omfattet af protokollatet, men tiltrådte efter at have været omfattet af en arbejdskonflikt protokollatet i maj 2008. FOA har i sin rådgivning til medlemmerne givet udtryk for, at barnets første sygedag er den første arbejdsdag,

hvor fravær af hensyn til barnet er påkrævet. Denne rådgivning har ikke før den foreliggende sag givet anledning til tvist med arbejdsgiversiden. Det er hans indtryk, at anmodninger om frihed på grund af barns sygdom løses konkret på den enkelte arbejdsplads. Lige siden en bestemmelse herom kom ind i overenskomsten i 1989, har der efter hans opfattelse været tale om en ret til betalt frihed på barnets første sygedag, som i praksis er forstået som den første arbejdsdag med behov for pasning af det syge barn.

Marianne Bak har forklaret bl.a., at hun fra sin nuværende stilling som afdelingsleder i personalejura i Sønderborg Kommune og fra tidligere ansættelser har ca. 30 års erfaring med administration af løn- og personaleforhold. Hun har altid administreret reglen om adgang til frihed på barnets første sygedag efter den opfattelse, at den første sygedag er den første kalenderdag, hvor barnet er sygt. Ingen har været i tvivl om, at reglen skulle forstås på den måde. Hun har – også efter, at denne sag er opstået – fået denne forståelse af reglen bekræftet af KL.

Lene Møller har forklaret bl.a., at hun er afdelingschef for arbejdsgiverområdet i KL, og hun har siden sin ansættelse i KL i 1979 har beskæftiget sig med overenskomstforhandlinger. Der var i 1973 indført en forsøgsordning for bl.a. sygeplejere om adgang til at anmode om frihed til at passe et sygt mindreårigt barn. Ordningen blev udvidet til andre medarbejdsgrupper, men dagplejerne blev først omfattet i 1989, hvor der efter kommunalbestyrelsens beslutning kunne ydes dagplejere tjenestefrihed til pasning af et sygt mindreårigt hjemmeboende barn på barnets første sygedag. Hun har først efter kendelsen på det kristelige område i 2005 hørt om den fortolkning af ”første sygedag”, som Steen Parker Sørensen har forklaret om. KL har altid haft den klare opfattelse, at adgangen til betalt frihed på barnets første sygedag skal bevilges af den kommunale arbejdsgiver og altså ikke er en ret for den ansatte, og at barnets første sygedag som det klare udgangspunkt er den kalenderdag, hvor barnet bliver sygt. Formålet med bestemmelsen er at give forældrene tid til at arrangere anden pasning. Bestemmelsen har ikke været noget stort tema i overenskomstforhandlingerne før 2008. Hun opfattede KTO’s krav til 2008-overenskomsten som en flerhed af krav: krav om en egentlig ret til betalt frihed ved barns sygdom, krav om frihed på både første og anden sygedag og krav om, at friheden angik to arbejdsdage. Hun deltog i den afsluttende forhandling den 1. marts 2008, og overenskomstbestemmelsen om adgang til frihed på første og anden sygedag blev først forhandlet på plads, da FOA var udtrådt af forhandlingerne. Den eneste ændring var udvidelsen af adgangen til betalt frihed fra én til to dage. Dette forhandlingsresultat var udtryk for den samme model, som forinden var aftalt på det statslige område, og som også regionerne har fulgt. Hun

havde forinden undersøgt praksis på de to andre offentlige områder og fået bekræftet den forståelse af ”første sygedag”, som hun selv har givet udtryk for. Denne forståelse af ”første sygedag” blev refereret over for KTO-forhandlerne. Forhandlingerne med FOA blev afsluttet i begyndelsen af maj 2008, og bestemmelsen om adgang til betalt frihed på barnets første og anden sygedag blev skrevet af fra KTO-forliget.

8. Parternes hovedargumenter

FOA har navnlig gjort gældende, at omsorgsmæssige hensyn er det helt overordnede formål med overenskomstbestemmelsen om adgang til betalt frihed til pasning af et sygt barn.

Bestemmelsen må fortolkes i overensstemmelse med dette formål. Begrebet ”første sygedag” er ikke nærmere defineret i overenskomsten, og det kan således ikke af ordlyden udledes, at ”første sygedag” skulle være den kalenderdag, hvor barnet bliver sygt. Tværtimod må de omsorgsmæssige hensyn bag bestemmelsen føre til, at ”første sygedag” må forstås som den første dag, hvor fravær er nødvendigt af hensyn til barnet. Denne forståelse strider ikke mod bestemmelsens ordlyd. Forståelsen er endvidere i overensstemmelse med den faglige voldgiftskendelse af 5. juli 2005, der angik en tilsvarende bestemmelse på det private område. Der er ingen grund til, at fortolkningen skulle være anderledes på det offentlige område. Det er uden betydning, at bestemmelsen om betalt frihed i 2005-kendelsen var en ”skal”-bestemmelse, mens der i den foreliggende sag er tale om en ”kan”-bestemmelse.

FOA har rådgivet sine medlemmer i overensstemmelse med afgørelsen i 2005-sagen og har ikke før den foreliggende sag hørt om, at bestemmelsen skulle være praktiseret anderledes.

FOA forsøger ikke med denne sag at få gennemført et resultat, som ikke kunne gennemføres ved 2008-overenskomsten. Med KTO’s overenskomstkraav var der ikke tilsigtet andet end at udvide adgangen til betalt frihed fra én dag til to dage.

KL har navnlig gjort gældende, at bestemmelsen om tjenestefrihed på grund af børns sygdom blev indsat i parternes overenskomst for at hjælpe medarbejderne med at håndtere et akut og pludseligt opstået pasningsbehov. Det har aldrig været hensigten at indføre en generel adgang til fravær under børns sygdom. Bestemmelsens ordlyd, der henviser til barnets første sygedag, viser, at tidsrammen for tjenestefriheden skal regnes fra tidspunktet for sygdommens opståen. Bestemmelsen har da også altid været fortolket og administreret af parterne således, at tjenestefrihed som udgangspunkt kun kan gives på den kalenderdag, hvor barnets sygdom opstår.

Denne fortolkning af bestemmelsen er i overensstemmelse med praksis inden for både det kommunale, det regionale og det statslige område. Endvidere blev KTO's krav forud for 2008-overenskomsten om ændring af bestemmelsen – bortset fra udvidelsen af adgangen til frihed til også at gælde barnets anden sygedag – afvist af KL. Afviste krav kan ikke efterfølgende ved fagretlig behandling fortolkes ind i overenskomsten.

Den faglige voldgiftskendelse af 5. juli 2005 er ikke afgørende for fortolkningen i den foreliggende sag. Den angik en tvist på det private område med en anden overenskomsttekst og på den baggrund, der var oplyst i den pågældende sag.

KL's selvstændige påstand tager højde for formålet med den omtvistede overenskomstbestemmelse, nemlig at give mulighed for at skaffe anden pasning af det syge barn.

9. Opmandens bemærkninger og afgørelse

Efter forhandling og votering kunne der ikke blandt de af parterne valgte medlemmer af voldgiftsretten opnås enighed om eller flertal for en afgørelse. Afgørelsen træffes derfor af opmanden, som udtaler følgende:

Bestemmelsen i parternes overenskomst om adgang til betalt frihed til pasning af et sygt barn på dettes første sygedag (fra den 1. april 2009 tillige på barnets anden sygedag) giver efter ordlyden ikke den ansatte en ubetinget ret til sådan frihed. Tjenestestedets imødekommelse af en anmodning om tjenestefrihed til at passe et sygt barn er betinget bl.a. af, at fravær er nødvendigt af hensyn til barnet, og at det er foreneligt med forholdene på tjenestestedet.

Efter bevisførelsen, herunder Lene Møllers og Marianne Baks forklaringer og oplysningerne om fortolkningen og administrationen af de tilsvarende bestemmelser i statslige og regionale overenskomster, må det lægges til grund, at bestemmelsen af de kommunale arbejdsgivere stedse har været fortolket og administreret således, at betalt frihed til pasning af et sygt barn – forudsat de øvrige betingelser er opfyldt – som udgangspunkt kan gives på den dag, det vil sige den kalenderdag, hvor barnets sygdom er opstået, og at undtagelse kan gøres, hvis sygdommen er opstået meget sent på dagen, således at den følgende dag i en sådan situation kan anses som barnets første sygedag. Det er ikke under sagen af FOA påvist, at bestemmelsen om adgang til betalt frihed ved børns sygdom på dette overenskomstområde eller på andre offentlige overenskomstområder med en tilsvarende bestemmelse har været fortolket og

administreret i overensstemmelse med FOA's påstand. Der er endvidere ikke påvist, at denne fortolkning og administration af bestemmelsen tidligere har været anfægtet af FOA.

Det må herefter lægges til grund, at de omsorgsmæssige hensyn bag bestemmelsen om adgang til betalt frihed på barnets første sygedag navnlig har skullet varetages ved at give den ansatte mulighed for at håndtere et akut opstået pasningsbehov, hvorimod det ikke kan antages, at meningen – uanset et fortsat pasningsbehov – har været at give den ansatte adgang til betalt frihed på den følgende arbejdsdag, medmindre barnets sygdom er opstået meget sent den umiddelbart foregående kalenderdag.

Afgørelsen af 5. juli 2005 i den foran omtalte faglige voldgift mellem Kristelig Fagforening og Kristelig Arbejdsgiverforening kan heller ikke føre til, at FOA skal have medhold i den foreliggende sag. Afgørelsen angik – på det grundlag, der var oplyst i sagen – fortolkningen af en overenskomst på et andet overenskomstområde af en bestemmelse med et indhold, der på nogle punkter adskiller sig fra indholdet af den bestemmelse, som den foreliggende sag angår.

Efter det anførte skal KL frifindes for FOA's påstand.

KL's selvstændige påstand angår efter ordlyden "en bestemmelse ... med en ordlyd svarende til § 25 i dagplejeoverenskomsten". Hertil bemærkes, at der under denne faglige voldgift alene kan tages stilling til fortolkningen af dagplejeoverenskomstens § 25. Med den begrænsning, der følger heraf, tages påstanden – i overensstemmelse med det foran anførte – til følge.

Thi bestemmes:

KL for Kommunen frifindes.

FOA for sit medlem tilpligtes at anerkende, at bestemmelsen om frihed på barnets første sygedag i dagplejeoverenskomstens § 25 skal fortolkes således, at tjenestefriheden kun kan gives på den kalenderdag, hvor barnets sygdom opstår, medmindre sygdommen opstår meget sent på dagen, i hvilket tilfælde tjenestefriheden kan gives den følgende dag.

Hver part bærer egne sagsomkostninger og betaler halvdelen af udgiften til opmanden.

København, den 9. november 2012

Poul Søgaard