

OPM ANDSK ENDE LSE

af 11. januar 2008

i

faglig voldgiftssag:

FOA – Fag og Arbejde som mandatar for

(advokat Mette Østergaard)

mod

1. Kommunernes Landsforening

og

2. Gladsaxe Kommune

(advokat Jens Lund Mosbek for begge)

INDLEDNING

Sagen angår spørgsmålet, om [redacted], der den 10. februar 2003 blev ansat som time-lønnet pædagogmedhjælper i institutionen [redacted] i Gladsaxe Kommune, havde krav på med virkning fra den 12. marts 2003, dvs. en måned efter ansættelsen, at blive ansat som månedslønnet. Ansættelsen af [redacted] i skete som "tilkaldevikar", et begreb, der ikke forekommer i overenskomsten for pædagogmedhjælpere mellem på den ene side Kommunernes Landsforening (KL), Københavns Kommune og Frederiksberg Kommune og på den anden side Pædagogisk Medhjælperforbund. Overenskomsten indeholder kun to muligheder for ansættelse, nemlig timelønsansættelse og månedslønsansættelse. Der blev ikke udarbejdet ansættelsesbevis i forbindelse med ansættelsen.

Da uoverensstemmelsen mellem FOA for Pædagogisk Medhjælperforbund og KL for Gladsaxe Kommune ikke har kunnet løses ved forhandling, er den af FOA ved klageskrift af 1. maj 2006 blevet indbragt for denne faglige voldgiftsret, der har bestået af Asbjørn Andersen og Ettie Trier Petersen, udpeget af FOA, kontorchef Carsten Thystrup og kontorchef Kent Lassen, udpeget af KL, og – som opmand – højesteretsdommer Per Sørensen.

PÅSTANDE

Klager, FOA, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

KL og Gladsaxe Kommune skal anerkende, at kommunen skulle have givet [redacted] løn og øvrige ansættelsesvilkår som månedslønsansat med en beskæftigelsesgrad på 26½ timer, subsidiært et af voldgiftsretten fastsat mindre antal timer, pr. uge i perioden fra den 12. marts 2003 til den 5. maj 2004.

Påstand 2

Principal: Gladsaxe Kommune skal for perioden fra den 12. marts 2003 til den 5. maj 2004 betale differencen mellem den månedsløn, som [redacted] havde krav på som månedslønnet med en beskæftigelsesgrad på 26½ time pr. uge, herunder løn under sygdom og barsel,

og den løn, herunder syge- og barselsdagpenge, som [redacted] har fået udbetalt, i alt 45.850,22 kr., tillige med procesrente af de respektive månedlige differencer fra de respektive månedlige forfaldsdatoer, samt betale feriegodtgørelse på 5.731,28 kr. og ferietillæg på 1.146,26 kr. med procesrente fra den 1. maj 2006.

Subsidiært: Gladsaxe Kommune skal for perioden fra den 12. marts 2003 til den 5. maj 2004 betale differencen mellem den månedsløn, som [redacted] havde krav på som månedslønnet med en beskæftigelsesgrad på et af voldgiftsrettens fastsat mindre antal timer pr. uge, herunder løn under sygdom og barsel, og den løn, herunder syge- og barselsdagpenge, som hun har fået udbetalt, tillige med procesrente af de respektive månedlige differencebeløb fra de respektive månedlige forfaldsdatoer, samt betale feriegodtgørelse og ferietillæg af differencebeløbene med procesrente rente fra den 1. maj 2006.

De indklagede, KL og Gladsaxe kommune, har påstået frifindelse.

Over for FOA's påstand 1 har KL og kommunen endvidere nedlagt en subsidær påstand om, at [redacted] var berettiget til ansættelse som månedslønnet med en beskæftigelsesgrad på et efter voldgiftsrettens skøn fastsat mindre antal timer end 26½ time pr. uge i en efter voldgiftsrettens skøn fastsat periode, der er kortere end perioden fra den 12. marts 2003 til den 5. maj 2004.

Overfor FOA's påstand 2 har KL og kommunen subsidiært påstået betaling af et efter voldgiftsrettens skøn fastsat mindre beløb end påstået af FOA baseret på en kortere periode end fra den 12. marts 2003 til den 5. maj 2004.

Parterne er indforstået med, at denne kendelse ikke indeholder en fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringerne og parternes argumenter.

OVERENSKOMSTGRUNDLAGET

Overenskomsten for pædagogmedhjælpere

Overenskomstens § 2 indeholder bestemmelser om afgrænsningen mellem månedslønnede og timelønnede. Den lyder således:

"§ 2 – Afgrænsning – månedslønnede og timelønnede

Stk. 1

Pædagogmedhjælpere, som

har en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på mindst 8 timer om ugen og er ansat til mere end 1 måneds beskæftigelse, aflønnes med månedsløn, jf. kapitel 2.

Bemærkning:

Mere end 1 måneds beskæftigelse er fx ansættelse fra 1. november 2002 til og med 1. december 2002 eller ansættelse fra 16. januar 2003 til og med 16. februar 2003.

Stk. 2

Pædagogmedhjælpere, som har en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på under 8 timer, eller er ansat til højst 1 måneds beskæftigelse, aflønnes med timeløn, jf. kapitel 3.

Bemærkning:

Højst en måneds beskæftigelse er fx ansættelse fra 1. november 2002 til og med 30. november 2002 eller ansættelse fra 16. januar 2003 til og med 15. februar 2003.

Stk. 3

Den nævnte afgrænsning mellem månedslønnede og timelønnede er gældende fra 1. juni 2002, jf. Protokollat om generelle ansættelsesvilkår, Kapitel 4, pkt. 14 . Rammeaftale om tidsbegrænset ansættelse. Timegrænsen på 8 timer er gældende fra 1. april 2002, mens øvrige afgrænsninger indtil 31. maj 2002 følger 1999-overenskomstens bestemmelser."

Bestemmelsen i § 2 fik sin nuværende formulering som en konsekvens af implementeringen af direktivet om tidsbegrænset ansættelse ved "Rammeaftale om tidsbegrænset ansættelse pr. 1. juni 2002". Forud herfor var forskellen mellem månedslønnede og timelønnede pædagogmedhjælpere beskrevet således i overenskomsten (1999):

"Kapitel 2 Månedslønnede pædagogmedhjælpere

§ 2 Personafgrænsning

Stk. 1

Kapitlet omfatter ansatte, som

- 1) gennemsnitligt har en arbejdstid på mindst 12 timer om ugen (pr. 1. januar 2001 mindst 10 timer om ugen, jf. Rammeaftaler om deltidsarbejde) og
- 2) er ansat til 3 måneders beskæftigelse eller derover.

Bemærkning:

For månedslønnet personale, der ansættes efter denne overenskomst, finder ansættelse normalt sted uden tidsbegrænsning. Hvis der foreligger konkrete årsager, som kan konstateres før ansættelsen, kan tidsbegrænset ansættelse dog ske.

...

Kapitel 3 timelønnede pædagogmedhjælpere

§ 24 Løn m.v.

Stk. 1

Pædagogmedhjælpere, der gennemsnitligt er beskæftiget under 12 timer (pr. 1. januar 2001 under 10 timer, jf. Rammeaftaler om deltidsarbejde) om ugen samt pædagogmedhjælpere, der ikke antages med henblik på varig beskæftigelse, men som afløser under ferie, sygdom og lignende, eller til anden midlertidig beskæftigelse af under 3 måneders varighed, aflønnes med timeløn."

Opsigelse af månedslønnede er reguleret i overenskomstens § 15, der i stk. 1, 1. pkt., anfører, at funktionærlovens bestemmelser vedrørende opsigelse finder tilsvarende anvendelse. For de timelønnedes vedkommende findes opsigelsesbestemmelsen i overenskomstens § 20, der lyder således:

"§ 20 - Opsigelse

Stk. 1

Det gensidige opsigelsesvarsel er fra dag til dag.

Stk. 2

Ved sygdom betragtes timelønnede pædagogmedhjælperes ansættelsesforhold som ophævet.

Stk. 3

For timelønnede pædagogmedhjælpere, der er ansat til varig beskæftigelse, er det gensidige opsigelsesvarsel i de første 3 måneder 14 dage til en måneds udgang, herefter 1 måned til en måneds udgang."

Rammeaftalen

Rammeaftalen, som der er henvist til i overenskomstens § 2, stk. 3, er indgået mellem oprindeligt KL, Amtsrådsforeningen, Københavns Kommune og Frederiksberg Kommune og KTO. I Rammeaftalen, som er forsynet med KTO's kommentarer, hedder det bl.a.:

"§ 1 Formål

Stk. 1.

Formålet med nærværende Rammeaftale er

- a) at forbedre kvaliteten ved tidsbegrænset ansættelse gennem anvendelse af princippet om ikke-forskelsbehandling,
- b) at fastsætte rammer, der skal forhindre misbrug hidrørende fra flere på hinanden tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold.

...

§ 3 Definitioner

I denne Rammeaftale forstås ved

Stk. 1.

"En person med tidsbegrænset ansættelse":

En person som har en ansættelseskontrakt, der er indgået mellem den pågældende og en kommune/amt, eller som indgår i et ansættelsesforhold, etableret direkte mellem den pågældende og kommunen/amtet, når tidspunktet for ansættelseskontraktens eller ansættelsesforholdets udløb er fastlagt ud fra objektive kriterier, såsom en bestemt dato, fuldførelsen af en bestemt opgave eller indtrædelsen af en bestemt begivenhed."

I KTO's kommentarer til § 3, stk. 1, hedder det bl.a.:

"Efter dansk retspraksis skal det stå den ansatte klart inden tidspunktet for tiltrædelsen, at ansættelsen er tidsmæssigt begrænset. I modsat fald må ansættelsen anses for tidsubegrænset med den konsekvens, at et ansættelsesophør skal varsles efter overenskomstens/funktionærlovens bestemmelser. Der henvises i øvrigt til aftale om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for ansættelsesforholdet (ansættelsesbreve)."

Rammeaftalens § 5, stk. 1, lyder således:

"§ 5 Bestemmelser om misbrug

Stk. 1

For at forhindre misbrug hidrørende fra anvendelsen af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold, skal der ved indgåelse af sådanne aftaler inden for de enkelte sektorer og/eller blandt kategorier af arbejdstagere tages hensyn til, hvilke objektive omstændigheder, der kan begrunde en fornyelse af sådanne kontrakter og ansættelsesforhold."

I KTO's kommentarer til denne bestemmelse hedder det bl.a.:

"Praksis viser, at vurderingen af, om der foreligger adskilte ansættelsesforhold, eller om ansættelsesforholdene må betragtes som ét kontinuert forhold, beror på en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder, hvor der bl.a. lægges vægt på følgende forhold:

- Er der skabt en berettiget forventning hos den ansatte om fast ansættelse?
- Har arbejdsgiverens brug af tidsbegrænsede ansættelser været velbegrunderet?
- Antallet af forlængelser.
- Den samlede tidsmæssige udstrækning af tidsbegrænsede ansættelser.
- Vikarieres der for én eller flere forskellige personer?"

Om tilkaldevikarer, der som anført ikke er omtalt i overenskomsten, hedder det i § 5, stk. 4:

"Stk. 4.

En tilkaldevikar, der – i overensstemmelse med en aftale indgået mellem den pågældende og en kommune eller et amt – tilkaldes til at udføre opgaver ved pludseligt opståede behov er ikke omfattet af stk. 1-3."

I KTO's kommentarer til denne bestemmelse hedder det:

"Parterne har valgt ikke at indskrive en generel definition af en tilkaldevikar, da det findes mest hensigtsmæssigt at anvende allerede eksisterende definitioner, hvad enten de baseres på overenskomster eller praksis.

Det skal stå den ansatte klart ved tiltrædelsen, at den pågældende ansættes som tilkaldevikar, og at der er tale om "pludseligt opståede behov". Det anbefales derfor, at dette præciseres i ansættelsesbrevet, eventuelt med en henvisning til overenskomstens bestemmelser herom.

Bestemmelsen indebærer, at tilkaldevikarer kan have flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelseskontrakter eller ansættelsesforhold uden, at der foreligger misbrug.

Men en person, der er ansat som tilkaldevikar i mere end 1 måned er omfattet af § 4 om ikke-diskrimination og forholdsmæssige rettigheder, jf. i øvrigt § 4."

Rammeaftalen indeholder bl.a. et bilag (3), der angår de tidsbegrænsede ansættelser. I de indledende bemærkninger i bilaget hedder det bl.a.:

"Indledende bemærkninger

Efter drøftelse med KTO udsender de kommunale og amtslige arbejdsgiverparter hermed nedenstående administrationsgrundlag til rammeaftalen om tidsbegrænset ansættelse.

Rammeaftalen har to hovedformål: at undgå forskelsbehandling mellem fastansatte og midlertidigt ansatte og at forhindre misbrug i forbindelse med flere på hinanden følgende ansættelsesforhold."

Af de følgende bemærkninger fremgår, at tre-måneders grænsen (eller de i overenskomsten hidtil gældende timelønsgrænser) blev "ændret til én måned for på den måde at give personer, der ansættes tidsbegrænset i mere end en måned, samme rettigheder som fastansatte". I det følgende siges, at man eksempelvis ved stillingtagen til spørgsmål, der relaterer sig til månedsgrænsen, for eksempel hvornår vedkommende skal overgå til månedsløn, skal bruge den praksis, der fandtes i relation til de hidtil gældende timelønsgrænser.

I bilag 3 hedder det endvidere bl.a.:

"Krav om månedslønsansættelse med fast timetal?

Nogle organisationer er fremkommet med det synspunkt, at aftalen har som konsekvens, at såfremt en (tilkalde)vikar har haft 8 timer eller mere i gennemsnit om ugen i en måned, er vedkommende berettiget til at blive ansat som månedslønnet med det timetal vedkommende havde den måned, selv om der har været afbrydelser i ansættelsen.

Dette er efter KL's opfattelse ikke en korrekt forståelse af aftalen eller overenskomsternes time- og månedslønsafgrænsninger. For at blive omfattet af månedslønsbestemmelsen i overenskomsten, må der ikke være afbrydelser i ansættelsen.

Endvidere er det efter KL's opfattelse ikke korrekt, at der i forbindelse med overgang til månedsløn skal fastsættes et timetal, der modsvarer det timetal, man havde i timelønsperioden. Har man for eksempel ansat en vikar tidsbegrænset i tre måneder, har vedkommende ret til månedsløn, men dette giver ikke andre rettigheder end de, der er anført i overenskomsten.

...

"Tilkaldevikarer"

Tilkaldevikarer er ikke defineret i rammeaftalen. Den persongruppe, der imidlertid sigtes imod, er de medarbejdere, der ikke har et fast ansættelsesforhold, men tilkaldes ved pludseligt opståede behov, for eksempel i forbindelse med sygdom blandt det faste personale.

Tilkaldevikarer har ikke forud for tilkaldet nogen forpligtelse til at arbejde på bestemte tidspunkter. I forbindelse med tilkaldet indgås en konkret aftale om ansættelse. Tilkaldevikaren kan afvise at møde på det tidspunkt, arbejdsgiveren har behov for arbejdskraft.

Når tilkaldevikarer fratræder tjenesten efter afsluttet arbejde, afsluttes ansættelsesforholdet. Tilkaldevikarer vil således typisk ikke indtræde i et sammenhængende ansættelsesforløb. Derfor aflønnes tilkaldevikarer typisk ikke med månedsløn, men med timeløn. Tilkaldevi-

karer optjener imidlertid pensionsret efter aftalens § 6, ligesom der indbetales pensionsbidrag efter samme bestemmelse og bemærkningen hertil.

...

En vikar skal aflønnes med månedsløn, når der er tale om et sammenhængende ansættelsesforhold på mere end en måned med et gennemsnitligt timetal på 8 timer eller derover om ugen. Samme bestemmelser gælder for tilkaldevikarer.

Indtræder en tilkaldevikar undtagelsesvist i et sammenhængende ansættelsesforhold af mere end en måneds varighed (fx ved at overtage en fastansat medarbejders vagt), overføres den pågældende derfor til månedsløn. Er det således på forhånd givet, at ansættelsesforholdet varer mere end en måned, aflønnes vikaren med månedsløn fra ansættelsesforholdets påbegyndelse.

Er det (for eksempel i forbindelse med sygdom) ved ansættelsen usikkert, om et ansættelsesforhold varer mere end en måned, overføres vikaren til månedsløn efter en måneds forløb eller fra det tidligere tidspunkt, hvor man under overholdelse af en allerede indgået aftale om ansættelse kan se, at det sammenhængende ansættelsesforhold vil have en varighed af mere end én måned. Når det sammenhængende ansættelsesforhold er afsluttet, og pågældende er fratrukket, kan tilkaldevikaren igen aflønnes med timeløn.

...

Ansættelsesbreve til tilkaldevikarer

Tilkaldevikarer er som udgangspunkt ikke direkte omfattet af Aftale om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for ansættelsesforholdet, fordi betingelsen om, at det enkelte ansættelsesforhold varer en måned eller derover sjældent vil være opfyldt. Alligevel kan det anbefales, at der oprettes ansættelsesbreve for tilkaldevikarer i forbindelse med den generelle aftale, der indgås med den pågældende om, at den pågældende kan tilkaldes ved behov. Det angives i ansættelsesbrevet, at den pågældende medarbejder er tilkaldevikar og kan ansættes efter tilkald, samt at arbejdstiden aftales konkret i forbindelse med tilkaldet.

...

Beregning af timekrav på 8 timer ugentligt

Rammeaftalens § 4 undtager i bemærkningen tidsbegrænsede ansættelser til og med en måned. Rammeaftalen om deltidsarbejde stiller som krav, at der er tale om en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på 8 timer, før der opnås samme rettigheder som en fuldtidsansat. Personer med under 8 timer i gennemsnit om ugen behandles efter den praksis, der findes i overenskomsterne.

...

Generelt forbehold:

Selv om afbrydelse af et ansættelsesforhold som hovedregel indebærer, at de optjente rettigheder fortabes, kan domstole og voldgiftsretter i situationer, hvor en medarbejder over en længere periode har mange ansættelsesforhold, der indebærer, at vedkommende løbende er beskæftiget i mange timer, efter omstændighederne nå frem til, at ansættelsesforholdet har så fast en karakter, at omgåelseshensyn må føre til, at medarbejderen bevarer sine rettigheder."

KL's administrative information af 5. februar 1998 til kommunerne

Til belysning af praksis før ændringen af overenskomsten m.v. i 2002, jf. herved de indledende bemærkninger i Rammeaftalens bilag 3, har FOA henvist til Administrativ Information af 5. februar 1998 fra KL til kommunerne, hvori det bl.a. hedder:

"1. Midlertidig ansættelse

...

Viser det sig, at behovet for ansættelse strækker sig over 3 måneder, skal bestemmelsen om opsigelsesvarsler iagttages.

...

• Vikaransættelse

Givet er det, at der kan ske ansættelse tidsbegrænset, når der er tale om vikarsituationer, hvor stillingsindehaveren er fraværende fx på grund af barsel, sygdom, orlov.

Ligeledes er givet, at der kan ske forlængelse af et vikariat på grund af den oprindelige stillingsindehaver får forlænget sin orlov, sygemeldes o.lign.

I situationer, hvor den tidsbegrænsede ansættelse ønskes forlænget på grund af en anden medarbejder sygemeldes, får orlov o.lign. vil grundlaget for en forlængelse også være til stede.

Yderligere forlængelse må bero på en konkret vurdering, herunder om der er tale om evt. et forsøg på at omgå reglerne om opsigelsesvarsler, evt. i forhold til den pågældendes berettigede forventning om fortsat ansættelse o.lign.

Det kan anbefales, at der, såfremt anvendelsen af tidsbegrænsede ansættelser for den konkrete medarbejder strækker sig udover 2-3 gangen inklusiv forlængelser, tages kontakt til henholdsvis BUPL's eller PMF's lokalafdeling."

ANSÆTTELSESFORHOLD

blev som anført ansat som tilkaldevikar i institutionen i den 10. februar 2003. Omfanget af hendes arbejde fremgår af hendes arbejdssedler for perioden fra den 11. februar 2003 til udgangen af august 2003. Af s forklaring fremgår, at hun i slutningen af marts 2003 blev bekendt med, at hun var blevet gravid, og at hun bl.a. på grund af en problematisk graviditet ophørte med at arbejde de sidste par måneder af graviditeten, indtil hun fødte barnet den 19. november 2003. I maj 2004 flyttede hun til , hvor hendes mand havde fået et arbejde, og ved mail af 8. oktober 2004 meddelte hun , at hun ønskede at opgive sin stilling pr. 1. december 2004.

Af en opgørelse over [redacted] s arbejdstider, som parterne er enige om, fremgår, at hun i de fire første uger af ansættelsesperioden (ugerne 7-10), dvs. fra og med tirsdag den 11. februar til fredag den 7. marts 2003, arbejdede således:

- uge 7: 22 timer,
- uge 8: 8 timer (mandag den 17. februar), idet hun modtog sygeløn for 22½ time for dagene tirsdag den 18. til fredag den 21. februar,
- uge 9: 28 timer og
- uge 10: 23 timer

Gennemsnitligt arbejdede hun dermed i 20½ time pr. uge. Gennemsnittallet på 26½, der fremgår af FOA's påstand 1, inkluderer de timer, som [redacted] fik sygeløn for.

Af opgørelsen fremgår, at [redacted] ikke var på arbejde tirsdag den 25. februar (uge 9) og mandag den 3. marts (uge 10).

I de følgende uger frem til og med uge 30, der er den næstsidste uge i juli måned, arbejdede [redacted]

således:

- uge 11: 24 timer,
- uge 12: 23½ time,
- uge 13: 11½ time,
- uge 14: 20 timer (i denne uge modtog hun sygeløn for 4 timer),
- uge 15: 11 timer,
- uge 16: 0 timer (påskeugen),
- uge 17: (mandag den 21. april var 2. påskedag) 11½ time,
- uge 18: 23 timer,
- uge 19: 22½ time,
- uge 20: (fredag den 16. maj var St. Bededag) 24 timer,
- uge 21: 16 timer,
- uge 22: (torsdag den 29. maj var Kr. Himmelfartsdag efterfulgt af fredag den 30 maj) 8 timer,
- uge 23: (torsdag den 5. juni var Grundlovsdag) 15½ time,
- uge 24: (mandag den 9. juni var 2. Pinsedag) 11½ time,
- uge 25: 8 timer,
- uge 26: 11 timer,

uge 27: 36 timer,
uge 28: 19½ time,
uge 29: 24 timer og
uge 30: 14 timer.

Derpå holdt i tre ugers ferie, og efter tilbagekomsten arbejdede hun 12½ time i uge 34 og 29½ time i uge 35.

Af opgørelsen fremgår endvidere, at der i de enkelte uger var dage, hvoraf h ikke var på arbejde. Dette gælder mandag den 10. marts, tirsdag den 18. marts, mandag den 24. marts, tirsdag den 1. april (hvor hun var syg), torsdag den 10. og fredag den 11. april, de tre dage i påskeugen, torsdag den 24. april, tirsdag den 1. maj, mandag den 5. og tirsdag den 6. maj, torsdag den 22., fredag den 23., mandag den 26. og tirsdag den 27. maj, tirsdag den 3. og onsdag 4. juni, tirsdag den 10. juni, tirsdag den 17. – fredag den 20. juni, tirsdag den 24. – torsdag den 26. juni, fredag den 11. juli, torsdag den 24. og fredag den 25. juli samt mandag den 18., torsdag den 21. og fredag den 22. august.

Når de timer i uge 8 og uge 14, for hvilke modtog sygeløn, ikke medtages i beregningen af arbejdstiden, og når bortses fra de tre ugers sommerferie, arbejdede .

i gennemsnitligt ca. 20 timer om måneden, i de knap 7 måneder, der er gengivet ovenfor.

Det skal bemærkes, at oprindeligt blev ansat på institutionen som tilkaldsvikar, men at denne institution pr. 1. april 2003 blev lagt sammen med institution og i denne forbindelse skiftedes navnet til . Foruden var der tilknyttet to vikarer til , mens der efter den 1. april 2003 var tilknyttet i alt 6 vikarer til .

FORKLARINGER

Der er afgivet forklaring af t, Jakob Bang fra FOA, Mumme Ting fra FOA, Helle Basse fra KTO, Eva Bargholz, der var leder i , og Jens Finn Christensen, der er personalekonsulent i kommunens personaleafdeling. Som anført ovenfor er forklaringerne ikke gengivet i kendelsen.

PARTERNES ARGUMENTER

FOA har bl.a. gjort gældende, at overenskomstens § 2 efter sin ordlyd må forstås således, at vurderingen af, om en pædagogmedhjælper har arbejdet i de 8 timer, der er angivet i stk. 1, beror på, hvor mange timer den pågældende rent faktisk har arbejdet i gennemsnit, og at man ved denne vurdering må lægge vægt på det faktiske forløb og ikke på, hvad der kunne påregnes i forbindelse med ansættelsen. Det kan ikke af § 2 udledes, at fravær i enkelte dage eller perioder betyder, at der skal påbegyndes en ny periodeberegning, og i fortolkningen af § 2 må indgå, hvorledes man i funktionærloven har vurderet, hvornår de tidsmæssige betingelser for opnåelse af funktionærstatus er opfyldt.

Af overenskomsten og Rammeaftalen med bilag 3 kan udledes, at der skal ske ansættelse på månedsløn, enten når det på forhånd er klart, at ansættelsesforholdet vil strække sig ud over en måned med en gennemsnitlig ugentlig arbejdstid på mindst 8 timer, eller når det bliver klart, at ansættelsen rent faktisk kommer til at strække sig ud over en måned med en sådan gennemsnitlig tjenestetid. Allerede den dag, betingelsen om en gennemsnitlig arbejdstid på mindst 8 timer om ugen i løbet af en måned er opfyldt, har medhjælperen krav på at blive ansat på månedsløn.

KL's standpunkt om, at der ikke må være slip i ansættelsen i form af for eksempel en hverdag har i øvrigt ikke sammenhæng med minimumskravet på 8 timer i overenskomstens § 2. Konsekvensen af dette standpunkt vil i sidste ende være, at en ansat for at opnå en beskæftigelse på gennemsnitlig 8 timer om ugen skal være beskæftiget 1 time og 36 minutter hver af ugens hverdage, for at bestemmelsen finder anvendelse. En sådan fortolkning af bestemmelsen har aldrig været tilsigtet.

FOA har endvidere henvist til, at den anførte fortolkning af § 2 er helt i overensstemmelse med den praksis, der var gældende før ændringen i 2002. Heller ikke tidligere skulle der efter fravær på enkelte dage eller i enkelte perioder påbegyndes en ny periode ved beregningen af arbejdstiden i relation til overenskomsten, og det er uden betydning, at [redacted] har vikarieret i forskellige stillinger under ansættelsen.

KL har navnlig anført, at det af § 2 i overenskomsten følger, at [redacted] alene var berettiget til at overgå fra timeløn til månedsløn, såfremt hun var blevet ansat til mere end en

måneds beskæftigelse, hvilket ikke var tilfældet, idet hun alene var ansat i flere kortvarige forløb, alle af højst en uges varighed. Denne fortolkning af overenskomstens § 2 er i overensstemmelse med overenskomstens historik, jf. herved overenskomsten fra 1999, hvorved bemærkes, at der ikke ved ændringen i 2002 var tilsigtet nogen ændring i fortolkningen af afgrænsningen mellem månedslønnede og timelønnede i øvrigt. Fortolkningen støttes desuden af overenskomstens § 20, stk. 1, hvorefter timelønnede kan opsiges fra dag til dag, og af, at det i Rammeaftalen er forudsat, at tilkaldevikarer kan have flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelser.

KL har endvidere anført, at [redacted] i perioden fra den 11. februar til den 11. marts 2003 blev ansat i flere adskilte vikariater og herunder vikarierede for 7 forskellige medarbejdere, der var fraværende på grund af henholdsvis sygdom, ferie og deltagelse i kurser. De medarbejdere, hun vikarierede for, bestred vidt forskellige stillinger, og det er væsentligt, at der i hele perioden indgik dage mellem de adskilte vikariater, hvor hun slet ikke var på arbejde og dermed ikke var ansat.

Til støtte for de subsidiære påstande har KL bl.a. anført, at [redacted] vikariater også efter den 11. marts 2003 adskillige gange blev afbrudt af en eller flere dage, hvor hun ikke var på arbejde og dermed ikke var ansat. Hendes gennemsnitlige ugentlige arbejdstid i den samlede periode, hvor hun var tilknyttet institutionen som vikar, udgjorde ca. 17 timer. Hun er derfor ikke berettiget til månedsløn og de hertil knyttede rettigheder på det niveau, FOA gør gældende for hele perioden.

OPMANDENS BEGRUNDELSE OG KONKLUSION

Da der ikke blandt de af parterne udpegede medlemmer af voldgiftsretten har kunnet opnås flertal for en afgørelse, skal denne træffes af opmanden, der udtaler:

Begrebet "tilkaldevikar" indgår ikke i overenskomsten, men af Rammeaftalens § 5, stk. 4, fremgår, at en tilkaldevikar tilkaldes "til at udføre opgaver ved pludseligt opståede behov". Den nærmere fastlæggelse af, hvornår der er tale om en tilkaldevikar, beror på praksis. Af Rammeaftalens bilag 3 fremgår endvidere, at der, hvis en vikar skal aflønnes med månedsløn, ikke må være "afbrydelser i ansættelsen", og at der således skal være tale om et "sammenhængende ansættelsesforhold på mere end en måned med et gennemsnitligt timetal på 8 timer

eller derover om ugen". Er det på forhånd givet, at ansættelsesforholdet vil vare mere end en måned, skal vikaren aflønnes med månedsløn fra begyndelsen af ansættelsen.

Af ... ; og ... forklaringer fremgår, at ... blev ansat som vikar, uden at der blev aftalt eller sagt noget om det nærmere omfang af vikariatet eller dets varighed. Det er i Rammeaftalens bilag 3 anbefalet, at der oprettes ansættelsesbrev også for tilkaldte vikarer, men det skete ikke for ... ; vedkommende. Efter bevisførelsen må det lægges til grund, at ... i hele den periode, hun arbejdede i institutionen, var fast tilknyttet stedet som en af flere i en vikarstab, hvis arbejdskraft der løbende var behov for. I princippet kunne hun sige nej til at vikariere, men i hvert fald i et eller andet omfang figurerede hun på vagtplanen, som blev udleveret for 4 uger ad gangen, og i en periode på knap syv måneder vikarierede hun løbende for de fleste af de fastansatte. I denne periode arbejdede hun gennemsnitligt mere end halvdelen af ugens arbejdstimer, dvs. betydeligt mere end de 8 timer, der er angivet i overenskomstens § 2. Efter det oplyste blev der ikke over for hende tilkendegivet nogen tidsbegrænsning for hendes ansættelse, og grunden til, at hun holdt op med arbejde på institutionen, var da også, at hun var blevet gravid og skulle føde et par måneder efter ophøret.

Under disse omstændigheder finder jeg, at ... s ansættelsesforhold, uanset at der ind i mellem var dage, hvor hun ikke arbejdede som vikar, havde en sådan varighed og i det hele havde en sådan fast karakter – og også hos hende skabte en berettiget forventning herom – at hun havde krav på at blive aflønnet med månedsløn, jf. overenskomstens § 2, stk. 1.

På den anførte baggrund må der gives FOA medhold i, at ... i skulle have været ansat på månedsløn allerede fra den 12. marts 2003. Ud fra det faktiske antal arbejdede timer i løbet af den første måned, et timetal, der i øvrigt gennemsnitligt blev nogenlunde det samme i de resterende måneder af den tid, hun arbejdede, kan beskæftigelsesgraden passende fastsættes til 20 timer om ugen. Med denne ændring af beskæftigelsesgraden tages FOA's subsidiære påstand 1 til følge. Det bemærkes herved, at der ikke er grundlag for at fastsætte udløbet af perioden til et tidligere tidspunkt end den 15. maj 2004, da ... flyttede til ...

Herefter tages også FOA's subsidiære påstand 2 til følge, således at Gladsaxe Kommune skal efterbetale løn til ... som månedslønnet på grundlag af en beskæftigelsesgrad på 20 timer om ugen.

THI BESTEMMES:

Kommunernes Landsforening og Gladsaxe Kommune skal anerkende, at kommunen skulle have givet [] løn og øvrige ansættelsesvilkår som månedslønnet med en beskæftigelsesgrad på 20 timer pr. uge i perioden fra den 12. marts 2003 til den 5. maj 2004.

Gladsaxe Kommune skal for perioden fra den 12. marts 2003 til den 5. maj 2004 betale differencen mellem den månedsløn, som [] havde krav på som månedslønnet med en beskæftigelsesgrad på 20 timer pr. uge, herunder løn under sygdom og barsel, og den løn, herunder syge- og barselsdagpenge, som hun har fået udbetalt, tillige med procesrente af de respektive månedlige differencebeløb fra de respektive månedlige forfaldsdatoer, samt betale feriegodtgørelse og ferietillæg af differencebeløbene med procesrente fra den 1. maj 2006.

Hver part skal bære egne omkostninger og betale halvdelen af opmandens honorar og udgifter.

København den 11. januar 2008.



Per Sørensen