

Kendelse
afsagt den 18. december 2023
i faglig voldgift 2023-51

Fagligt Fælles Forbund
(advokat **Berit** lassen)

mod

Regionernes Lønnings- og Takstnævn
for
Region Hovedstaden
(advokat Morten Ulrich)

1. Parternes uoverensstemmelse

Sagen angår, om elever under erhvervsuddannelse i Region Hovedstaden, som fast udfører aftenarbejde efter kl. 17 og modtager forskudttidstillæg herfor, også har krav på at få udbetalt tillæg for forskudt tid under skoleophold i dagtimerne mellem kl. 6 og kl. 17.

2. Påstande

Klager. Fagligt Fælles Forbund, har nedlagt påstand om, at Region Hovedstaden skal anerkende, at § 40 i overenskomst for specialarbejdere m.fl. medfører, at erhvervsuddannelseselever, som fast under deres praktik er blevet aflønnet for at arbejde i forskudt tid, også skal aflønnes med forskudttidstillæg under skoleophold, der ligger i dagtiden mandag til fredag mellem kl. 6.00 og 17.00.

Indklagede. Regionernes Lønnings- og Takstnævn for Region Hovedstaden, har nedlagt påstand om frifindelse.

3. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen blev hovedforhandlet den 30. november 2023 ved faglig voldgift. Som sidedommere udpeget af klager fungerede Louise Røssell Wredstrøm og Caja Bruhn, begge 3F Den Offentlige Gruppe, og som sidedommere udpeget af indklagede fungerede Nanna Bak-Nielsen og Kristian Beltner, begge Danske Regioner. Undertegnede højesteretsdommer Hanne Schmidt fungerede som opmand.

Der blev afgivet forklaring af YY, ZZ, QQ, XX, VV og PP.

Efter bevisførelse og procedure voterede rettens medlemmer. Der kunne ikke blandt sidedommerne opnås flertal for noget resultat. Sagen blev herefter optaget til opmandens kendelse.

4. Sagsfremstilling

Sagen har sit udspring i aflønningen af fire erhvervsuddannelseselever ansat på Regionslage ret i Region Hovedstaden, der har arbejdet i aftenvagter på lageret, når de ikke har været på skoleophold, og som fra 1. januar 2022 under skoleophold i dagtimerne ikke har fået udbetalt tillæg for forskudt tid.

Ifølge de fire elevers ansættelsesbreve og uddannelsesaftaler fastsættes løn- og ansættelsesvilkår i henhold til gældende overenskomst for specialarbejdere indgået mellem Fagligt Fælles Forbund - 3F og Regionernes Lønnings- og Takstnævn. Om elevernes arbejdstid fremgår det, at deres arbejdstid er gennemsnitligt 37 timer pr. uge, og at de kan pålægges over- og merarbejde efter overenskomstens bestemmelser. Hverken ansættelsesbreve eller uddannelsesaftaler indeholder oplysninger om arbejdstidens placering. Det fremgår således ikke af det skriftlige grundlag for elevernes ansættelse, at de skal arbejde i aftenhold. Der er endvidere ikke i ansættelsesbreve eller uddannelsesaftaler oplysninger om deres aflønning under skoleophold.

I september 2021 oplyste regionen eleverne om, at regionen havde besluttet, at eleverne ikke, som det var sket hidtil, skulle aflønnes med ulempetillæg, mens de var på skole.

I den anledning skrev 3F til Region Hovedstaden i en mail den 14. januar 2022 bl.a. følgende:

"Det mener 3F ikke er i overensstemmelse med overenskomstens § 40, hvor eleverne skal aflønnes med samme løn, som når eleven er i praktik.

I har jo elever som fast arbejder i forskudt tid - og forskudstidsbetalingen er en del af de fast påregnelige løndele, som de skal oppebære - hvilket de så også skal når de er på skole.

Vi forventer, at I betaler eleverne i overensstemmelse hermed."

XX, Region Hovedstaden, svarede i en mail samme dag:

"Jeg har sat Jesper fra HR på mailen, da eleverne er ansat af HR. Jeg vil lade dem svare yderligere.

Når eleverne er på skole er de på daghold og modtager deres normale løn. Dog modtager de ikke forskudtstillægget, da dette først udløses fra kl. 17."

VV, Region Hovedstaden, skrev herefter den 18. januar 2022 til 3F bl.a.:

"Vi fastholder, at fortolkningen af overenskomstens § 40 betyder, at eleverne ikke oppebærer ulempetillæg når ulempen ikke er der."

Hertil svarede 3F i mail af 19. januar 2022, at man ikke var enige i fortolkningen, og at 3F begærede forhandling af sagen.

Af referat af forhandlingsmødet fremgår bl.a.:

"Det er 3F Københavns opfattelse, at beregning af "samme løn" i skoleperioder skal ske ud fra princippet om fast påregnelige løndele, dvs. som hvis eleven var syg. Flere elever arbejder fast på aftenhold.

Det er Region Hovedstadens opfattelse, at skoleperioder er en fast del af elevens forløb, hvor eleven i almindelig dagtid er i skole, og som i forvejen er kendt. Det indebærer, at eleven ikke er berettiget til ulempeydelse, når ulempen ikke finder sted."

Der blev afholdt mæglingsmøde den 11. maj 2022, hvor der ikke kunne opnås enighed.

5. Overenskomstgrundlag og andre bestemmelser mv.

5.1. Overenskomst 2021

Overenskomst 2021 for specialarbejdere, faglærte gartnere, faglærte brolæggere, faglærte struktører, faglærte murere og instruktører/holdledere m.fl. ansat i regioner indgået mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn og Fagligt Fælles Forbund - 3F indeholder i kapitel 5 bl.a. følgende bestemmelser:

"KAPITEL 5. ELEVER

§ 38. PRAKTIKGRUNDLAGET

De omhandlede praktikforhold er omfattet af lov om erhvervsuddannelser samt af denne overenskomst med de undtagelser, der fremgår af §§ 39-46.

§ 40. AFLØNNING I SKOLEPERIODER

Stk. 1.

De offentlige arbejdsgivere er fra den 1. januar 1993 omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion, jf. Lov om AUB § 2.

I skoleperioder får eleven derfor samme løn, som hvis den pågældende havde været i praktik.

§ 45. SYGDOM

Stk. 1.

Elever oppebærer løn under sygdom.

§ 48. ØVRIGE ANSÆTTELSESVILKÅR (ELEVER)

Stk. 1.

Elever er i øvrigt omfattet af følgende:

§ 11	Arbejdstid
§ 15	Arbejde i forskudt tid, holddrift og rådighedsvagt
§ 24	Øvrige ansættelsesvilkår for månedslønnede ..."

Af Arbejdstidsaftale om arbejde i forskudt tid, holddrift og rådighedsvagt i hjemmet indgået mellem Regionernes Lønnings- og Takstnævn og bl.a. Fagligt Fælles Forbund (2021) fremgår bl.a.:

"KAPITEL 4. TILLÆGSBETAUNG M.V.

§ 14. TILLÆG FOR ARBEJDE I FORSKUDT TID OG HOLDDRIFT

For arbejde i forskudt tid og holddrift ydes følgende tillæg

Tidspunkt	Tillæg til og med 31. marts 2021	Tillæg pr. 1. april 2022
	(31. marts 2018 niveau)	(31. marts 2018 niveau)
Forskudttidstillæg:		
Mandag-Fredag fra kl. 17.00 til kl. 06.00	27,45 kr. pr time i grundbeløb	27,57 kr. pr. time i grundbeløb"

5.2. Overenskomstbestemmelsernes tilblivelse

I overenskomst om løn- og ansættelsesvilkår for faglærte gartnere ansat ved amtskommuner (1991) havde bestemmelsen om aflønning af elever under skoleophold følgende ordlyd:

"AFTALE OM AFLØNNING AF ELEVER.

De omhandlede praktikforhold er omfattet af lov om erhvervsuddannelser samt af overenskomsten om løn- og ansættelsesvilkår for faglærte gartnere ansat ved amtskommuner med de undtagelser, der fremgår af nedennævnte punkt 1) til 12).

3) Under skoleophold betales den umiddelbart før skoleopholdets begyndelse oppebårne månedsløn, idet de offentlige arbejdsgivere ikke bidrager til Arbejdsgivernes Elevrefusion. Dette indebærer, at der under skoleophold ikke sker forhøjelse ved eventuel overenskomstregulering og ej heller sker oprykning til højere procentsats. De under skoleophold skete ændringer ved eventuel overenskomstregulering og/eller procentsats sættes i kraft fra den dato, eleven vender tilbage til arbejdspladsen.

Den nugældende bestemmelse i overenskomstens § 40, stk. 1, stammer fra overenskomsten fra 1993, hvor overenskomstens område endvidere blev udvidet, således at den herefter omfattede gartnere, brolægere, dyrebrugere og skovbrugere ansat i amter. Om aflønning af elever under skoleophold blev som § 36, stk. 1, indsat følgende bestemmelse:

"§ 36. AFLØNNING I SKOLEPERIODER

Stk. 1. De offentlige arbejdsgivere er fra 1. januar 1993 omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion, jf. lovens § 2.

I skoleperioder, som falder efter overenskomstens udsendelse, får eleven derfor samme løn, som hvis pågældende havde været i praktik."

Om grunden til den ændrede affattelse af bestemmelsen fremgår af brev af 21. september 1993 fra AA til BB og CC (alle arbejdsgiversiden) følgende:

"Også de offentlige arbejdsgivere er nu tilsluttet lov om Arbejdsgivernes Elevrefusion. Vi må drøfte, om det har konsekvenser for vores elevaflønninger".

Der er endvidere fremlagt forslag til ændring af udkastet til overenskomstens § 36 om aflønning af elever i skoleperioder, hvoraf fremgår et håndskrevet forslag til en ny affattelse af bestemmelsen:

"Stk. 1. De offentlige arbejdsgivere er fra 1. januar 1993 omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion, jf. lovens § 2. I skoleperioden får eleven derfor samme løn, som hvis pågældende havde været i praktik."

I 1995 blev overenskomstens område udvidet yderligere, således at den omfattede specialarbejdere, faglærte gartnere, faglærte brolægere, faglærte struktører, faglærte murere og instruktører/holdledere m.fl. ansat ved amter. Bestemmelsen om aflønning af elever i skoleperioder blev i den forbindelse videreført med følgende ordlyd i overenskomstens § 48:

"§ 48. AFLØNNING I SKOLEPERIODER

Stk. 1. De offentlige arbejdsgivere er fra 1. januar 1993 omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion, jf. lovens § 2.

I skoleperioder får eleven derfor samme løn, som hvis pågældende havde været i praktik."

5.3. Andre bestemmelser mv.

Amtsrådsforeningen har ved cirkulære nr. 125 fra juni 1977 udsendt Finansministeriets cirkulære af 25. maj 1977 (Vejledning om udbetaling af visse særlige ydelser til personer med ansættelse på funktionærvilkår). Af punkt 1 og 2 i vejledningen fremgår bl.a.:

"1.

Ved opgørelse af lønkrav medregnes som løn sådanne ydelser, der tilkommer den ansatte som vederlag udover stillingens grundløn for tjeneste, der udføres på andre tider end inden for normal arbejdstid - f.eks. aften- og nattjeneste ... - når den ansatte ifølge ansættelsesbevis er antaget til tjeneste af denne art og faktisk udfører tjeneste i overensstemmelse hermed.

Særlige ydelser af den nævnte karakter medregnes endvidere som løn i tilfælde, hvor det i øvrigt godtgøres, at den ansatte har udført en sådan form for tjeneste regelmæssigt gennem længere tid, og har oppebåret vederlag herfor som et fast påregneligt løntillæg....

2.

Særlige ydelser som nævnt under punkt 1 medregnes ved opgørelsen af lønkrav, hvor den ansatte i tilfælde af lovligt forfald efter funktionærloven er berettiget til at oppebære løn under fravær fra tjenesten.

Dette gælder ifølge lovens § 5, hvor funktionæren på grund af sygdom er ude af stand til at udføre sit arbejde, efter § 6, stk. 2, under indkaldelse til militærtjeneste ... og efter § 7, stk. 2, i tilfælde af fravær, der skyldes uarbejdsdygtighed som følge af graviditet."

Af Finansministeriets cirkulære af 26. marts 1998 om ændrede retningslinjer for beregning af løn under betalt fravær fremgår bl.a.:

"1. Finansministeriet har med cirkulærer af 25. maj 1977, 2. maj 1978 og 23. oktober 1979 udsendt retningslinjer for beregning af den løn, der skal udbetales til ansatte i staten mv. under betalt fravær mv. - f.eks. under sygdom, ferie og barselsorlov.

2. Ved dom afsagt af Tjenestemandsdretten den 6. maj 1997 i en sag vedrørende beregning af sygeløn til tjenestemænd i DSB er det imidlertid nu fastslået, at tilsvarende principper skal lægges til grund for så vidt angår en række *arbejdsbestemte (funktionsbestemte)* tillæg (anhængertillæg, trucktillæg og rangertillæg).

3....

Fremover vil der således ved opgørelsen af lønnen i de fraværssituationer mv. og under de betingelser, der er omtalt i ovennævnte cirkulærer, tillige skulle indgå eventuelle arbejdsbestemte tillæg, som må anses for en fast påregnelig del af lønnen for den pågældende medarbejder.

Reglerne gælder såvel for tjenestemænd og tjenestemandslignende ansatte som for overenskomstansatte mv."

Der er endvidere fremlagt referat af et møde den 6. august 1998 mellem bl.a. Specialarbejderforbundet i Danmark og Amsrådsforeningen vedrørende konsekvenserne af Tjenestemandssretts dom. Af referatet fremgår bl.a.:

"Som opfølgning på ... og Tjenestemandssretts dom af 6. maj 1997 er parterne enige om at indstille til godkendelse, at der med virkning fra ferieåret 1997/98 ... gælder følgende om betaling under fravær fra tjenesten, hvor der betales løn:

Fast påregnelige tillæg indgår fra 2. maj 1997 i betalingen under fravær på grund af ferie, sygdom, barsel, adoption, omsorgsdage og genindkaldelser.

Ved fast påregnelige tillæg forstås tillæg der gives som en del af vederlaget for den arbejdsydelse, som den pågældende er antaget til fast at udføre.

Fast påregnelige arbejds-/funktionsbestemte tillæg skal således udbetales i tjenestefrihedsperioder med løn, hvad enten de har været ydet for enkelte eller samtlige timer. Der gælder således nu de samme betingelser for arbejdstidsbestemte og arbejdsbestemte tillæg."

I Finansministeriets cirkulære nr. 9813 af 1. december 2003 om beregning af løn under betalt fravær mv. blev der givet en samlet opdateret oversigt over reglerne. Af cirkulæret fremgår bl.a.:

"1. Indledning

Ansatte i staten mv. her i henhold til lovgivning, overenskomster, aftaler etc. krav på løn i en række fraværssituationer.

Den løn, der i givet fald skal udbetales under fraværet, kan være udtrykkelig fastsat i den enkelte aftale mv., men er i de fleste tilfælde blot defineret som "fuld" løn - eller eventuelt "normal" eller "sædvanlig" løn.

Disse tilfælde, hvor lønbegrebet ikke er klart defineret i aftaleteksten, har givet anledning til fortolkningstvivl, specielt i relation til en række tillæg for særlige ulemper, funktioner o.lign., som den ansatte ville have fået udbetalt under udførelse af sin normale tjeneste.

Disse fortolkningsspørgsmål har i vidt omfang fundet deres afklaring ved afgørelser ved domstolene, Tjenestemandssretten og faglige voldgifter, og nedenstående retningslinjer tilsigter at give en samlet oversigt over den gældende retstilstand.

2. Hvilke lønelementer indgår i begrebet "fuld løn"?

Den løn, som en ansat har krav på under betalt fravær, er som udgangspunkt den faste løn, dvs. skalalønnen/basislønnen/intervallønnen samt tillæg (varige eller midlertidige) der ydes med faste månedlige beløb, herunder eventuelle pensionsbidrag af samme lønde.

Herudover medregnes - under visse betingelser, jf. nedenfor - tillæg af nedenstående art, der optjenes taxametermæssigt, dvs. for det konkrete antal arbejdstimer, hvor den tillægsgivende tjeneste rent faktisk er udført:

Arbejdstidsbestemte tillæg, dvs. tillæg, der ydes for udførelse af arbejde på tidspunkter uden for normal arbejdstid, f.eks. natpenge, søn- og helligdagstillæg, skifteholdstillæg

Sådanne tillæg indgår dog kun i lønberegningen, hvis de har karakter af fast påregnelige løndelev for den enkelte medarbejder, jf. pkt. 3.

3. Hvornår er tillæg "fast påregnelige"?

Betingelsen om fast påregnelighed anses for opfyldt, hvis:

- medarbejderen ifølge sit ansættelsesbevis udtrykkeligt er ansat til tjeneste, for hvilken der udbetales arbejds- eller arbejdstidsbestemte tillæg, og i praksis har arbejdet i overensstemmelse hermed
- medarbejderen regelmæssigt gennem længere tid (normalt mindst ½ år) rent faktisk har udført sådan tjeneste.

5. Fraværssituationer, hvor der ydes løn

Nedenfor oplistes de typiske situationer, hvor medarbejdere i staten har ret til løn under fravær fra deres sædvanlige arbejde, med bemærkning om, i hvilket omfang der optjenes tillæg, henholdsvis frihed.

a) Sygdom

Der optjenes såvel tillæg som frihed.

b) Barsels- og adoptionslov

Der optjenes såvel tillæg som frihed i de orlovsperioder, hvor den pågældende i henhold til barselsaftalen har krav på løn.

p) Kursusdeltagelse

Der optjenes hverken tillæg eller frihed ved omlægning af tjenesten, som skyldes den ansattes kursusdeltagelse."

Bestemmelserne i pkt. 2, 3 og 5 i 2003-cirkulæret blev videreført med samme indhold i Finansministeriets cirkulære nr. 9600 af 6. december 2011 om beregning af løn under betalt fravær mv. Det fremgår således af cirkulærets bilag 1, Oversigt over fraværssituationer, bl.a.:

"Bilag 1

Oversigt over fraværssituationer

Medregning forudsætter fast påregnelighed, jf. cirkulærets pkt. 3.

t) Kursusdeltagelse

Der optjenes hverken tillæg eller frihed ved omlægninger af tjenesten, som skyldes kursusdeltagelse."

6. Forklaringer

YY har forklaret bl.a., at hun arbejder i 3F og siden 1993 har deltaget i forhandlinger om den foreliggende overenskomst.

1991-overenskomsten omfattede kun gartnere, og gartnereløvere fik samme løn under skoleophold, som når de var i praktik. Gartnereløverne arbejdede kun i dagtimerne, og de var ikke omfattet af elevrefusionsordningen. Ved 1993-overenskomsten, hvor der kom nye grupper ind i overenskomsten, blev bestemmelsen om elever ændret, således som det fremgår af den dagældende bestemmelse i § 36, stk. 1, fordi de offentlige arbejdsgivere nu var tilsluttet lov om Arbejdsgivernes Elevrefusion.

Udkastet til § 36 blev forelagt for parterne i overenskomstforhandlingerne forud for 1993-overenskomsten, og parterne var enige om formuleringen. YY kan ikke huske, om forslaget konkret blev drøftet.

I 1995 kom også chauffører ind under overenskomsten og dermed også chaufførlærlinge. Bestemmelsen i 1993-overenskomstens § 36, stk. 1, blev videreført uændret som § 48, stk. 1.

Formålet med bestemmelsen var, at eleverne ikke skulle få en lønnedgang ved skoleophold, og parterne har altid været enige om, at tillæg også skal betales ved skoleophold. Det er en særlig ordning for elever, fordi der har været en overenskomstaftale herom. Praksis har også været, at elever har fået samme betaling under skoleophold, som de blev aflønnet med under praktikophold, og der har aldrig før nu været diskussion herom.

Skoleophold har for elever været anset for lovligt forfald eller lovligt fravær. Der har derfor heller ikke været ændringer som følge af Finansministeriets cirkulærer, som angik ordinært ansatte, men ikke havde noget at gøre med elever.

Elevernes ansættelseskontrakter indeholder ikke bestemmelser om deres arbejdstid, men det aftales ved ansættelsen, på hvilke tidspunkter de skal arbejde. Hvis de er på aftenhold, kan dette ændres til dagtid, hvis det er fornuftigt, men det er hypotetisk, at der sker sådanne ændringer.

Med hensyn til serviceassistenter gælder også, at de får samme betaling under kurser og skoleophold, idet betaling for arbejde på nathold indgår som en del af deres sædvanlige løn. Betalingen for arbejde på nathold er for serviceassistenter lagt ind i den sædvanlige løn ved en beregning af gennemsnittet af betaling herfor.

ZZ har forklaret bl.a., at han tidligere har været elev og er en af de fire elever, der har givet anledning til denne sag. Han var 24 år, da han blev tilbudt en elevaftale på Regionslageret, hvor han skulle arbejde på aftenhold.

ZZ har som elev ikke arbejdet på daghold. Arbejdet på aftenhold gav ca. 3.000 kr. mere i løn i form af forskudttidstillæg. ZZ's arbejdstider var fra 15.30 - 22.30 mandag til torsdag og 15.30 - 21.30 om fredagen. Han fik sammen løn under skoleophold som ved arbejdet på aftenhold, indtil dette sluttede ved udgangen af 2021. Han fik af en teamleder at vide, at der fra 1. januar 2022 ikke ville blive udbetalt forskudttidstillæg under skoleophold, og at det var en beslutning oppefra. ZZ tog fat i tillidsrepræsentant QQ, fordi det var mange penge at miste, når han skulle være meget på skole. Han måtte overveje sin økonomi, fordi han boede i en dyr lejlighed. ZZ havde fået dette tillæg hidtil og anså det derfor for aftalt.

Det står ikke i ZZ's ansættelsesaftale, at han var ansat til at arbejde på aftenhold, men dette fik ZZ at vide ved ansættelsen af sin teamleder, der var RR. ZZ kunne formentlig rykkes til daghold, hvis det var nødvendigt af hensyn til driften eller ZZ's uddannelse.

QQ har forklaret bl.a., at han er tillidsrepræsentant hos indklagede, hvor han har været ansat på Regionslageret i 9 år, og hvor han også har været elev. På Regionslageret er der et fast daghold og et fast aftenhold, men de ansatte og herunder også eleverne kan rykke mellem de to hold efter eget ønske.

Det var praksis, at eleverne på aftenhold fik samme løn under skoleophold, som når de udførte aftenarbejde. Det har eleverne også fået at vide, da de blev ansat. Det blev ændret med virkning fra 1. januar 2022. QQ blev ikke informeret forud for ændringen, men ZZ's henvendelse fik QQ til at gå til ledelsen og til fagforeningen.

De andre elever på aftenhold var også uforstående over for ændringen, som måtte anses for en ændring af overenskomsten.

Ændringen kan medføre udfordringer med at fastholde eleverne på aftenhold, og eleverne bør også kunne regne med en fast løn.

XX har forklaret bl.a., at hun er enhedschef i Region Hovedstaden. Hun var tidligere sektionschef og havde ansvaret for Regionslageret.

Driften på lageret varetages af teamledere, som også afholder samtaler med elever i forbindelse med ansættelse. XX kontaktede HR, når der skulle ansættes nye elever, men eleverne er ansatte på Regionslageret og arbejder under hende.

Det aftales, om eleverne skal arbejde på daghold eller aftenhold. Det er også muligt at varsle eleverne om et skifte mellem daghold og aftenhold, ligesom eleverne kan ønske at skifte mellem de to hold. Det imødekommes normalt, hvis det er i orden i forhold til driften.

XX blev opmærksom på problemstillingen med aflønning af elever under skoleophold, fordi en af de fire elever, der har givet anledning til denne sag, flere gange skiftede mellem aftenhold og daghold. Hun fik at vide, at det skete, fordi det var bedre at være på aftenhold, når man skulle være meget på skole, og der var kolleger, der undrede sig over dette. XX kontaktede derfor HR, som oplyste, at det ikke var korrekt, at der blev udbetalt forskudttidstillæg til elever, mens de var skoleophold.

HR står for aflønningen af elever. Det tages normalt ind i systemet, hvilken arbejdstid den ansatte har, hvorefter der automatisk beregnes tillæg mv.

VV har forklaret bl.a., at han er chefkonsulent i Region Hovedstaden, hvor han har været ansat i 9 år. Han har tidligere arbejdet i KL.

Han deltog i mailvekslingen med 3F i januar 2022 og i forhandlingsmøderne med 3F. Han meddelte, at der ikke skulle betales forskudttidstillæg under skoleophold i dagtimerne. Det sker heller ikke på andre områder. Forud for møderne havde han drøftet dette med regionerne.

Tillæg for at arbejde i forskudt tid udbetales kun, hvis der er tale om en fast påregnelig løn og under sygdom eller andet lignende forfald. Elevernes skoleophold anses ikke for sygdom eller forfald. Der er tale om forud tilrettelagte skoleophold i dagtimerne, og der skal derfor betales den løn, der er normal for arbejde i dagtimerne.

PP har forklaret bl.a., at hun er chefrådgiver i Region Hovedstaden. Tidligere har hun været ansat i Finansministeriet i 1991-2005 og igen 2009-2012 samt i KL.

Ved Højesterets dom i U 1976.528H (lise Both-dommen) blev det fastslået, at en sygeplejerske, der var ansat som aften/nat sygeplejerske, i en barselsperiode skulle have samme tillæg, som hun fik under arbejdet i aften- og nattevagter. Efter dommen udsendte Finansministeriet cirkulæret af 25. maj 1977, som i juni 1977 blev udsendt af Amtsrådsforeningen. Senere den 6. maj 1997 blev der afsagt en dom af Tjenestemandssretten, hvorefter funktionsbestemte tillæg (rangergodtgørelse mv.) skulle udbetales til ansatte i DSB under en tjenestemandssygdom i samme omfang, som tillæggene ville være blevet udbetalt, såfremt den pågældende ikke havde været sygemeldt.

Ved Finansministeriets cirkulære nr. 9813 af 1. december 2003 blev der udsendt en samlet oversigt over den gældende retstilstand vedrørende beregning af løn under betalt fravær. Det fremgår af cirkulæret, at det først skal afgøres, om de pågældende tillæg var fast påregnelige for den ansatte, jf. cirkulærets pkt. 3. Fraværssituationer, hvor der ydes løn, er beskrevet under pkt. 5, og her fremgår af pkt. 5, litra p, om kursusdeltagelse, at der hverken optjenes tillæg eller frihed ved omlægning af tjenesten, som skyldes den ansattes kursusdeltagelse. Kendelsen afsagt den 13. september 2021 i faglig voldgift FV2020-417 om sygeplejersker i fast aften- eller nattevagt er i overensstemmelse med bestemmelserne i cirkulæret.

Det er hendes opfattelse, at ændringen af bestemmelsen om betaling af elever under skoleophold - 1993-overenskomstens § 36 - skyldtes, at teksten i 1991-overenskomsten, hvorefter der under skoleophold ikke skete regulering af lønnen, var i strid med, at de offentlige arbejdsgivere var blevet omfattet af loven om elevrefusion. Refusion efter loven var betinget af, at man udbetalte overenskomstmæssig løn under skoleophold.

Parterne var i 1998 - jf. referatet af mødet den 6. august 1998, hvor bl.a. Amtsrådsforeningen og Specialarbejderforbundet deltog - enige om, at fast påregnelige arbejdsbestemte tillæg indgår i betalingen under fravær på grund af ferie, sygdom, barsel, adoption, omsorgsdage og genindkaldelser. Dette er helt i overensstemmelse med Finansministeriets cirkulærer, som man ikke ville fravige. Parterne var således også enige om, at man ikke skulle udbetale tillæg ved kursusdeltagelse, herunder ved elevers skoleophold.

De øvrige regioner udbetaler heller ikke forskudttidstillæg til elever, når de er på skole i dagtimerne. Der er i øvrigt ikke mange elever, der arbejder på aften- eller nattehold i regionerne.

Eleverne kan ikke sammenlignes med serviceassistenter, idet serviceassistenter ikke får forskudt-tidstillæg, men i stedet får en samlet løn, der tager højde for arbejde uden for dagtimerne.

7. Parternes synspunkter

Klager har anført navnlig, at erhvervsuddannelseselever, som under deres praktikophold arbejder om aftenen, har fået aftentillæg på 27,57 kr. pr. time (31. marts 2018 niveau) efter § 14 i Arbejdstidsaftale om arbejde i forskudt tid, holddrift og rådighedsvagt i hjemmet siden 2014, hvor indklagede begyndte at indgå erhvervsuddannelsesaftaler med elever på Regionslageret. Dette er sket efter overenskomstens § 40, stk. 1, som har været uændret i 30 år, og 3F har gennem alle årene forstået bestemmelsen sådan, at elever under skoleophold skal aflønnes med samme tillæg for forskudt tid, som når de er i praktik.

Det fremgår af § 40, stk. 1, i 2021-overenskomsten, at elever "i skoleperioder får ... samme løn, som hvis pågældende havde været i praktik". Det fremgår således direkte og klart af ordlyden, at bestemmelsen indebærer, at eleverne skal have samme løn i "kroner og ører", som når de er i praktik, og der er dermed tale om et bredt lønbegreb i § 40. Det kan ikke skrives klarere, og det har også hidtil været indklagedes praksis. Der er ikke grundlag for nu at forstå bestemmelsen på en anden måde end hidtil.

Kendelsen i faglig voldgift 2020.147 af 13. september 2021 kan ikke føre til et andet resultat. Denne kendelse vedrører et helt andet overenskomstråde og andre overenskomstparter.

§ 40, stk. 1, i parternes overenskomst er en særlig regel - en *lex specialis* - der kun gælder for elever. Henvisninger til regler for andre ansatte, der har andre overenskomstbestemmelser, har derfor heller ikke betydning for sagens afgørelse. Heller ikke Finansministeriets cirkulærer kan føre til en anden forståelse af ordlyden. Cirkulærene gælder kun, hvor overenskomstens lønbegreb ikke er klart - og det er ikke tilfældet for § 40, stk. 1, hvor ordlyden er klar.

Der er herefter som følge af ordlyden af § 40, stk. 1, ikke den nødvendige hjemmel til, at indklagede ensidigt har valgt ikke at udbetale aftentillægget fra den 1. januar 2022.

Hvis ordlyden af § 40, stk. 1, ikke anses for tilstrækkelig klar, må bestemmelsen fortolkes i overensstemmelse med sit formål. Det fremgår klart af bestemmelsens forhistorie, at formålet er, at elever gennem hele deres elevtid konstant skal kunne regne med at få udbetalt samme løn. Det er en særlig regel for elever, som er fastsat, fordi elever har et andet og koncentreret ansættelsesforløb end andre ansatte. Det er i øvrigt et generelt princip, at lønudbetalinger skal være forudseelige og påregnelige.

Herudover indgår skoleophold som en del af elevernes ansættelse, og skoleophold er derfor for eleverne også lovligt forfald i relation til arbejdet på praktikpladsen.

Finansministeriets cirkulærer, hvorefter der ikke optjenes tillæg ved kursusdeltagelse, kan heller ikke føre til en ændret fortolkning af overenskomstens § 40, stk. 1. Overenskomstbestemmelsen har været gældende i adskillige år forud for cirkulærene og de domme, der førte til udsendelse af

cirkulæerne, og påvirkes ikke af disse. Eleverne kan således ikke herved fratages deres lønkrav i medfør af overenskomsten.

Hvis der måtte være tvivl om ordlyden af § 40, stk. 1, må dette i øvrigt komme indklagede til skade, idet det var indklagede, der oprindeligt i 1993 formulerede bestemmelsen, og som har ansvaret for en eventuel uklar formulering.

Endelig har overenskomstens § 40, stk. 1, i praksis siden 1993 været anvendt sådan, at elever har fået samme løn inklusive forskudttidstillæg under deres skoleophold, som de fik under praktik. Der har ikke tidligere været uenighed mellem parterne om denne anvendelse af bestemmelsen. Der er således en fast praksis mellem parterne, som ikke ensidigt kan ændres af indklagede.

Det er i den forbindelse ikke af betydning, at forskudttidstillæg for aftenarbejde og betaling af dette under skoleophold ikke er nævnt i elevernes ansættelseskontrakter. Det er overflødig at skrive denne rettighed, der følger af overenskomsten, ind i ansættelseskontrakten. Det er også uden betydning for afgørelsen af den foreliggende sag, at der muligt kan være en enkelt elev, der har spekuleret i at skifte til aftenophold forud for skoleperioder for at få udbetalt højere løn under skoleopholdet. Et sådant eventuelt problem må håndteres af arbejdsgiveren - eller tages op i forbindelse med overenskomstforhandlinger.

Sammenfattende skal der derfor både på grundlag af ordlyden af § 40, stk. 1, formålet med bestemmelsen og under hensyn til parternes praksis gennem mange år gives klager medhold i denne sag.

Indklagede har anført navnlig, at regionen retmæssigt har kunnet tjenesteplanlægge eleverne til at udføre dagtjeneste under deres skoleophold med den virkning, at der ikke skal betales tillæg for arbejde i forskudt tid.

Ordlyden af overenskomstens § 40, stk. 1, er klar, og må forstås således, at der skal udbetales løn til elever under skoleophold efter samme lønvilkår, som gælder, når de er i praktik. Der er derfor kun grundlag for at udbetale forskudttidstillæg, hvis skoleopholdet foregår i de tidsrum, der udløser sådant tillæg, dvs. i tidsrummet mellem kl. 17 og kl. 6. Der står ikke i § 40, stk. 1, at eleverne skal have udbetalt samme forskudttidstillæg under skoleophold i dagtimerne, som de ville få for at udføre aftenarbejde i praktik.

Klager har under forhandlingsmødet i februar 2022 anført, at der skal udbetales samme løn til elever under skoleophold, som hvis eleven var syg. Skoleophold kan imidlertid ikke sammenlignes med sygdom. Eleverne er ikke forhindret i at udføre deres arbejde som følge af lovligt forfald, men skal gennemgå en uddannelse, der er tilrettelagt således, at der skiftes mellem skoleundervisning og oplæring hos ansættelsesmyndigheden. Elevernes skoleforløb er obligatoriske og eleverne kan på portalen "lærepladsen.dk" se, hvornår deres tjeneste skal udføres som et skoleophold i dagtimerne. Ansættelsesmyndigheden skal planlægge elevernes arbejde til almindelige dagtjeneste i de obligatoriske skoleperioder, og skoleophold i dagtiden mellem kl. 6.00 og 17.00 skal derfor aflønnes som tjenesteplanlagt arbejde i dette tidsrum.

Det svarer til situationen i den faglige voldgiftssag FV 2020-417, hvor resultatet var, at sygeplejersker med aften- og natarbejde ikke havde krav på aften- og nattetillæg, når de var på kursus i dagtimerne.

Der er forskel på lovligt forfald og på skoleophold og kurser. Der er ved skoleophold ikke tale om "lovligt forfald" som f.eks. ved sygdom og barsel, hvor der er krav på det forskudttidstillæg, som ville være udbetalt, hvis der ikke var forfald.

Det følger også af Finansministeriets cirkulære fra 2011, hvorefter der ved omlægning af tjenesten, som skyldes kursusdeltagelse, hverken optjenes tillæg eller frihed, jf. cirkulærets bilag 1, pkt. t. Dette har stedse været retstilstanden, jf. også Finansministeriets cirkulære fra 2003, og der gælder samme regler for ansatte i regionerne, jf. Amdsrådsforeningens cirkulære fra juni 1977, der henviser til den dagældende vejledning fra Finansministeriet, og som blev udsendt i anledning af Højesterets dom i lise Both-sagen (U 1976.528H).

Heller ikke tilblivelsen af § 40, stk. 1, taler for klagers opfattelse af bestemmelsen. Bestemmelsen om aflønning af elever under skoleophold blev omformuleret i 1993. Det var nødvendigt, fordi de offentlige arbejdsgivere i 1993 blev omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion, jf. både brevet fra AA og ordet "derfor" i 1993-bestemmelsen. Ændringen var af teknisk karakter, og det må efter YY's forklaring lægges til grund, at formuleringen ikke gav anledning til nærmere forhandlinger om elevernes aflønning.

Sammenfattende taler således både ordlyden af overenskomstens § 40, stk. 1, og sammenhængen med de gennem tiden gældende regler om, at der ikke betales tillæg ved kursusdeltagelse, for, at der ikke er hjemmel for klagers krav om, eleverne skal have forskudttidstillæg under skoleophold, der ligger uden for de tidsrum (kl. 17.00- 6.00), som udløser tillæg. De har heller ingen gener af aftenarbejde, når de er på skole om dagen, og regionen kan i øvrigt ved skoleophold ændre deres tjeneste til dagtid.

Det kan ikke tillægges betydning, at Region Hovedstaden indtil 1. januar 2022 har udbetalt forskudttidstillæg til de fire elever, der var ansat på Regionslageret, og som er grunden til, at den foreliggende uoverensstemmelse er opstået. Regionens betaling af forskudttidstillæg til disse fire elever hviler ikke på et tilsagn fra regionen og er heller ikke udtryk for en kutyme, men en fejl fra regionens lønanvisning. Hvad der tidligere er udbetalt til de fire elever har heller ikke betydning for afgørelsen af den foreliggende sag, hvor klagers påstand er en generel påstand om forståelsen af § 40, stk. 1, og ikke blot angår de pågældende fire elever.

8. Opmandens begrundelse og resultat

Sagen angår, om elever under erhvervsuddannelse i Region Hovedstaden, som fast udfører aftenarbejde efter kl. 17 og modtager forskudttidstillæg herfor, også har krav på at få udbetalt tillæg for forskudt tid under skoleophold i dagtimerne mellem kl. 6 og kl. 17.

Indledningsvis bemærkes, at sagen er opstået som følge af, at Region Hovedstaden med virkning fra 1. januar 2022 ophørte med at udbetale forskudttidstillæg til fire elever, der under deres praktik arbejdede på aftenhold på Regionslageret, når eleverne var på skoleophold i dagtimerne

mellem kl. 6 og kl. 17. Klager har under sagens forberedelse ændret sin påstand, der oprindeligt var en påstand om efterbetaling af løn til de pågældende fire elever, og klager har endeligt nedlagt påstand om, at Region Hovedstaden skal anerkende, at § 40 i overenskomst for specialarbejdere m.fl. medfører, at erhvervsuddannelseselever, som fast under deres praktik er blevet aflønnet for at arbejde i forskudt tid, også skal aflønnes med forskudttidstillæg under skoleophold, der ligger i dagtiden mandag til fredag mellem kl. 6 og 17.

Sagen angår således den generelle forståelse af bestemmelsen i § 40, stk. 1, i parternes overenskomst - og ikke spørgsmålet, om de nævnte fire elever kan have krav på efterbetaling af løn f.eks. som følge af en eventuel mundtlig aftale i forbindelse med deres ansættelse.

Overenskomstens § 40, stk. 1, om aflønning i skoleperioder er affattet således:

"De offentlige arbejdsgivere er fra den 1. januar 1993 omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion, jf. Lov om AUB § 2.

I skoleperioder får eleven derfor samme løn, som hvis den pågældende havde været i praktik."

Efter ordlyden skal eleven i skoleperioder således have "samme samme løn, som hvis den pågældende havde været i praktik".

Ordlyden afgør imidlertid ikke, om eleverne under skoleophold i dagtimerne mellem kl. 6 og kl. 17 skal have forskudttidstillæg efter § 14, stk. 1, i parternes aftale fra 2021 om arbejde i forskudt tid. Efter denne aftale, skal der for arbejde i tidsrummet mellem kl. 17 og kl. 6 mandag- fredag ydes et forskudttidstillæg på 27,45 kr. pr. time i grundbeløb (marts 2018 niveau).

Ordlyden af § 40, stk. 1, kan således både forstås sådan, at der skal ydes løn efter samme bestemmelser som under praktik (dvs. uden forskudttidstillæg, hvis skoleopholdet ligger i dagtimerne), og sådan, at der under skoleophold i dagtimerne skal betales en løn svarende til den løn, som eleven aktuelt modtog i sin praktik forud for skoleopholdet (dvs. med forskudttidstillæg, hvis eleven i sin praktik aktuelt forud for skoleopholdet udførte aftenarbejde og modtog dette tillæg).

Det fremgår endvidere af ordlyden, at de offentlige arbejdsgivere fra 1. januar 1993 er omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion, og at eleven "derfor" i skoleperioder får samme løn, som hvis den pågældende havde været i praktik.

Ordlyden angiver således udtrykkeligt, at baggrunden for lønbestemmelsen i § 40, stk. 1, er, at amterne (nu regionerne) fra 1993 blev omfattet af Arbejdsgivernes Elevrefusion.

Det må endvidere efter det oplyste om tilblivelsen af bestemmelsen i § 40, stk. 1, der blev indsat som § 36, stk. 1, under overenskomstforhandlingerne i 1993, herunder brevet af 21. september 1993 fra AA, lægges til grund, at den ændrede formulering skyldtes, at det var en forudsætning for refusion fra Arbejdsgivernes Elevrefusion, at eleverne fik overenskomstmæssig løn under skoleophold.

Der er efter bevisførelsen ikke grundlag for at antage, at parterne i 1993 nærmere drøftede indholdet af den ændrede bestemmelse om aflønning af elever under skoleophold og herved forudsatte, at elever under skoleophold i dagtimerne skulle have tillæg for aften- og nattearbejde, hvis de havde fået det umiddelbart forud for skoleopholdet, jf. herved også YY's forklaring om disse overenskomstforhandlinger.

Ved ændringen i 1993 fulgte det forud af aftalen om aflønning af elever fra 1991 i overenskomst om løn- og ansættelsesvilkår for faglærte gartnere ansat ved amtskommuner, at elever under skoleophold skulle "betales den umiddelbart før skoleopholdets begyndelse oppebårne løn, idet de offentlige arbejdsgivere ikke bidrager til Arbejdsgivernes Elevrefusion", og at dette indebar, at der under skoleophold "ikke sker forhøjelse ved eventuelt overenskomstregulering og ej heller sker oprykning til højere procentsats", og hvor "de under skoleophold skete ændringer ved eventuel overenskomstregulering og/eller procentsats sættes i kraft fra den dato, eleven vender tilbage til arbejdspladsen".

Denne tidligere formulering fra 1991 gav således eleverne ret til den "umiddelbart før skoleopholdets begyndelse oppebårne løn". Det må imidlertid lægges til grund, at der på dette tidspunkt ikke i praksis blev ydet forskudttidstillæg til elever for aftenarbejde, idet overenskomsten fra 1991 kun omfattede gartnerelever, der ifølge forklaringen fra YY kun arbejdede i dagtimerne.

Heller ikke udvidelsen af overenskomsten, således at den fra 1993 omfattede løn- og ansættelsesvilkår for faglærte gartnere, brolægge, dyrebrugere og skovbrugere ansat i amter, og fra 1995 omfattede løn- og ansættelsesvilkår for specialarbejdere, faglærte gartnere, faglærte brolægge, faglærte struktører, faglærte murere og instruktører m.fl. ansat ved amter giver efter de foreliggende oplysninger grundlag for at antage, at det var forudsat mellem parterne, at overenskomstens bestemmelser om aflønning af elever under skoleophold skulle ske med forskudttidstillæg, selv om skoleopholdet foregik i dagtimerne.

Der foreligger heller ikke sådanne oplysninger om regionernes hidtidige anvendelse af bestemmelsen i § 40, stk. 1, at der er grundlag for at antage, at parterne i praksis har forstået bestemmelsen således, at elever skal have udbetalt forskudttidstillæg under skoleophold i dagtimerne. Det er alene oplyst, at Region Hovedstaden indtil 1. januar 2022 har ydet dette tillæg til de fire elever, der har givet anledning til den foreliggende sag, og efter forklaringen fra PP må det lægges til grund, at de øvrige regioner ikke har udbetalt forskudttidstillæg til elever, når de er på skole i dagtimerne.

Der er således hverken i tilblivelseshistorien for § 40, stk. 1, eller i parternes praksis støtte for klagers forståelse af bestemmelsen.

Der er heller ikke grundlag for at anse elevernes skoleophold for at være "lovligt forfald" i relation til arbejdet på praktikpladsen med den virkning, at der skal udbetales forskudttidstillæg for skoleophold i dagtimerne, således som det sker ved lovligt forfald i form af f.eks. sygdom og barsel. Eleverne må således anses for at være på arbejde under skoleopholdet, og dette kan ikke sidestilles med fravær.

Det bemærkes i den forbindelse også, at en ændring af elevernes arbejdstid fra arbejde på aftenhold med tjeneste efter kl. 17 til skoleophold i dagtimerne mellem kl. 6 og kl. 17 følger af elevernes ansættelsesvilkår, hvorefter det er obligatorisk, at de i stedet for at arbejde på praktikstedet i visse forud planlagte perioder deltager i undervisning på skoleophold. Det er således et led i elevernes uddannelsesforløb, at deres arbejdstid ændres under skoleophold.

Endelig bemærkes, at eleverne under skoleophold i dagtimerne ikke er udsat for den ulempe, der honoreres med forskudttidstillæg for aftenarbejde.

På den anførte baggrund findes der ikke grundlag for at forstå overenskomstens § 40, stk. 1, således, at elever, som fast udfører aftenarbejde efter kl. 17 og modtager forskudttidstillæg herfor, også under skoleophold i dagtimerne skal have udbetalt forskudttidstillæg for aftenarbejde.

Det tilføjes, at dette er i overensstemmelse med retningslinjerne i Finansministeriets cirkulære nr. 9600 af 6. december 2011 om beregning af løn under betalt fravær mv., der efter de foreliggende oplysninger følges i regionerne. Efter cirkulæret betales arbejdstidsbestemte tillæg, hvis sådanne tillæg er fast påregnelige for den pågældende medarbejder, og hvis fraværet skyldes f.eks. sygdom eller barsel, men ikke ved omlægninger af tjenesten, der skyldes kursusedtagelse, jf. cirkulærets bilag 1, litra t.

Der er herefter ikke grundlag for at tage klagers påstand til følge, og Region Hovedstaden frifindes.

Thi bestemmes:

Region Hovedstaden frifindes.

Hver af parterne afholder egne sagsomkostninger samt halvdelen af opmandens honorar.

København, den 18. december 2023



Hanne Schmidt