

Tilkendegivelse af 6. september 2022 i faglig voldgift 2021-812:

FOA

(advokat Mumme Thing)

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

som mandatar for

Aktiv Hverdag Hjemmeservice ApS

Grønlandsvej 22

9900 Frederikshavn

(jurist Michaela Strand)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår to medarbejderes ansættelsesforhold i den indklagede virksomhed. Spørgsmålet er, hvilken beskæftigelsesgrad – om nogen – de skal anses for ansat med fra angivne tidspunkter. Der er uenighed om, hvad de to medarbejdere hver især må anses for ansat til, både efter almindelige ansættelsesretlige regler og under hensyn til en overenskomstbestemmelse som i Fritvalgsoverenskomst 2020-2023, Landsoverenskomst om Udførelse af driftsmæssige serviceopgaver inden for pleje- og omsorg for danske kommuner og regioner mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og FOA, § 22, stk. 4, afsnit 2, hvorefter ”Der foretages ændring af den aftalte beskæftigelsesgrad, hvis der pålægges fast merarbejde ud over en fuld kalendermåned”.

2. Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande:

Indklagede skal anerkende, at As beskæftigelsesgrad skulle have været ændret fra 16 timer pr. uge til 29 timer pr. uge med virkning fra den 1. juli 2015 til den 31. december 2016.

Indklagede skal anerkende, at Bs beskæftigelsesgrad skulle have været fastsat til 28 timer pr. uge med virkning fra den 1. juni 2018 og til 31,5 timer pr. uge med virkning fra den 1. november 2018.

Indklagede har heroverfor påstået frifindelse.

Indklagede har endvidere nedlagt følgende selvstændige påstande:

Principalt: FOA skal anerkende, at bestemmelsen i § 22, stk. 4, 2. afsnit, i Fritvalgsoverenskomsten mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og FOA finder anvendelse for dokumenteret pålagt merarbejde fra det tidspunkt, parterne opnår enighed om ændring af beskæftigelseskravet.

Subsidiært: FOA skal anerkende, at bestemmelsen i § 22, stk. 4, 2. afsnit, i Fritvalgsoverenskomsten mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og FOA finder anvendelse for pålagt merarbejde fra det tidspunkt, parterne opnår enighed om ændring af beskæftigelseskravet.

Klager har over for disse påstande påstået frifindelse.

3. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 6. september 2022 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: advokat Ann-Britt Olsen Morild og konsulent Lars Vodsgaard, begge FOA, souschef, advokat Caroline Lundsgaard Post og chefkonsulent, advokat Lærke Sofie Rosendal, begge Dansk Erhverv Arbejdsgiver.

Der blev under sagen afgivet forklaring af:

- A, tidligere medarbejder hos Aktiv Hverdag,
- B, tidligere medarbejder hos Aktiv Hverdag,
- C, direktør, Aktiv Hverdag,
- D, bogholder, Aktiv Hverdag.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret var enighed om eller flertal for en afgørelse skulle denne træffes af opmanden.

Opmanden fremkom med en begrundet redegørelse for, at der ud fra almindelige ansættelsesretlige regler i det væsentlige måtte gives klager medhold i dennes påstande vedrørende A og B.

Parternes enedes herefter om, at *den konkrete sag vedrørende de to medarbejdere* afsluttes med opmandens tilkendegivelse i skriftlig form indeholdende en begrundelse for resultatet, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 4, og at afgørelse af *uenigheden mellem parterne om forståelsen af bestemmelsen i § 22, stk. 4, 2. afsnit, i Fritvalgsoverenskomsten mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og FOA* udskydes til senere afgørelse efter fornyet berømmelse og fortsat forberedelse, hvorunder parterne kan nedlægge nye påstande og påberåbe sig nye beviser og anbringender til belysning af bestemmelsens indhold, herunder om mulighederne for at pålægge fast merarbejde ud over en fuld kalendermåned, om den ændring, bestemmelsen angår, er en varig ændring, og om ændringen skal foretages af arbejdsgiveren eller kun kan ske efter aftale med medarbejderen.

4. Opmandens tilkendegivelse

4.1. Vedrørende A

A tiltrådte den 25. februar 2015 en stilling som social- og sundhedshjælper hos Aktiv Hverdag og fratrådte i 2020. Ifølge den oprindelige ansættelseskontrakt fra 2015 var den ugentlige arbejdstid aftalt til 16 timer. Med virkning fra den 1. januar 2017 blev hun ansat på en ny kontrakt med et ugentligt timetal på 28.

Det må imidlertid efter de afgivne forklaringer og bevisførelsen i øvrigt lægges til grund, at A under hele sit ansættelsesforhold har kørt som fast aftenvagt på samme faste rute efter et fast rul, et såkaldt 5-2 skema, dvs. 5 dage arbejde, 2 dage fri, 2 dage arbejde, 5 dage fri, med 8 timer pr. vagt, svarende til 28 timer pr. uge. Hun har ikke på noget tidspunkt arbejdet 16 timer om ugen. Hun har aldrig haft ekstra vagter. Hendes ugentlige timetal i månederne marts 2015 - januar 2017 har (afrundet til hele timer) været: 22, 27, 30, 31, 25, 33, 26, 26, 30, 29, 28, 28, 23, 28, 28, 30, 26, 35, 26, 27, 26, 25, 28.

På denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt må A uanset timetallet i ansættelseskontrakten i realiteten efter almindelige ansættelsesretlige regler anses for at have været fast ansat af Aktiv Hverdag med et ugentligt timetal på 28. Aktiv Hverdag har helt tydeligt fra ansættelsen af A og gennem hele hendes ansættelsesperiode tilrettelagt As arbejde efter et helt fast skema, og A har haft en helt berettiget forventning om at være fast ansat til at arbejde efter dette helt faste skema med en ugentlig beskæftigelse på 28 timer. Der er ikke holdepunkter for at anse arbejde ud over 16 timer om ugen for at have karakter af frivilligt merarbejde.

Det bemærkes, at der ikke er fremkommet oplysninger, som giver grundlag for at anse adgangen til at forfølge dette krav for fortabt ved passivitet.

Klager skal derfor have medhold i den nedlagte påstand vedrørende As beskæftigelsesgrad fra den 1. juli 2015 til den 31. december 2016, dog ikke med et ugentligt timetal på 29, men på 28.

4.2. Vedrørende B

Om Bs ansættelsesforhold hos Aktiv Pleje er der fremlagt to tidsbegrænsede ansættelseskontrakter som ufaglært social- og sundhedshjælper. Den ene var med tiltrædelse den 1. februar 2018 og fratrædelse den 1. juni 2018. I den kontrakt udgjorde den ugentlige arbejdstid 30 timer i gennemsnit over en periode på 4 måneder. Den anden var med tiltrædelse den 1. januar 2020 og udløb den 30. marts 2020. I den kontrakt var den ugentlige arbejdstid 12 timer i gennemsnit.

B har imidlertid faktisk arbejdet hos Aktiv Pleje uafbrudt i perioden februar 2018 - juli 2020. Hendes ugentlige timetal i denne periode har måned for måned (afrundet til hele timer) været: 27, 28, 28, 24, 27, 26, 34, 34, 27, 33, 31, 29, 32, 32, 34, 33, 34, 26, 28, 36, 30, 33, 28, 27, 34, 17, 27, 26, 27, 16.

B har forklaret, at hun gerne ville have en kontrakt på 30 timer. Hun ved ikke, hvorfor den blev tidsbegrænset. Hun havde ikke noget ønske om at blive tilkaldt og havde ikke bedt om det med henvisning til sin mands sygdom, som ikke hindrede hende i at passe sit arbejde. Hun bad i den efterfølgende periode flere gange om en kontrakt med timer, men det fik hun først for første kvartal 2020 og kun med 12 timer – firmaet sagde, at de ikke kunne tilbyde mere. Hun har aldrig været nede at arbejde 12 timer. Det var planlæggeren, som var hendes daglige kontakt i firmaet. Der var ingen forskel på hendes arbejde i hele perioden fra februar 2018, til hun sluttede i juli 2020. Hun havde ikke en fast rute eller faste vagter, hun fik aldrig en vagtplan, men blev kontaktet af firmaets planlægger dagen før eller samme morgen om, hvornår hun skulle møde ind – ofte i form af en SMS med besked om mødetidspunkt, f.eks. i morgen 07:30 – for så at få en opgave for den pågældende dag eller nogle dage, undertiden for en periode på op til 14 dage. Enkelte gange sagde hun nej tak, men hun ville gerne have timerne og mødte derfor stort set altid ind.

C har forklaret, at firmaet efter sin kontrakt med kommunen ikke må ansætte ikke-uddannet personale i fast stilling. 90 % af firmaets medarbejdere er fast ansatte på ikke-tidsbegrænsede

kontrakter. De arbejder efter et fast skema med besøg hos de samme borgere på faste tidspunkter. Nogle er ansat som ferie/fridags afløser, der kommer rundt til forskellige borgere. Nogle er tilkaldevikarer, som firmaet har en aftale om at måtte kontakte i spidsbelastede situationer. Efter maj 2018 ønskede B ikke en fast kontrakt, da hendes mand var syg. De måtte imidlertid gerne benytte B som tilkaldevikar. Det var firmaets planlægger, som spurgte B, om hun ville have timer, og B kunne sige nej. Hvis B ville have haft en kontrakt, havde hun fået det. I 2020 fik B en kontrakt på 12 timer svarende til arbejde hver anden weekend og en dag om ugen. De timer, B havde derudover, var timer hun bød ind på, hun blev ikke bedt om tage vagter.

På denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt må B uanset mangel på ansættelseskontrakt i perioder og timetallet i den tidsbegrænsede ansættelseskontrakt for første kvartal 2020 i realiteten fra den 1. juni 2018 anses for at have været fast ansat af Aktiv Hverdag med et ugentligt timetal, som passende for hele perioden fra den 1. juni 2018 kan sættes til 28 timer om ugen. Det antal timer, som B gennem den lange periode faktisk har arbejdet, viser, at Aktiv Hverdag har tilrettelagt det daglige arbejde i virksomheden i forventning om fast at kunne disponere over B i dette antal timer, og B har haft en helt berettiget forventning om at være fast ansat til arbejde i dette omfang. Hun arbejdede ikke kun lejlighedsvist ved spidsbelastning. Om der var kontrakt eller ej, havde ingen betydning for hendes arbejde. Ansættelsesforholdet havde ikke i perioderne uden kontrakt en sådan løs karakter som i den afgørelse, indklagede har påberåbt sig (faglig voldgiftskendelse af 24. juni 2021 i sag 2020-1533 mellem 3F og KL/Svendborg Kommune om en timelønnet handicapledsager for borgere, hvis ansættelse havde en sådan løs karakter, at den ikke kunne anses for sket til beskæftigelse for mere end en måned, selv om den rent faktisk fortsatte i en betydelig periode ud over en måned). Perioden med kontrakten på 12 timer ændrede intet ved Bs arbejdsmonter. Ansættelsesforholdet havde en sådan varighed og fast karakter i lighed med, hvad der ansås for tilfældet i den afgørelse, klager har påberåbt sig (faglig voldgiftskendelse af 11. januar 2008 i en sag mellem FOA og KL/Gladsaxe Kommune om en pædagogmedhjælper ansat som tilkaldevikar uden aftale om omfang eller varighed, som i princippet kunne sige nej til at vikariere, men hvis arbejdskraft der løbende gennem en længere periode havde været brug for og gjort brug af i gennemsnitligt mere end halvdelen af ugens arbejdstimer, hvorfor hun fra et tidspunkt skulle have været ansat på månedsløn med en nærmere angiven beskæftigelsesgrad).

Det bemærkes, at der ikke er fremkommet oplysninger, som giver grundlag for at anse adgangen til at forfølge dette krav for fortabt ved passivitet.

Klager skal derfor have medhold i den nedlagte påstand vedrørende Bs beskæftigelsesgrad, dog ikke med et ugentligt timetal på 31,5 fra den 1. november 2018, men fortsat på 28 timer fra dette tidspunkt.

Parterne er enige om tage denne tilkendegivelse til efterretning og tillægge den virkning som en kendelse.

Børge Dahl