

KENDELSE

afsagt tirsdag den 6. april 2010

i faglig voldgiftssag, 2009.0222

Gymnasieskolernes Lærerforening
(advokat Karen-Margrethe Schebye)

mod

Personalestyrelsen
og
XXX Handelsskole
(Kammeradvokaten ved advokat Niels Banke for begge)

Twisten

Twisten vedrører spørgsmålet, om KM under sin ansættelse som vikar på XXX Handelsskole i 2009 i det meste udførte arbejde omfattet af overenskomst for akademikere i staten (AC-overenskomsten).

Påstande

Klager, Gymnasieskolernes Lærerforening, har over for indklagede XXX Handelsskole nedlagt påstand om, *principalt* at skolen skal anerkende, at KM for ansættelsesperioderne 1. marts til 30. juni og 10. august til 31. december 2009 skal ansættes i henhold til AC-overenskomsten for den del af arbejdstiden, der bestod af undervisning i HHX, *subsidiært* at skolen skal anerkende, at KM for ansættelsesperioden 10. august til 31. december 2009 skal ansættes i henhold til Finansministeriets timelønscirkulære af 17. januar 2001. Klager har påstået skolens betalingspåstande afvist.

Klager har over for indklagede Personalestyrelsen nedlagt påstand om, at styrelsen skal betale en bod på 50.000 kr. med procesrente fra sagens anlæg.

Indklagede XXX Handelsskole har over for klagers principale påstand påstået principalt frifindelse, subsidiært at KM skal betale 3.199,88 kr. Over for klagers subsidiære påstand har skolen påstået principalt afvisning, subsidiært frifindelse og mere subsidiært at KM skal betale 11.925,27 kr.

Indklagede Personalestyrelsen har påstået frifindelse.

Sagens behandling

Sagen blev behandlet mundtligt den 11. og 12. marts 2010 med højesteretsdommer Thomas Rørdam som opmand. Som sidedommere udpeget af klager fungerede Endre Szöcs og Tina Barming, og som sidedommere udpeget af indklagede fungerede Sofie Plesner og Sofie Nilsson.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaringer af KM, Morten Kornerup-Bang og Henning Borchert-Jørgensen.

Efter bevisførelse og procedure voterede rettens medlemmer. Der var enighed blandt dommerne om, at der i tilfælde af, at klagers principale påstand over for XXX Handelsskole ikke tages til følge, skal ske afvisning af klagers subsidiære påstand over for skolen, da fortolkning af Finansministeriets cirkulære af 17. januar 2001 om timelønnet undervisning m.v. (Finansministeriets timelønscirkulære), herunder afgrænsningen over for Undervisningsministeriets cirkulære af 30. juni 2000 om løn- og ansættelsesvilkår for timelærere ved erhvervsskoler (handelsskoler og tekniske skoler) (Undervisningsministeriets timelønscirkulære), ikke henhører under faglig voldgift. Der var endvidere enighed om, at der uanset sagens udfald i forholdet mellem klager og XXX Handelsskole ikke er tilstrækkeligt grundlag for at pålægge Personalestyrelsen bod under hensyn til den tvivl, som består om, efter hvilket regelsæt KM skulle ansættes. Der var derimod ikke blandt sidedommerne flertal for noget resultat vedrørende klagers principale påstand over for XXX Handelsskole. Afgørelsen herom træffes derfor af opmanden.

Overenskomstforhold

I Personalestyrelsens cirkulære af 1. oktober 2008 om overenskomst for akademikere i staten (AC-overenskomsten) hedder det bl.a.:

”§ 1. Overenskomstens område m.v.

Overenskomsten omfatter akademikere i staten med de uddannelser, der er nævnt i bilag A, og som ansættes i stillinger, der forudsætter anvendelse af en af de uddannelser, der er nævnt i dette bilag.

...

§ 16. Deltidsbeskæftigelse

Ved ansættelse på deltid med mindre end 15 arbejdstimer (løntimer) pr. uge indgås forud aftale mellem ansættelsesmyndigheden og organisationen.

...

Bilag 6. Oversigt over tillæg og særbestemmelser (Nyt og gammelt lønsystem)

...

Undervisningsministeriet

...

Institutioner for erhvervsrettet uddannelse (erhvervsskoler)

...

D 9. Ansættelse er betinget af, at arbejdet, som det fremgår af stillingsbeskrivelsen, forudsætter den pågældendes uddannelse, jf. overenskomstens § 1. Undervisningen skal derfor primært være placeret ved de erhvervsgymnasiale uddannelser, videregående uddannelser eller tilsvarende eller højere niveauer og kan kun i begrænset omfang være placeret ved erhvervsuddannelserne.

Ansatte i fuldtidsstillinger afskediges, hvis mindre end halvdelen af arbejdet er betinget af den pågældende uddannelse, og såfremt der ikke er mulighed for deltidsansættelse.

...”

Den 27. februar 2001 vedtog overenskomstparterne en fortolkningstekst vedrørende afgrænsning af AC-overenskomsten i forhold til Undervisningsministeriets timelønscirkulære og Finansministeriets timelønscirkulære. Det hedder heri bl.a.:

”...

I forbindelse med ændring af Undervisningsministeriets timelønscirkulære, hvor muligheden for at ansætte akademisk personale på timelønsvilkår ... er bortfaldet, har det været hensigten, at ansættelser i stedet skal ske efter AC-overenskomsten eller Finansministeriets timelønscirkulære.

Der er ikke med denne omlægning ændret ved, at det skal tilstræbes, at akademisk personale, der ansættes efter AC-overenskomsten, bør ansættes til arbejde, der er betinget af den pågældende akademiske uddannelse.

Dette fremgår klart af protokollat til AC-overenskomsten ...

Med Undervisningsministeriets timelønscirkulære er der ... ikke sket ændringer i, at ansættelsesgrundlaget og indplacering er afhængig af, hvor den væsentligste beskæftigelse er. Hovedreglen i forhold til AC-overenskomsten og UVMs timelønscirkulære er, at ansættelsesgrundlag og indplacering følger mestbeskæftigelsen.

Dvs.

- hvis en akademisk uddannet lærer væsentligst arbejder på gymnasialt niveau eller højere niveauer, ansættes efter AC-overenskomsten, jf. dog nedenfor om timegrænser.
- hvis en akademisk uddannet lærer væsentligst arbejder på erhvervsuddannelsen, og har et begrænset omfang af arbejde på gymnasialt niveau, sker ansættelse efter UVMs timelønscirkulære og med indplacering som for tjenestemandslignende ansatte lærere, jf. dog nedenfor hvor arbejdet betinget af en AC-uddannelse udgør over 780 timer årligt.

...

Udgør omfanget af arbejde betinget af akademisk uddannelse under 780 timer årligt, kan skolen enten vælge ansættelse efter henholdsvis Finansministeriets timelønscirkulære og Undervisningsministeriets timelønscirkulære, eller ansættelse efter AC-overenskomsten. Ved AC-overenskomstsansættelse forudsættes det, at over ½-delen af arbejdet er betinget af akademisk uddannelse samt at den samlede beskæftigelse udgør mere end gennemsnitlig 15 timer pr. uge.

...

Aflønning efter Finansministeriets timelønscirkulære kan ske for arbejde der forudsætter akademisk uddannelse og kun indtil 780 timer årligt.

...”

Sagsfremstilling

KM blev den 23. januar 2009 ansat som kvotalønnet timelærer på fuld tid på XXX Handelsskole. Ansættelsen skete på baggrund af et stillingsopslag, hvoraf det bl.a. fremgår, at skolen søgte ”en ny lærer til undervisning i tysk på Handelsgymnasiet (HHX) og Handelsskolens Grunduddannelse (HG) samt til faget personlig udvikling på HG”, at ”Stillingen er tidsbegrænset fra 1. marts 2009 til 31. december 2009 (barselsvikariat)” og at ”Løn- og ansættelsesvilkår sker efter gældende overenskomst mellem Finansministeriet og den pågældende organisation”.

Der blev udarbejdet to ansættelsesbreve af 23. januar 2009, ét for perioden fra den 1. marts til den 30. juni 2009 og ét for perioden fra den 10. august til den 31. december 2009. Det samlede timetal i perioderne var i ansættelsesbrevene opgjort til henholdsvis 610,92 timer og 763,65 timer. I begge ansættelsesbreve er det angivet, at ansættelsen skete i henhold til Undervisningsministeriets timelønscirkulære.

Forud herfor var der udarbejdet udkast af 21. januar 2009 til ansættelsesbrev dækkende hele perioden fra den 1. marts til den 31. december 2009. Der var endvidere udarbejdet to udkast af 23. januar 2009 dækkende henholdsvis perioden fra den 1. marts til den 30. juni 2009 og perioden fra den 10. august til den 31. december 2009.

Som anført i stillingsopslaget var der tale om et barselsvikariat. Det var oprindelig meningen, at den medarbejder, LO, som skulle have barselsorlov, skulle have orlov til udgangen af oktober 2009. I juni 2009 meddelte LO imidlertid, at hun ønskede at komme tilbage og arbejde på deltid med virkning fra starten af september 2009, således at hun afviklede den sidste del af barselsorloven som deltidsorlov.

I den første del af ansættelsen (den 1. marts til den 30. juni 2009) indtrådte KM bl.a. i det skema, som LO skulle have arbejdet efter. Der er ikke enighed mellem parterne om, hvordan undervisningen fordelte sig mellem arbejde på HHX niveau og andet arbejde, men det ligger under alle omstændigheder fast, at hovedparten af KM arbejde i forårssemesteret ikke blev udført på HHX niveau.

I løbet af foråret og forsommeren 2009 blev der udarbejdet forskellige udkast til time/-fagfordeling 2009/10 dækkende efterårssemesteret 2009 og forårssemesteret 2010 for alle skolens lærere, dvs.

herunder den anden del af KM ansættelse (den 10. august til den 31. december 2009). Det fremgår af udkastet benævnt "Ver. 13.0" af 4. juni 2009, at det var planen, at KM i efteråret 2009 skulle undervise i tysk på såvel HG niveau som HHX niveau. Der er ikke enighed mellem parterne om, hvordan undervisningen efter Ver. 13.0 fordelte sig mellem HG og HHX for KM vedkommende, men det ligger under alle omstændigheder fast, at hovedparten af arbejdet (timerne) skulle udføres på HHX niveau.

Den 12. juni 2009 skrev Gymnasieskolernes Lærerforening (GL) således til XXX Handelsskole:

"Du har i mail af 10. juni 2009 oplyst, at KM er omfattet af Undervisningsministeriets cirkulære af 30. juni 2000 om løn- og ansættelsesvilkår for timelærere ved erhvervsskolerne. Her i Gymnasieskolernes Lærerforening står vi noget uforstående over for den udmelding, da udgangspunktet er, at en cand. mag. med undervisning på HHX skal ansættes på akademiske vilkår og dermed vil være omfattet af personalestyrelsens cirkulære om timelønnet undervisning af 17. januar 2001."

Skolen svarede således samme dag:

"Da KM har hovedparten af sin undervisning på HG ... er hun ansat i henhold til Undervisningsministeriets cirkulære af 30. juni 2000 om løn- og ansættelsesvilkår for timelærere ved erhvervsskolerne. I forbindelse med KM ansættelse blev ansættelseskontrakten i øvrigt forelagt GL's lokale tillidsrepræsentant JK og HL's lokale tillidsrepræsentant CHN. Begge var enige i vilkårene for ansættelsen. Kontrakten blev også efterfølgende sendt til Handelsskolernes Lærerforening, som heller ikke havde nogen kommentarer."

GL skrev herefter den 15. juni 2009 således til skolen:

"GL fastholder, at KM som cand. mag. skal ansættes på akademiske vilkår for den del af undervisningen, som sker på HHX uanset, hvor stor en del af ansættelsen, der udføres her. Men jeg vil da i den forbindelse alligevel gerne stille spørgsmålstejn ved påstanden om, at KM har hovedparten af sin undervisning på HG. Således er mere end 80% af KM timer i efteråret placeret på HHX.
..."

GL meddelte den 16. juni 2009 skolen, at KM efter GL's opfattelse skulle ansættes efter AC-overenskomsten for så vidt angår den del af arbejdet, som var af akademisk karakter.

Efter LOs meddelelse om at vende tilbage til arbejdet på deltid med virkning fra starten af september 2009 blev det bestemt, at LO skulle undervise klasserne på HHX, mens KM skulle undervise på HG, og XXX Handelsskole udarbejdede i overensstemmelse hermed den 16. juni 2009 et nyt udkast til time/-fagfordeling 2009/10 benævnt "Ver. 14.0". Det fremgår af dette udkast, at LOs undervisning skulle starte den 7. september 2009.

KM gik på barsel den 11. september 2009 og nåede i den anden del af ansættelsesperioden således kun at arbejde ca. 1 måned på skolen. Hun arbejdede i den tid alene på HHX niveau i forbindelse med en introduktionsuge, der blev afholdt, inden LO vendte tilbage til arbejdet.

Ansættelsesbrevet for perioden fra den 1. marts til den 30. juni 2009 blev den 27. august 2009 ændret ved to nye ansættelsesbreve, hvorefter ansættelsen for perioden skete efter dels Finansministeriets timelønscirkulære dels Undervisningsministeriets timelønscirkulære. Af ansættelsesbrevet vedrørende ansættelsen efter Finansministeriets timelønscirkulære fremgår, at det samlede timetal i perioden – den 1. marts til den 30. juni 2009 – var 92,15 timer, heraf 64 undervisningstimer og 28,14 timer med rettelarbejde. Af ansættelsesbrevet vedrørende ansættelsen efter Undervisningsministeriets timelønscirkulære fremgår, at det samlede timetal i samme periode var 465,92.

Det er oplyst, at LO ikke var ansat i henhold til AC-overenskomsten, men i henhold til Finansministeriets cirkulære nr. 10097 af 19. december 2006 om aftaler om løn for lærere på tjenestemandslignende vilkår ved institutioner for erhvervsrettet uddannelse og kostafdelinger og cirkulære nr. 9987 af 3. november 2006 om aftale om arbejdstid for lærere ved institutioner for erhvervsrettet uddannelse.

Der er mellem parterne enighed om, at kun den del af KMs undervisning, der foregik på HHX niveau, var AC-arbejde.

Forklaringer

KM har forklaret, at hun er cand. mag. i tysk og dansk. Hun afsluttede sin uddannelse i februar 2009. Ansættelsen på XXX Handelsskole var hendes første ansættelse herefter.

Hun søgte stillingen som vikar i henhold til stillingsopslaget. Hun blev indkaldt til to ansættelsessamtaler, hvorunder hun fik udleveret skoleskema for forårssemesteret. Hun fik indtryk af, at det var LOs skema, hun skulle indtræde i. Størstedelen af undervisningen i foråret skulle efter skemaet foregå på HG niveau.

Hun fik tilsendt to aftaledokumenter vedrørende henholdsvis perioden fra den 1. marts til den 30. juni 2009 og den 10. august til den 31. december 2009. Hun undrede sig over opdelingen, men gjorde ikke noget ved det. Dokumenterne blev underskrevet den 23. januar 2009 under den sidste ansættelsessamtale.

Der blev ikke under ansættelsessamtalerne talt om undervisningen i efteråret 2009, men hun gik ud fra, at hun også i efteråret skulle undervise efter LOs skema. I april 2009 nævnte skolen muligheden af, at hun i efteråret skulle undervise to nye tyskklasser (HHX), og at det ville blive spændende for hende.

I april 2009 gav hun skolen besked om, at hun var gravid med forventet nedkomst i september.

I slutningen af maj modtog hun time/-fagfordeling 2009/10 benævnt Ver. 10.0. Efter dette udkast skulle hovedparten af hendes undervisning i efteråret være tysk på HHX niveau. Dette fremgår også af det senere udkast benævnt Ver. 13.0. Der var kun ét tyskhold på HG niveau i efteråret 2009.

Da hun senere så Ver. 14.0 blev hun klar over, at hun var taget af tyskundervisningen på HHX niveau og sat på undervisning på HG niveau i stedet. De timer, hun efter Ver. 13.0 skulle have undervist på HHX niveau, skulle efter Ver. 14.0 varetages af LO.

I tiden fra den 10. august til den 11. september 2009, hvor hun gik på barsel, underviste hun – inden LO kom tilbage den 7. september 2009 – på HHX niveau i en introduktionsuge, men herudover alene på HG.

Hun har oppebåret dagpenge i tiden mellem den 30. juni og den 10. august 2009.

MKB har forklaret, at han er uddannelseschef på XXX Handelsskole og har været det siden 1996. Han har det daglige ansvar for HG- og HHX-uddannelserne. Han var KMs foresatte og var med til at ansætte hende.

Det var tanken, at KM skulle indtræde i LOs skema for forårssemesteret 2009, hvilket blev omtalt under ansættelsessamtalerne med KM. Efterårssemesteret så noget broget ud, da en del læreres forhold ikke var afklaret. Han var ikke betænkelig ved at ansætte KM frem til den 31. december 2009, uanset at LOs barselsorlov efter planen kun skulle vare til slutningen af oktober, da der under alle omstændigheder kunne blive arbejde til hende på HG niveau. KMs undervisning i efterårssemesteret blev ikke drøftet under ansættelsessamtalerne.

I forårssemesteret var hovedparten af KMs undervisning på HG niveau. Måske 30% af undervisningen var på HHX niveau.

Der blev i løbet af foråret og forsommeren 2009 udarbejdet en række udkast til time/-fagfordeling 2009/10. Det er helt normalt, da der hele tiden sker ændringer i planerne. Udkastene udsendes til lærerne med henblik på kommentering. Først den 30. juni 2009 forelå den endelige version.

Den 12. juni 2009 ringede LO og meddelte, at hun ønskede at komme tilbage på deltid med virkning fra starten af september. Det var helt uproblematisk og inden for regelsættet at imødekomme dette ønske. LO ville gerne undervise sine tidligere tyskhold og starte de to nye tyskhold op (HHX hold). Aftalen blev, at LO skulle starte den 7. september. Hun fik ekstra timer for at kompensere for den sene start.

Der er ikke på skolen ansat lærere efter AC-overenskomsten, hvis ikke de underviser mindst 50% på HHX niveau.

HBJ har forklaret, at han er økonomichef på XXX Handelsskole, og at han har haft denne stilling siden den 1. oktober 2008. Hans arbejde består bl.a. i at udfærdige ansættelseskontrakter.

Han fik at vide, at det var besluttet at ansætte KM, og at ansættelsen skulle ske på fuld tid, selv om der ikke var timer hertil efter LOs skema. Der var imidlertid mulighed for at fylde op med kursusaktivitet – AMU, dvs. undervisning på HG niveau.

Han udarbejdede først udkast til én kontrakt dækkende hele perioden fra den 1. marts til den 31. december 2009. KM bad om, at kontrakten blev opdelt i to, så hun kunne få dagpenge i sommerperioden. Dette ønske imødekom han, da det ikke spillede nogen rolle for skolen.

Han var i kontakt med tillidsrepræsentanterne fra GL og HL for at sikre sig, at ansættelsen skete efter det korrekte regelsæt. Senere fandt man ud af, at ansættelsen for forårssemesteret til dels skulle ske efter Finansministeriets timelønscirkulære, og det blev derefter effektueret og efterregulering af løn blev foretaget.

Parternes argumenter

Klager, Gymnasieskolernes Lærerforening, har til støtte for den principale påstand over for XXX Handelsskole anført, at medarbejdere, der i den overvejende del af arbejdstiden underviser i fag, der forudsætter akademisk uddannelse, skal ansættes på deltid i henhold til AC-overenskomsten.

Det var ikke på KMs foranledning, at hendes vikariat blev opdelt i to perioder, og under alle omstændigheder skal perioderne vurderes som én samlet periode, når der skal tages stilling til, om AC-overenskomsten skal være gældende for ansættelsesforholdet. Når det tages i betragtning, hvilke timer KM skulle have haft inden LOs meddelelse om at vende tilbage før planlagt afslutning af barselsorloven, udgør undervisningen på HHX mere end 50% i den samlede ansættelsesperiode.

På den baggrund har KM krav på ansættelse på deltid i henhold til AC-overenskomsten, idet det ikke kan tillægges betydning, at skolen ændrede KMs undervisning for efteråret 2009 efter LOs meddelelse om at komme tilbage og undervise fra september, da dette blev arrangeret for at undgå, at KM blev omfattet af AC-overenskomsten, og i øvrigt efter, at KM havde meddelt, at hun skulle gå på barselsorlov i september.

Indklagede XXX Handelsskole har anført, at ansættelsen skete som to ansættelsesforhold på KMs foranledning.

Ved ansættelsen blev der ikke lovet timer på et bestemt niveau, og en vikaransat har ikke krav på at indtræde i det arbejde, som den person, der vikarieres for, skulle have udført. Arbejdsgiveren har ret til at lede og fordele arbejdet, og timefordelingen for efterårssemesteret blev lovligt varslet senest fire uger inden semesterstart, jf. cirkulære nr. 9851 af 3. december 2008. LO havde ret til at indtræde i sin tidligere stilling og var ikke bundet af den oprindelige tilkendegivelse om at holde barselsorlov til udgangen af oktober 2009, jf. herved også barselslovens § 15, stk. 4. Skolen har ikke opfordret LO til at vende tilbage før udgangen af oktober. Det var fuldt ud og alene LOs beslutning.

Der må lægges vægt på det arbejde, som rent faktisk blev udført af KM, og det er herefter klart, at hovedparten af arbejdet ikke blev udført på HHX niveau, hverken i forårssemesteret eller i efterårssemesteret 2009. Hun har derfor ikke krav på ansættelse efter AC-overenskomsten, som kun finder anvendelse, hvis mestbeskæftigelsen er af akademisk karakter (HHX). I øvrigt udgjorde hendes arbejde på HHX niveau mindre end 15 timer ugentligt.

Opmandens begrundelse og resultat

Det er mellem parterne omtvistet, om det var efter KMs ønske, at ansættelsen blev opdelt i to perioder som sket. Opmanden finder imidlertid, at ansættelsesperioderne under alle omstændigheder må vurderes under ét i relation til spørgsmålet om, hvorvidt ansættelsen burde være sket efter AC-overenskomsten.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at XXX Handelsskole hverken ved ansættelsen eller i tiden herefter lovede KM, at hun efter sommerferien skulle arbejde efter LOs skema. Det kan ikke føre til et andet resultat, at der i forsommeren 2009 blev udarbejdet udkast til time/-fagfordeling 2009/10, senest Ver. 13.0, hvorefter hovedparten af KMs undervisning i efteråret skulle foregå på HHX

niveau, da disse udkast ikke kan anses for bindende for skolen, som først udarbejdede den endelige fordeling den 30. juni 2009, og da den ændring, som Ver. 14.0 er udtryk for, var sagligt begrundet i LOs meddelelse om at vende tilbage til skolen pr. 7. september 2009.

I hvert fald på denne baggrund må der ved afgørelsen af, om KM skulle have været ansat efter AC-overenskomsten, lægges vægt på det faktisk udførte arbejde.

Selv om det efter bevisførelsen må lægges til grund, at KM formentlig har arbejdet noget mere på HHX niveau fra den 1. marts til den 30. juni 2009, end hvad der er angivet i ansættelsesbrevet af 27. august 2009 vedrørende ansættelsen efter Finansministeriets timelønscirkulære, må det under alle omstændigheder lægges til grund, at KM hverken i den første eller den anden del af ansættelsen – og dermed heller ikke under ansættelsen vurderet som én samlet periode – i det meste var beskæftiget med arbejde omfattet af AC-overenskomsten (HHX), idet mestbeskæftigelsen var arbejde på HG niveau og andet ikke akademisk arbejde.

Herefter tager opmanden indklagede XXX Handelsskoles frifindelsespåstand over for klagers principale påstand til følge. Klagers subsidiære påstand over for skolen afvises, og indklagede Personalestyrelsen frifindes for klagers påstand om betaling af bod.

THI BESTEMMES:

XXX Handelsskole frifindes for Gymnasieskolernes Lærerforenings principale påstand. Gymnasieskolernes subsidiære påstand over for XXX Handelsskole afvises.

Personalestyrelsen frifindes.

Hver part bærer sine omkostninger for voldgiftsretten. Gymnasieskolernes Lærerforening og XXX Handelsskole skal betale opmandens honorar med halvdelen hver.

Thomas Rørdam