

Kendelse

i

faglig voldgift FV 2021-573

FOA

for

A

(advokat Berit Lassen)

mod

Dansk Erhverv

for

LOBPA

(jurist Michaela Strand)

Afsagt den 30. marts 2022

1. Tvisten

Sagen angår fortolkning af overenskomsten for handicaphjælpere mellem Dansk Erhverv og FOA i forhold til spørgsmål om beregning af anciennitet for A, da hun blev opsagt fra sin stilling som handicaphjælper.

Parternes tvist angår to hovedspørgsmål:

1. Beregning af anciennitet fra ansættelsens begyndelse:

Om A i perioden fra sin ansættelse som afløser den 12. juli 2018 (eller eventuelt den 21. juni 2018) frem til den 20. august 2018, hvor hun blev fastansat som handicaphjælper, var omfattet af overenskomstens almindelige bestemmelser eller af protokollat 4 om afløser, og om anciennitet fra denne periode skal indgå ved beregningen af hendes anciennitet og krav på opsigelsesvarsel, jf. overenskomsten § 16.

2. Beregning af opsigelsesvarsel på opsigelsestidspunktet:

Om As opsigelsesperiode, dvs. fra opsigelsen den 6. august 2019 til ansættelsens ophør den 24. august 2019 = 18 dage, også skal indgå ved beregningen af ancienniteten og kravet på opsigelsesvarsel, jf. princippet i funktionærlovens § 2, stk. 5.

2. Påstande mv.

Klager, FOA for A, har påstået, at indklagede, LOBPA, skal tilpligtes at betale 23.767,39 kr. til A med tillæg af procesrente fra sagens anlæg den 22. april 2021.

Indklagede, Dansk Erhverv for LOBPA, har påstået frifindelse.

Der er enighed om den beløbsmæssige opgørelse af klagers betalingskrav.

3. Sagens behandling

Sagen blev forhandlet for en faglig voldgiftsret den 9. marts 2022 med undertegnede, fhv. præsident for Sø- og Handelsretten Lotte Wetterling, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: advokat Anders Bang Mønster Hansen og advokat Jakob Bang, begge FOA, samt chefkonsulent og advokat (L) Lisbeth Walthersdorf Katafai og advokat Mette Nøhr Belling, begge Dansk Erhverv Arbejdsgiver.

Under forhandlingen blev der afgivet forklaring af klager A samt juridisk direktør Finn Kemp fra LOBPA og advokat og chefkonsulent Mumme Thing fra FOA.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden.

Parterne var enige om, at afgørelsen kan træffes ved kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringer og procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

4. Overenskomsten for handicaphjælpere mellem Dansk Erhverv og FOA

Den gældende overenskomst mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver (herefter DEA) og FOA er: "Landsoverenskomst - 2020/2023 - BPA-handicaphjælper-overenskomst".

Overenskomstens §§ 1 og 2 om område og ansættelsesforhold har følgende ordlyd:

”§ 1. OVERENSKOMSTENS OMRÅDE

Overenskomsten omfatter handicaphjælpere, der ansættes til at udføre borgerstyret personlig assistance [Tilhørende note 1: Jf. lov om social service § 95 og § 96] for virksomheder, der er medlemmer af Dansk Erhverv Arbejdsgiver.

Når virksomheden er omfattet af landsoverenskomst for handicaphjælp og borgers eget hjem (minus BPA) mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og FOA, dækker nærværende overenskomst ikke handicaphjælpere, der udfører handicaphjælp uden for BPA-området i mere end 50% af arbejdstiden.

I nærværende overenskomst anvendes virksomhed som fællesbetegnelse for en virksomhed og en privat forening.

§ 2. ANSÆTTELSESFORHOLD

STK. 1

Ansættelse finder sted på timeløn.

STK. 2

Der udstedes ansættelsesbevis i henhold til den til enhver tid gældende lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet.

Eventuelle uoverensstemmelser om oplysningspligt og ansættelsesbeviser behandles efter de fagretlige regler, der gælder mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og FOA.

Såfremt ansættelsesbeviset ikke er udleveret til handicaphjælperen i overensstemmelse med de gældende tidsfrister, eller ansættelsesbeviset er mangelfuldt, kan bod/godtgørelse ikke pålægges en virksomhed, der senest 15 dage efter, at handicaphjælperen eller dennes organisation har rejst krav om udlevering af korrekt ansættelsesbevis, efterkommer kravet, medmindre der foreligger systematisk brud på nærværende paragraf.

STK. 3

Handicaphjælperen er tilknyttet en eller flere borgere, og tjenestestedet er enten borgerens bopæl eller det sted, hvor borgeren i øvrigt opholder sig.”

Opsigelse er reguleret i overenskomstens § 16. Heraf fremgår bl.a., at opsigelse kan ske med et varsel fastsat i forhold til handicaphjælperens anciennitet. Af relevans for denne sag kan fremhæves, at Virksomhedens opsigelsesvarsel er 18 dage ved 6 til 12 måneders anciennitet og 60 dage ved mere end 12 måneders anciennitet.

Overenskomsten indeholder bl.a. et protokollat nr. 4 om afløsere, som har følgende ordlyd:

”PROTOKOLLAT 4 – AFLØSERE

Afløsere kan uanset timetal ansættes til afløsning uden at være i fast beskæftigelse hos én borger.

Ansættelsen som afløser sker fra gang til gang uden gensidigt opsigelsesvarsel, og parterne er enige om, at afløsning ikke udløser akuttillæg i henhold til overenskomstens § 5, stk. 6.

Parterne forudsætter, ansættelse af afløsere sker i begrænset omfang og ikke træder i stedet for ordinær ansættelse.”

Opmandens bemærkninger og afgørelse

Det kan lægges til grund, at A blev fastansat som handicaphjælper for den handicappede borger JS med virkning fra den 20. august 2018, jf. ansættelsesbevis udarbejdet af foreningen LOBPA som arbejdsgiver den 30. august 2018. Af ansættelsesbeviset fremgår bl.a., at ansættelsen var tidsubegrænset og med en gennemsnitlig arbejdstid pr. uge på 25 timer, der fortrinsvis skulle placeres i dagtimerne og aften-/nattimerne. I indledningen til ansættelsesbeviset er det desuden oplyst, at ansættelsen i øvrigt følger overenskomsten for handicaphjælpere mellem DEA (Dansk Erhverv Arbejdsgiver) og FOA/3F.

I ansættelsesbeviset punkt 4 om 'Tiltrædelse' er som ansættelsens start anført '20.08.2018'. Der er ikke anført noget i den efterfølgende rubrik med tilhørende tekst "Ansættelsen sker som forlængelse af tidligere ansættelsesforhold med anciennitetsdato regnet fra denne dato".

Det kan også lægges til grund, at As ansættelsesforhold blev opsagt ved brev af 6. august 2019 fra LOBPA på vegne af JS, og at opsigelsen skete med et varsel på 18 dage, således at As sidste arbejdsdag var den 24. august 2019.

De anførte fakta er ubestridte. Som beskrevet ovenfor angår tvisten i sagen derimod, om A på grund af en samlet anciennitet på mere end 12 måneder havde ret til et opsigelsesvarsel på 60 dage og ikke kun 18 dage som beregnet af LOBPA.

FOA har således anført, at der til As anciennitet skal medregnes dels en forudgående periode, hvor hun var ansat som handicaphjælper-afløser hos den samme handicappede borger (JS), før hun blev fastansat, og dels de 18 dage i opsigelsesperioden, dvs. perioden fra opsigelsen den 6. august 2019 til ansættelsens ophør den 24. august 2019.

DEA har bestridt dette og har anført, at As konkrete ansættelsesforhold og parternes overenskomst i øvrigt ikke giver grundlag for at beregne en højere anciennitet.

Spørgsmålet om beregning af anciennitet fra ansættelsens begyndelse

Det kan lægges til grund, at A umiddelbart forud for sin fastansættelse som handicaphjælper for borgeren JS havde været ansat som handicaphjælper-afløser hos samme JS, og at aftalen om ansættelsen som afløser blev indgået ved en personlig samtale mellem A og JS i JS' hjem, hvor A også bistod JS med at udfylde det 'oplysningsskema' om ansættelsen som afløser, der er fremlagt i sagen.

Ifølge oplysningsskemaet skete ansættelsen som afløser med virkning fra den 12. juli 2018. Under sagen har A dog anført, at hun i realiteten startede som afløser allerede den 21. juni 2018, da det senere blev aftalt, at hendes første vagt var denne dato.

Det fremlagte oplysningsskema er et standardskema udarbejdet af LOBPA bestående af to sider med en række rubrikker om oplysninger, som skal udfyldes af handicaphjælperen og den handicappede borger (betegnet arbejdslederen), som herefter skal sende det udfyldte skema til LOBPA. I en fortrykt tekst nederst på side 2 fremgår det med fremhævede typer, at handicaphjælperen er omfattet af overenskomsten for handicaphjælpere indgået mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver (DEA), FOA og 3F, og der er oplyst en web-adresse, hvor man kan finde overenskomsten.

På oplysningsskemaet side 1 skal angives navn og adresse og en række andre oplysninger for handicaphjælperen samt navn og adresse på borgeren (arbejdslederen). Der skal desuden oplyses om dato for ansættelsen og foretages afkrydsning i rubrikker om ansættelsesform og arbejdstid og andre vilkår. Der er endvidere en række fortrykte tekster med information til handicaphjælperen om bl.a. personfølsomme oplysninger og tavshedspligt m.v.

Af særlig betydning for tvisten i denne sag kan fremhæves den fortrykte tekst vedrørende placering af arbejdstid, der har følgende ordlyd: ” Det tilstræbes, at handicaphjælperen er bekendt med arbejdstidens placering mindst 3 uger forud. Dog fordres der stor fleksibilitet ved afløsning i forbindelse med ferier og sygdom samt arbejdslederens møde-, kursus- og anden aktivitet. *Bemærk, at som afløser er man ansat fra dag til dag.*”

A har forklaret, at hun læste oplysningsskemaet og drøftede indholdet med JS, og at hun selv udfyldte og foretog afkrydsninger i skemaet, fordi JS på grund af sit handicap (lammelse) ikke var i stand til dette. A bekræftede samtidig, at hun selv har sat X i rubrikken 'Stillingen er ikke tidsbegrænset' og rubrikken 'Afløser' som sin ansættelsesform. Om placering af arbejdstid satte hun X i rubrikken 'Dagtimerne'.

A har endvidere forklaret, at hun blev ansat som afløser, fordi to af JS' faste handicaphjælpere var langtidssyge. JS havde ikke på dette tidspunkt mulighed for at ansætte hende som fast handicaphjælper, men de håbede begge på, at det blev muligt senere, da JS også selv ønskede kontinuitet i sit team af handicaphjælpere. A har videre forklaret, at hun lige var ankommet til Danmark efter at have boet i USA i nogle år, og da ansættelsen desuden skete midt i sommerperioden, passede det hende godt at have den fleksibilitet i arbejdstider, som var knyttet til at starte som afløser i stedet for fastansat.

Efter As egen forklaring samt indholdet af de fremlagte sms-beskeder mellem A og JS om planlægning af arbejdstider og vagter m.v. kan det lægges til grund, at A i perioden som afløser og frem til fastansættelsen den 20. august 2018 havde et varierende antal vagter, hvoraf de fleste blev planlagt med kort varsel. I nogle tilfælde afslog A også selv de vagter, JS tilbød.

Det kan tillige lægges til grund, at der opstod mulighed for fast ansættelse hos JS allerede omkring den 1. august 2018, hvor en af JS' faste handicaphjælpere stoppede, og at det blev aftalt, at A fik fastansættelse med virkning fra den 20. august 2018, hvorefter hun indgik i den faste vagtplan hos JS med de aftalte faste 25 timer pr. uge.

Det kan således lægges til grund, at A selv har været med til at aftale og skriftligt bekræfte, at hendes ansættelse som handicaphjælper for JS startede som afløser, hvor hun løbende ville få tilbudt et på forhånd ukendt antal vagter, ofte med kort varsel, som hun frit kunne vælge at acceptere eller afslå. Det må også lægges til grund, at hun i forhold til planlægning

af arbejdstid og antal faktiske vagter reelt fungerede som afløser i perioden frem til den 20. august 2018, hvor hun blev fastansat som handicaphjælper hos JS.

Spørgsmålet er herefter om As ansættelse som afløser er omfattet af overenskomstens særlige protokollat 4 om afløsere, eller om hun allerede fra ansættelsen som afløser opnåede ret til anciennitet i henhold til overenskomstens § 16, jf. § 2, stk. 1.

Juridisk direktør Finn Kemp, LOBPA, og advokat og chefkonsulent Mumme Thing, FOA, har under forhandlingen forklaret modstridende om indholdet af overenskomstparternes forhandlinger om protokollat 4 i sin tid og især om fortolkningen af de enkelte bestemmelser i protokollatet og baggrunden for, at parterne besluttede at aftale et protokollat om afløsere.

FOA har navnlig anført, at det var forudsat, at protokollatet kun skulle omfatte de afløsere, som blev ansat i et kommende nyt centralt styret korps af afløsere, som kunne fungere som afløsere hos flere borgere. LOBPA (og DEA) har bestridt dette og har navnlig anført, at der fortsat ikke findes et centralt styret korps af afløsere, og at protokollatet omfatter alle de handicaphjælpere, der ansættes som 'afløsere', uanset om det er hos en eller flere borgere.

I forhold til indholdet af protokollat 4 og parternes overenskomst i øvrigt kan det lægges til grund, at overenskomsten ikke indeholder andre bestemmelser om ansættelse som afløser end protokollat 4, og at bestemmelserne i protokollat 4 er kortfattede og bredt formuleret. Protokollat 4 regulerer f.eks. ikke spørgsmål om optjening af anciennitet ved ansættelse som afløser eller overførsel af anciennitet fra tiden som afløser til eventuelt senere fastansættelse. Overenskomstens § 16 om opsigelse og varsler indeholder heller ikke bestemmelser herom.

I forhold til As konkrete ansættelse kan det som anført desuden lægges til grund, at det anvendte standardansættelsesbevis for handicaphjælpere fra LOBPA indeholder en særskilt rubrik i punkt 4 om 'Tiltrædelse', hvor det kan anføres, om ansættelsen sker som forlængelse af tidligere ansættelsesforhold med anciennitetsdato regnet fra denne dato, og at der i As ansættelsesbevis ikke blev anført nogen dato her.

Sammenfattende er det min opfattelse, at der efter ordlyden af protokollat 4 sammenholdt med indholdet af parternes overenskomst i øvrigt ikke er grundlag for at give FOA medhold i, at As ansættelse som afløser ikke kan være omfattet af protokollat 4.

Under de konkrete omstændigheder i As sag, som beskrevet nærmere ovenfor, var situationen således, at hun var ansat som afløser i en periode på ca. 5 uger før sin fastansættelse, og at det må lægges til grund, at hun også reelt fungerede som afløser i denne periode, idet hun bl.a. ikke indgik i den faste vagtplan for den handicappede borger og selv frit kunne acceptere eller afslå de tilbudte vagter. Det samme gælder, hvis det må lægges til grund, at A reelt startede sin ansættelse som afløser allerede den 21. juni 2018, og at perioden som afløser dermed var på ca. 8 uger.

Jeg finder således, at i hvert fald en ansættelse som afløser med reel funktion som afløser og af en vis kortere varighed som i den foreliggende konkrete sag ikke kan anses for at udgøre en omgåelse af bestemmelserne i protokollat 4, herunder protokollatets tredje og afsluttende afsnit, hvorefter: ”Parterne forudsætter, at ansættelse af afløsere sker i begrænset omfang og ikke træder i stedet for ordinær ansættelse.”.

Som følge heraf giver jeg DEA medhold i, at As anciennitet i relation til optjening af krav om opsigelsesvarsel efter overenskomstens § 16 først skal regnes fra den dato, hvor hun blev fastansat som timelønnet handicaphjælper i henhold til § 16, jf. § 2, stk. 1, og således at perioden som afløser ikke skal indgå ved beregningen af anciennitet.

Spørgsmålet om beregning af opsigelsesvarsel på opsigelsestidspunktet

FOA har anført, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2, stk. 5, finder parallel anvendelse også for disse parter overenskomst, svarende til de kommunale overenskomster på SOSU-området. DEA har bestridt, at dette er aftalt eller kan udledes af parternes overenskomst.

Det er min vurdering, at ordlyden af parternes overenskomst samt de fremlagte dokumenter og afgivne forklaringer om aftalegrundlaget ikke giver fornødent grundlag for at anse det som aftalt eller forudsat mellem parterne, at bestemmelsen i funktionærlovens § 2, stk. 5, kan anvendes parallelt for de privatansatte timelønnede handicaphjælpere, der er omfattet af disse parter overenskomst.

Ved beregningen af As anciennitet og krav om opsigelsesvarsel efter overenskomstens § 16 er der derfor ikke grundlag for at medregne de 18 dage fra opsigelsen den 6. august 2019 frem til ansættelsens ophør den 24. august 2019.

Sammenfatning

På ovenstående baggrund kan det konkluderes, at A ikke havde opnået mere end 12 måneders anciennitet på opsigelsestidspunktet den 6. august 2019, og at hun derfor ifølge overenskomstens § 16 kunne opsiges med et varsel på 18 dage som også sket.

Jeg tager herefter påstanden om frifindelse af LOBPA til følge.

T h i b e s t e m e s

LOBPA frifindes.

Hver part skal betale egne sagsomkostninger og halvdelen af opmandens honorar.

København, den 30. marts 2022

Lotte Wetterling