

Kendelse

afsagt den 14. august 2024

i faglig voldgift 2023-1122

**Forhandlingsfællesskabet
(advokat Marc Malmbak Stounberg)**

mod

**Kommunernes Landsforening
for
Roskilde Kommune
(advokat Jørgen Vinding)**

1. Parternes uoverensstemmelse

Sagen angår, om **A**, der blev sygemeldt den 10. november 2022 under barselsorlov, har ret til løn under sin sygemelding.

2. Påstande

Klager, Forhandlingsfællesskabet, har nedlagt påstand om, at Roskilde Kommune skal anerkende, at **A** var berettiget til løn under sygdom fra den 11. november 2022 frem til raskmelding, subsidiært at Roskilde Kommune skal anerkende, at **A** var berettiget til løn under sygdom i en periode fastsat af voldgiftsretten.

Indklagede, Kommunernes Landsforening for Roskilde Kommune, har nedlagt påstand om frifindelse.

3. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen blev hovedforhandlet den 12. juni 2024 ved faglig voldgift. Som sidedommere udpeget af klager fungerede chefkonsulent Lene Maigaard og chefjurist Nanna Kolze, og som sidedommere udpeget af indklagede fungerede chefkonsulent Lars Ørskov Schmidt og specialkonsulent Niklas Jørgensen. Undertegnede højesteretsdommer Hanne Schmidt fungerede som opmand.

Der blev ikke afgivet forklaringer. Efter procedurerne voterede rettens medlemmer. Der kunne ikke blandt sidedommerne opnås flertal for noget resultat. Sagen blev herefter optaget til opmandens kendelse.

4. Sagsfremstilling

A blev den 1. december 2021 ansat på fuld tid som lærer på **X** i Roskilde Kommune. Af hendes ansættelsesbrev fremgår, at ansættelsesvilkårene følger Overenskomst for lærere m.fl. i folkeskolen og ved specialundervisning for voksne mellem LC og KL. Endvidere fremgår det bl.a. "Når du er syg får du løn".

A gik på graviditetsorlov den 14. april 2022 og fødte den 20. juni 2022. Hun varslede orlov frem til 27. marts 2023.

Den 10. november 2022 sygemeldte **A** sig og skrev til afdelingsleder **B** på **X**:

"Jeg er pr. d.d. blevet sygemeldt af min læge i foreløbigt en måned men med mulighed for forlængelse.
Er der mere jeg skal gøre i forbindelse med dette?"

Den 11. november 2022 skrev **A** til skoleleder **C**, **X**:

"Jeg er i går blevet sygemeldt af min læge i foreløbigt en måned men med mulighed for forlængelse.

Er der mere jeg skal gøre i forbindelse med dette?"

C svarede samme dag:

"Det er jeg ked af at høre ...
Er det i din barselsperiode du bliver sygemeldt?"

Hertil svarede **A** :

"Ja det er det. Vi er dog nået til den delte forældreorlov, så min mand overtager barslen for mig i den periode, jeg er sygemeldt.

B svarede den 14. november 2022:

"Vi skal bede om en kopi af din sygemelding (den fra lægen) ... - den skal sendes til sekretær **D** ."

Den 17. november 2022 sendte **A** til skolen en erklæring fra egen læge om, at hun var syg frem til den 19. december 2022.

Herefter havde **A** og **D** en mailveksling om bl.a. feriedage i forlængelse af barslen, hvorefter **D** bl.a. skrev:

"Mht. til din sygemelding – så har den ingen betydning for din barsel. Du er på barsel også selv om du er sygemeldt."

A modtog sædvanlig løn ved udgangen af november 2022.

Den 14. december 2022 skrev **B** til **A** i bl.a.:

"I forbindelse med din sygemelding/barsel har jeg brug for yderligere oplysninger. Jeg kan forstå på din kommunikation med skoleleder **C** , at din mand har barsel i stedet for dig.

Dette kræver, at du kan dokumentere, at du er for syg til at kunne varetage pasningen af dit barn.

Jeg har brug for, at du fremsender dokumentation for dette. Den fremsendte lægeerklæring er ikke tilstrækkelig."

Der var herefter drøftelser mellem **E** , Roskilde Lærerforening, og chefkonsulent **F** , Roskilde Kommune, om korrekt håndtering af sagen. **E** skrev i et notat om en telefonsamtale den 20. december 2022 med **F** bl.a.:

"**F** vil på baggrund af vores dialog om sagens forløb gerne "gå med til", at **A** kan afbryde sin barsel fra tidspunktet, hvor den oprindelige lægeerklæring er

fremsendt (d. 14.11), og måske endda fra d. 10.11, hvor **A** . sygemelder sig til

F påpeger med hjemmel i dom i Arbejdsretten, at **A** ikke har ret til løn under sygdom, men at hun kan få sygedagpenge i sygefraværperioden.

F og jeg bliver enige om, at vi sammen vil støtte **C** og **A** i at lave en aftale om aftalebaseret udskydelse af resten af **A** orlov til at kunne afvikles, når **A** er raskmeldt. Dette møde skal planlægges i begyndelsen af det nye år."

Senere samme dag sendte **A** en erklæring af 20. december 2022 fra egen læge, hvoraf fremgår:

"Ovennævnte sygemeldes fra den 10/11 2022 frem til 31/2023. ... Det vurderes, at patienten i perioden for sygemeldingen ikke kan varetage pasningen af sin datter."

Ved udgangen af december 2022 modtog **A** en lønseddel fra Roskilde Kommune, men hun modtog ingen lønudbetaling.

A blev i januar 2023 bevilget sygedagpenge for den 11. november 2022 til den 25. december 2022. Den 20. januar 2023 fremsendte Roskilde Kommune en høring til **A** om en påtænkt afgørelse om tilbagebetaling af løn fra den 11. november til 30. november 2022. Den 10. marts 2023 traf kommunen afgørelse om, at **A** havde fået udbetalt for meget løn, og at hun skulle tilbagebetale 9.874,23 kr. Det hedder i afgørelsen bl.a.:

"Du oplyser, at du har afbrudt din orlov for at vende tilbage til arbejdet og dermed har omvarslet din planlagte orlov, jf. § 12, stk. 6, samt at du har lægelig dokumentation for ikke at kunne passe dit barn.

Hertil skal vi bemærke, at en afbrydelse af orloven ikke er at betragte som en omvarsling af orlov, jf. aftale om fravær af familiemæssige årsager § 12, stk. 6.

At du er sygemeldt i perioden er uden betydning for din arbejdsgiver.

En sygemelding afbryder som udgangspunkt ikke igangværende orlov, hvilket din arbejdsgiver også oplyser, da du afleverer en alm. lægeerklæring,

Dokumentation for, at du ikke er i stand til at passe dit barn har vi bedt om efterfølgende efter vi er blevet bekendt med at du efter eget ønske og uden aftale med din arbejdsgiver har afbrudt din orlov. Dette for at vurdere om du har ret til at genindtræde i din barsel ved en raskmelding.

Da du har afbrudt din orlov for at være raskmeldt, er du ikke berettiget til at modtage fuld løn. Du skal i stedet søge sygedagpenge via Ydelsen i din bopælskommune. Vi bliver først bekendt med din afbrydelse af din orlov den 7. december 2022, da vi modtager høringssvar fra Udbetaling Danmark om stop af refusion pr. 11. november 2022. På det tidspunkt er din november løn allerede udbetalt, og du har derfor modtaget for meget i løn."

A sygemelding blev senere forlænget, og det er oplyst, at **A** fortsat var sygemeldt, da hun blev opsagt i november 2023 med fratræden ved udgangen af marts 2024. Endvidere er det oplyst, at **A** fik fuld løn fra et tidspunkt i foråret 2023.

5. Overenskomstgrundlag, barselsaftale og vejledning mv.

Af Overenskomst for lærere m.fl. i folkeskolen og ved specialundervisning for voksne mellem KL og Lærernes Centralorganisation (2021-2024) fremgår bl.a.:

”Kapitel 2. Månedslønnede

§ 9. Funktionærlov

For ansatte gælder vilkår svarende til funktionærlovens bestemmelser, medmindre der er aftalt afvigelser herfra ...

Bemærkning:

Ansatte, som ikke er omfattet af funktionærlovens ansættelsesområde, er tillagt funktionærstatus ved aftale. Bestemmelsen betyder eksempelvis, at alle månedslønnede har ret til løn under fravær på grund af sygdom (jf. funktionærlovens § 5) ...”

Der er mellem KL og Forhandlingsfællesskabet indgået en Aftale om fravær af familiemæssige årsager af 3. marts 2022. Der forelå forud herfor aftaler fra april 2005 og april 2008. Af aftalen af 3. marts 2022 fremgår bl.a.:

”Kapitel 1. Indledende bestemmelser

§ 1. Hvem er omfattet af aftalen

Stk. 1

Aftalen omfatter alle ansatte inden for Forhandlingsfællesskabets forhandlingsområde, som er ansat

1. i KL's forhandlingsområde

...

Stk. 2

Bestemmelserne i aftalens kapitel 2-7 omfatter kun ansatte, der har ret til fuld løn under sygdom.

...

§ 2. Løn

Stk. 1

Ved sædvanlig løn forstås i denne aftale en løn, der svarer til den løn, den ansatte har ret til under sygefravær ifølge aftale eller overenskomst.

Stk. 2

En arbejdsgiver har i de perioder, hvor der ydes sædvanlig løn, ret til de dagpenge, som den ansatte ellers ville have haft ret til fra kommunen, jf. barselsloven.

...

Kapitel 4. Barsels- og forældreorlov

§ 9. Barselorlov efter fødslen – fravær med løn indtil 14 uger efter fødslen

Stk. 1

Efter fødslen har moren ret til fravær fra arbejdet med sædvanlig løn i indtil 14 uger.

...

...

§ 10. Forældreorlov efter den 14. uge efter fødslen – fravær og løn

Stk. 1

Efter den 14. uge efter fødslen har den ansatte ret til fravær fra arbejdet i op til 32 uger.

Stk. 2

Den ansatte har ret til at vælge fravær efter stk. 1 i 40 eller 46 uger, jf. dog § 2, stk. 4. Deles fraværet mellem forældrene, skal det samlede fravær udgøre 40 uger eller 46 uger.

...

Stk. 5

Moren har ret til 6 ugers sædvanlig løn ved anvendelse af fraværsret efter § 10, stk. 1 og 2. ... Retten til sædvanlig løn bortfalder, hvis den reservede orlov med sædvanlig løn ikke anvendes eller udskydes efter § 11.

Herudover har en ansat ret til 6 ugers sædvanlig løn ved anvendelse af sin fraværsret efter § 10, stk. 1 og 2. ...

...

Stk. 6

...

Hvis moderen efter fødslen lider af en graviditetsbetinget sygdom, forlænges hendes fraværs- og dagpengeret samt retten til sædvanlig løn med hendes sygdomsperiode dog højst indtil udløbet af den 46. uge efter fødslen.

§ 12. Meddelelse om afholdelse af orlov i forbindelse med fødsel

Stk. 1

En mor, der anvender sin ret til fravær i indtil 14 uger efter fødslen, skal inden 8 uger efter fødslen underrette sin arbejdsgiver om, hvornår hun genoptager arbejdet.

...

Stk. 6

Den ansatte har ret til at ændre anvendelsen af fraværsretten, hvis nyt varsel afgives inden udløbet af fristen for varsel efter § 12, stk. 1-5. Herudover kan varslet ændres, hvis der indtræffer omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde varslet."

Parternes tidligere aftaler fra 2005 og 2008 om fravær af familiemæssige årsager indeholdt i henholdsvis § 13, stk. 7, og § 12, stk. 6, bestemmelser svarende til 2022-aftalens § 12, stk. 6.

Af KL's Vejledning om Aftale om fravær af familiemæssige årsager – Barselsorlov, omsorgsdage og andet fravær for ansatte i kommuner, der blev udsendt i 2008, fremgår bl.a.:

Forord

Aftalen om fravær af familiemæssige årsager blev ændret ved overenskomstfornyelsen i 2005 og 2008. ...

...

De fleksibilitetsmuligheder, der omtales i aftalen, er bl.a. muligheden for at

- udskyde orlov
- forlænge orlov
- ...
- holde drypvis barselsorlov

Selvom dette er en vejledning om aftalen om fravær af familiemæssige årsager, omtales en del andre forhold, som vedrører barsel og adoption, da aftalen i meget høj grad bygger på lovhjemlede rettigheder. En omtale af andre relevante forhold er derfor en væsentlig forudsætning for at forstå aftalen og anvende den i praksis.

...

Kapitel 1 Generelle principper

...

1.7. Andre generelle forhold

...

Sygdom under orlov

Sygdom hos en forælder der indtræffer under en allerede fastlagt eller påbegyndt fuld orlov med dagpenge, medfører som udgangspunkt ikke, at orloven kan suspenderes eller udsættes.

En sygdomsramt forælder har mulighed for at aftale med arbejdsgiveren, at en resterende orlovperiode udskydes. Dette følger af Den Sociale Ankestyrelses afgørelse af 24. oktober 2003 (SM-D-25-03). Afgørelsen ændrer den hidtidige praksis, hvorefter en forælder ikke kunne udskyde med henblik på at modtage sygedagpenge. De første 14 ugers orlov, som er reserveret til moderen, kan dog ikke udskydes.

I praksis betyder dette, at når orloven udskydes pga. af sygdom, sygemeldes vedkommende, og det er således arbejdsgiveren, der må afholde udgifter til løn under sygdom. Se også afsnit 3.1., 3.6. og 3.9.

...

Hvordan sygdom under orlov skal håndteres i henhold til aftalen, hænger også sammen med varslingsreglerne i aftalens § 12, stk. 6. Indtræder sygdommen inden 8 ugers fristen, har den sygdomsramte forælder mulighed for at udskyde orloven retsbaseret og genoptage arbejdet med den konsekvens, at den pågældende skal have løn under sygdom. Efter sygdomsperiodens udløb kan den pågældende afholde orloven, eller dagpengereetten kan benyttes af den anden forælder.

Indtræder sygdommen efter 8 ugersfristen er der i aftalens § 12, stk. 6, mulighed for, at varslet kan ændres, hvis der indtræffer omstændigheder (fx sygdom), som gør det urimeligt at opretholde varslet.

Efter KL's opfattelse vil sygdom, der medfører, at den ansatte på orlov ikke er i stand til at passe barnet, være en omstændighed, der giver den pågældende ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende får løn. Barselsorloven ændres til den ansatte bliver raskmeldt eller dagpengeretten kan benyttes af den anden forælder, der så passer barnet.

...

Kapitel 3 Orlov ved fødsel

...

3.1. Varsel

...

Ændring af varsel

Den ansatte har ret til at ændre anvendelsen af fraværsretten, hvis nyt varsel afgives inden udløbet af fristen for varsel efter § 12, stk. 1-5. Hvis der indtræffer særlige omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde det varslede fravær, kan orloven ændres, jf. § 12, stk. 6. Om der er tale om en særlig omstændighed må vurderes i hvert enkelt tilfælde. Af forarbejderne til barselsloven fremgår det, at der kan være tale om fx situationer, hvor barnet er dødfødt, eller hvor faderens eller moderens sygdom gør det nødvendigt at ændre tilrettelæggelsen af fraværet. Se også afsnit 1.6. [rettelig 1.7.] om sygdom under orlov."

KL's vejledning fra 2008 blev i 2021 afløst af en barselsvejledning udarbejdet af KL og Forhandlingsfællesskabet i fællesskab. Den ny vejledning indeholder på grund af parternes uenighed ikke en bestemmelse svarende til bestemmelsen i kapitel 1 under afsnit 1.7., hvorefter sygdom, der medfører, at den ansatte på orlov ikke er i stand til at passe barnet, efter KL's opfattelse vil være en omstændighed, der giver den pågældende ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende får løn.

Der er endvidere fremlagt en brevveksling mellem KL og Familiestyrelsen fra 2007. Af KL's brev af 9. februar 2007 til styrelsen fremgår bl.a.:

"KL får flere og flere forespørgsler i sager, hvor der er opstået sygdom under afholdelse af barselsorlov. KL har implementeret barselslovgivningen i den kommunale aftale om fravær af familiemæssige årsager, og fortolkningen af denne aftale afhænger dermed af fortolkningen af lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel. I forbindelse med en fortolkning af barselsloven er KL af den opfattelse, at der er en uoverensstemmelse mellem bestemmelserne om sygdom og varslingsreglerne, og KL skal på den baggrund anmode Familiestyrelsen om en udtalelse.

...

Efter KL's opfattelse er der ikke overensstemmelse mellem de ovenfor refererede fortolkningskilder, idet der i varslingsreglerne omtales en ret til at ændre på fraværsretten, mens der i relation til afsnittet om sygdom under orlov alene omtales en mulighed for at ændre på fraværsretten efter aftale med arbejdsgiveren. Derudover finder KL, at vejledningens ordlyd "helt særlige omstændigheder" er en skærpelse af

lovens ordlyd, idet der i § 17 alene tales om "omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde fraværsretten som varslet".

KL har i de konkrete forespørgsler fortolket på den måde, at sygdom som medførte, at den pågældende ikke kunne passe barnet gav den ansatte ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende fik løn, og at barselsorloven dermed kunne udskydes til den pågældende blev raskmeldt, eller dagpengeretten kunne bruges af den anden forælder. Der tænkes her på situationer, der ligger udover den periode, der er omtalt i barselslovens § 7, stk. 2.

KL skal derfor anmode Familiestyrelsen om en stillingtagen til de omstændigheder, som kan medføre ret til at ændre på barselsorloven, således at der også gives vejledning i relation til andre forhold end sygdom. Det kunne f.eks. være et samlivsophør ...

KL har i efteråret 2006 drøftet problemstillingen med Personalestyrelsen, som var enige i, at Familiestyrelsen skulle have forelagt problemstillingen med henblik på afgivelse af en udtalelse.

Da KL som nævnt får forelagt en del sager med den aktuelle problemstilling, imøde-ser KL en fastlæggelse af retsstillingen fra Familiestyrelsen."

Af Familiestyrelsens brev af 27. februar 2007 til KL fremgår bl.a.:

"Om bestemmelsen i barselslovens § 17, stk. 1, 2. punktum, skal Familiestyrelsen bemærke, at denne bestemmelse alene omhandler en ret til at ændre på anvendelsen af fraværsretten. Bestemmelsen er efter Familiestyrelsens opfattelse en force majeure bestemmelse, hvor der i det enkelte tilfælde må foretages en konkret vurdering af, om bestemmelsen kan anvendes, og om hvordan anvendelse af fraværsretten i givet fald kan ændres.

....

Ad barselslovens § 17

...

Hverken ministeren eller Familiestyrelsen har hjemmel til at udstede nærmere regler om anvendelse af barselslovens § 17 eller kompetence til at træffe afgørelse om lønmodtageres ret til fravær. ...

...

Familiestyrelsen har ikke ved udformning af den nye vejledning fundet, at den havde grundlag for en uddybning af, i hvilke tilfælde barselslovens § 17 kan anvendes ud over, hvad der er anført i lovforslagets bemærkninger og nævnt i Arbejdsdirektoratets vejledning. ...

KL oplyser, at den ved konkrete forespørgsler har fortolket på den måde, at sygdom som medførte, at den pågældende ikke kunne passe barnet, gav den ansatte ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende fik løn, og at barselsorloven dermed kunne udskydes eller at barselsdagpengeretten kunne anvendes af den anden forælder.

Familiestyrelsen tager til efterretning, at KL har fortolket det således, at barselslovens § 17 har kunnet anvendes i sådanne situationer.”

6. Barselsloven

Lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel indeholder i § 17 efter indsættelse i 2022 af et 3. og 4. pkt. bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 17. Lønmodtageren har ret til at ændre anvendelsen af fraværsretten, hvis nyt varsel afgives inden udløbet af fristen efter § 15, stk. 1-5, og § 16. Lønmodtageren har ret til at ændre anvendelsen af fraværsretten, hvis der indtræder omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde fraværsretten som varslet. En lønmodtager, der efter 2. pkt. ændrer anvendelsen af fraværsretten efter §§ 9 og 10, anses efter denne lov for at have genoptaget arbejdet med den konsekvens, at lønmodtageren har ret til at afholde den resterende del af fraværsretten på et senere tidspunkt. ...”

Af lovforslaget, hvorved bestemmelserne i § 17, 3. og 4. pkt., blev indsat, fremgår bl.a. (FT 2021-22, lovforslag nr. L 104, bemærkningerne til § 1, nr. 31):

”Forslaget indebærer, at en lønmodtager, der gør brug af sin ret til at ændre varslet orlov, fordi den pågældende sygemelder sig, som udgangspunkt vil have ret til sygedagpenge efter reglerne herom i sygedagpengeloven.

Forslaget regulerer derimod ikke øvrige ansættelsesretlige forhold i forbindelse med, at fraværsretten afbrydes.

Forslaget har derfor ikke til hensigt at regulere spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsgiver er forpligtet til at lade lønmodtageren genindtræde i stillingen under sygemeldingen. Forslaget har heller ikke til hensigt at regulere spørgsmålet om, hvorvidt en lønmodtager i denne situation har ret til løn.

Her vil de almindelige ansættelsesretlige principper, funktionærlovens bestemmelser og/eller overenskomstfastsatte regler fortsat finde anvendelse.”

7. Parternes synspunkter

Klager har anført navnlig, at  har krav på løn efter sin sygemelding i november 2022 i overensstemmelse med bestemmelserne i KL's barselsvejledning fra 2008.

Det følger af vejledningen fra 2008, at sygdom, der medfører, at den ansatte på orlov ikke er i stand til at passe barnet, efter KL's opfattelse vil være en omstændighed, der giver den pågældende ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende får løn.

KL's barselsvejledning fra 2008 knytter sig til parternes kollektive barselsaftale, der har været gældende i mange år. Der har endvidere i hvert fald siden 2008 været enighed mellem parterne om, at den kollektive barselsaftale og bestemmelsen i aftalens § 12, stk. 6, 2. pkt., om retten til at ændre fraværsretten må forstås på den måde, som er angivet i vejledningen fra 2008. Denne forståelse har været fulgt af kommunerne og har dannet en fast praksis, som parterne har anset sig for

at være forpligtet af og fortsat må være forpligtet af. Det må endvidere lægges til grund, at Udbetaling Danmark har udbetalt dagpengerefusion i disse tilfælde.

KL's henvendelse til Familiestyrelsen i 2007 angår spørgsmålet om karakteren af omstændigheder, der giver ret til at afbryde en orlov, jf. barselslovens § 17 om "omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde fraværsretten som varslet". KL oplyste i henvendelsen, at KL ved konkrete forespørgsler havde fortolket bestemmelsen på den måde, at sygdom, som medførte, at den pågældende ikke kunne passe barnet, gav den ansatte ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende fik løn. I svaret tog Familiestyrelsen KL's fortolkning til efterretning. Hverken KL's henvendelse til Familiestyrelsen eller styrelsens svar kan således tages til indtægt for KL's ny opfattelse af spørgsmålet om ret til løn under sygdom.

Hertil kommer, at Arbejdsrettens dom i AR 2007.507 og afgørelsen fra 2014 i FV2013.202, som KL påberåber sig, angår andre situationer end den foreliggende. Begge afgørelser angik tilfælde, hvor de ansatte havde en mere begrænset ret til løn under sygdom, end hvad der gælder for ansatte på læreroverenskomsten, og der forelå ikke en fast praksis, som der gør mellem parterne om forståelsen af overenskomstgrundlaget i den foreliggende sag. I øvrigt har KL har på trods af afgørelserne, der stammer fra 2007 og 2014, opretholdt sin opfattelse i vejledningen fra 2008 frem til parternes drøftelser i 2021.

KL har endvidere selv affattet 2008-vejledningen, men har ikke fundet grundlag for at ændre vejledningens bestemmelser om løn på grundlag af afgørelserne fra 2007 og 2014 før under parternes drøftelser om en ny vejledning i 2021.

KL er derfor afskåret fra ensidigt at ændre parternes faste praksis og langvarige fælles forståelse af barselsaftalen.

Der er etableret en arbejdsretlig kutyme, som er bindende for KL og Roskilde Kommune, og hvorefter sygdom, der medfører, at den ansatte på orlov ikke er i stand til at passe barnet, er en omstændighed, som giver den ansatte ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende får løn.

Indklagede har anført bl.a., at KL's vejledning fra 2008 vedrørende spørgsmålet om løn ved afbrydelse af barselsorlov er en ensidigt udarbejdet vejledning, som bygger på en fortolkning af barselslovens regler om ret til genindtræden i stillingen ved alvorlig sygdom. KL's fortolkning som angivet i vejledningen er imidlertid en misforståelse af reglerne og kan derfor ikke binde hverken KL eller kommunerne. En vejledning er ikke en forpligtelse for den, der udsteder vejledningen, og en ensidigt udarbejdet vejledning kan ikke anses for en aftale.

Vejledningens indhold har heller ikke været drøftet i Kommunernes Lønningsnævn, der skal godkende bestemmelser om løn- og ansættelsesforhold for kommunalt personale. Vejledningen giver derfor ikke hjemmel for, at kommunerne skal udbetale løn i en situation som den foreliggende. Det må herved også tages i betragtning, at vejledningen omfatter et meget stort antal medarbejdere på det kommunale område, og at en retstilstand som hævdet af klager derfor har vidtrækkende konsekvenser.

Hertil kommer, at en retstilstand som angivet i 2008-vejledningen ikke følger af hverken barselsloven eller funktionærloven.

Barselslovens § 17, 2. pkt., regulerer ikke, hvad der gælder med hensyn til betaling af løn. Det følger ikke af bestemmelsen, at der er pligt til at udbetale løn i en situation som den foreliggende, og det var parternes hensigt, at deres aftale skulle følge eller "skygge" rettighederne efter barselslovgivningen og ikke gå videre. I øvrigt forudsætter anvendelse af fraværsretten efter § 17, 2. pkt., at der indgås en aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren om, at den ansatte kan genindtræde i ansættelsesforholdet med ret til fuld løn under sygdom.

I øvrigt er retstilstanden således, at en medarbejder, der er på barselsorlov, forlader tjenesten for en periode med den konsekvens, at en række af de normale rettigheder og pligter ikke længere gør sig gældende. Dette følger også af Arbejdsrettens dom i AR 2007.507 og afgørelsen i FV2013.202, der vedrører situationer, der er parallelle til den foreliggende sag. I begge de nævnte afgørelser blev det lagt til grund, at anvendelse af overenskomstbestemmelser om fuld løn under sygdom forudsætter, at sygdommen opstår i en normalsituation, hvor den ansatte rent faktisk er i arbejde og herunder bliver syg.

Der er heller ikke tale om, at der er en fælles forståelse mellem parterne eller en kutyme. I øvrigt har klager først i replikken anført, at der skulle være tale om en kutyme. Det har ikke været nævnt under parternes forhandlingsmøder eller i Forhandlingsfællesskabets klageskrift.

Parternes aftale om fravær af familiemæssige årsager og bestemmelsen i aftalens § 12, stk. 6, om-taler ikke spørgsmålet om løn i en situation, hvor fraværsretten under barselsorlov afbrydes på grund af sygdom. Aftalen regulerer således ikke betaling af løn i et tilfælde som det foreliggende.

Vejledningen fra 2008 er som nævnt ikke udtryk for en aftale. Den udtrykker kun KL's opfattelse, og KL må kunne justere vejledningen, når KL har taget fejl i sin forståelse af reglerne på området. Heller ikke KL's brevveksling med Familiestyrelsen i 2007 indebærer, at der mellem parterne er opstået en fælles forståelse eller kutyme.

En parts egen fortolkning af en overenskomstbestemmelse er ikke en kutyme, og dette gælder naturligvis også, når denne fortolkning beror på en fejl.

8. Opmandens resultat og begrundelse

A var ansat som lærer ved **X**. Hun gik på barselsorlov den 14. april 2022 og fødte den 20. juni 2022. **A** sygemeldte sig den 10. november 2022. Af en lægeerklæring af 20. december 2022 fremgår det, at hun var sygemeldt fra den 10. november 2022 frem til den 31. januar 2023, og at hun i perioden for sygemeldingen ikke kan varetage pasningen af sin datter. Det er oplyst, at **A** også herefter var sygemeldt, at hun blev opsagt i november 2023, og at hun fratrådte sin stilling ved udgangen af marts 2024.

Sagen angår, om **A** har ret til sædvanlig løn fra den 11. november 2022 under sin sygemelding.

A ansættelse var omfattet af Overenskomst for lærere m.fl. i folkeskolen og ved specialundervisning for voksne mellem KL og Lærernes Centralorganisation, og hun havde efter overenskomstens § 9 ansættelsesvilkår svarende til funktionærlovens bestemmelser og herunder ret til løn under fravær på grund af sygdom, jf. funktionærlovens § 5.

I øvrigt gjaldt for hendes ansættelse Aftale om fravær af familiemæssige årsager, der er indgået mellem Kommunernes Landsforening og Forhandlingsfællesskabet.

I aftalen af 3. marts 2022 om fravær af familiemæssige årsager er der i § 12, stk. 6, 1. pkt., fastsat en bestemmelse om, at den ansattes varsling af arbejdsgiveren om bl.a. fraværets begyndelse og længden af fraværet kan ændres inden for fristerne for varsling i § 12, stk. 1-5. Herudover kan varslet ændres, hvis der indtræffer omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde varslet, jf. § 12, stk. 6, 2. pkt. Parternes tidligere aftaler fra 2005 og 2008 om fravær af familiemæssige årsager indeholdt tilsvarende bestemmelser i henholdsvis § 13, stk. 7, og § 12, stk. 6.

Bestemmelsen i § 12, stk. 6, 2. pkt., er beskrevet i KL's Vejledning om Aftale om fravær af familiemæssige årsager fra 2008 i kapitel 1, Generelle principper, afsnit 1.7. under overskriften "Sygdom under orlov". Det fremgår heraf, at hvis sygdommen indtræder inden 8 ugers fristen for varsling af arbejdsgiveren, har den sygdomsramte forælder mulighed for at udskyde orloven retsbaseret og genoptage arbejdet med den konsekvens, at den pågældende skal have løn under sygdom. Indtræder sygdommen efter 8 ugers fristen, er der i aftalens § 12, stk. 6, mulighed for at varslet kan ændres, hvis der indtræffer omstændigheder (fx sygdom), som gør det urimeligt at opretholde varslet. Endvidere fremgår det af vejledningen, at "efter KL's opfattelse vil sygdom, der medfører, at den ansatte på orlov ikke er i stand til at passe barnet, være en omstændighed, der giver pågældende ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende får løn".

Vejledningen fra 2008 er afløst af en vejledning fra 2021 udarbejdet i fællesskab af KL og Forhandlingsfællesskabet. 2021-vejledningen omtaler på grund af parternes uenighed herom ikke en ret til løn i den nævnte situation, idet det er KL's opfattelse, at det følger bl.a. af Arbejdsrettens dom i AR 2007.507 og afgørelsen i FV2013.202, at der ikke er ret til løn i et tilfælde som det foreliggende, mens Forhandlingsfællesskabet har fastholdt den forståelse om ret til løn, der fremgår af 2008-vejledningen.

Det må lægges til grund, at Roskilde Kommune accepterede, at **A** havde ret til at sygemelde sig fra den 10. november 2022, selv om sygdom under barsel som udgangspunkt ikke medfører, at orloven kan suspenderes eller udsættes, og at kommunen herunder accepterede, at **A** sygemelding – jf. lægeerklæringen af 20. december 2022 – skyldtes sygdom, der medførte, at hun ikke var i stand til at passe sit barn.

A havde i denne situation ifølge KL's vejledning fra 2008 ret til løn under sygemeldingen.

Denne beskrivelse i 2008-vejledningen af en ret til løn var ikke en del af parternes barselsaftale, og vejledningen er udarbejdet af KL alene, dvs. uden forhandling med arbeidstagersiden. Det er

endvidere oplyst, at vejledningen ikke har været drøftet i Kommunernes Lønningsnævn. Vejledningen er således ikke blevet som en aftale mellem parterne.

Imidlertid må 2008-vejledningens beskrivelse af retten til løn under en sygemelding som den foreliggende anses for fulgt af KL og af kommunerne frem til 2021, idet der ikke foreligger oplysninger om en anden praksis. Det må efter KL's oplysninger i KL's brev af 9. februar 2007 til Familiestyrelsen også anses for at have været praksis forud for udsendelsen af vejledningen i 2008, at sygdom, som medførte, at ansatte på barselsorlov ikke kunne passe barnet, gav den ansatte ret til at sygemelde sig med den følge, at den pågældende fik løn. I dette brev blev det i øvrigt oplyst, at KL fik forelagt en del sager med denne problemstilling.

Der må herefter lægges til grund, at der foreligger en praksis, som er fulgt og accepteret af KL og af kommunerne i mere end 12 år, og at denne praksis – som først har givet anledning til drøftelser i 2021 – også har givet arbejdstagersiden grundlag for at gå ud fra, at arbejdsgiversiden anså sig for at være forpligtet til at betale løn i den nævnte situation. Denne langvarige praksis må herefter anses for at være blevet en del af parternes aftale om ansatte på barsel.

Det kan på grund af denne langvarige praksis ikke føre til en anden vurdering, at det ved affattelse af barselsaftalen forud for 2008 kan have været hensigten, at bestemmelsen i parternes barselsaftale § 12, stk. 6, 2. pkt., blot skulle svare til bestemmelsen i barselslovens § 17, 2. pkt., hvorefter en lønmodtager har ret til at ændre fraværsretten, hvis der indtræder omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde fraværsretten som varslet. Det bemærkes herved også, at barselslovens § 17, 2. pkt., ifølge forarbejderne til ændringen i 2022 af barselslovens § 17 ikke regulerer spørgsmålet om, hvorvidt en lønmodtager i denne situation har ret til løn, idet almindelige ansættelsesretlige principper, bestemmelser i funktionærloven og/eller overenskomstfastsatte regler her finder anvendelse. Lovens bestemmelser indebærer således ikke, at der ikke kan ydes løn som beskrevet i KL's vejledning.

Heller ikke Arbejdsrettens dom i AR 2007.507 og afgørelsen i FV2013.202 kan føre til et andet resultat. Disse afgørelser angår andre overenskomstråder, hvor der ikke var en praksis som i den foreliggende sag. Endvidere har disse afgørelser efter det oplyste heller ikke givet KL anledning til drøftelser mellem parterne om ændring af 2008-vejledningen før 2021 – dvs. mange år efter afgørelserne.

På den anførte baggrund findes **A** at have ret til løn under sin sygemelding fra den 11. november 2022 og i den periode herefter, hvor sygdommen indebar, at hun ikke var i stand til at passe sit barn, jf. klagers subsidære påstand.

Thi bestemmes

Roskilde Kommune skal anerkende, at **A** var berettiget til løn under sygdom fra den 11. november 2022 og i den periode herefter, hvor sygdommen indebar, at hun ikke var i stand til at passe sit barn.

Hver part afholder egne sagsomkostninger samt halvdelen af opmandens honorar.

København, den 14. august 2024

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hanne Schmidt', written in a cursive style.

Hanne Schmidt