

PROTOKOLLAT

med

tilkendegivelse

i

Afskedigelsesnævns sag (FV 2017.0133)

Børne- og Ungdomspædagogernes Landsforbund (BUPL)

for

A

mod

KL

for

X Kommune

Tvisten

Sagen angår spørgsmålet, om X kommunes afskedigelse af pædagog, tillidsrepræsentantsuppleant A var begrundet i tvingende årsager.

Påstande

Klager, Børne- og Ungdomspædagogernes Landsforbund (BUPL), har påstået indklagede tilpligtet at betale en af voldgiftsretten fastsat godtgørelse svarende til maksimalt 16 måneders løn.

Indklagede, KL for X Kommune, har påstået frifindelse.

Sagens behandling

Sagen forhandlede den 8. februar 2019.

Der er i sagen udarbejdet klageskrift af 11. september 2014. Der blev afgivet svarskrift den 12. marts 2015. Der er herefter afgivet replik den 10. september 2018 og duplik den 29. oktober 2018.

Voldgiftsretten bestod af juridisk konsulent Lars Feldt og juridisk konsulent Gabriella Tønnesen Lanyi, begge udpeget af klager, og chefkonsulent Anne Færge Bork og chefkonsulent Christel Andersen, begge udpeget af indklagede, samt – som opmand – undertegnede fhv. højesteretsdommer Jytte Scharling.

Som procedør for klager mødte advokat Marc Malmbak Stounberg.

Som procedør for indklagede mødte advokat Jørgen Vinding.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af A samt af socialrådgiver i BUPL Sydjylland C, daginstitutionsleder af Y C og børnechef i X Kommune D.

Efter procedure og bevisførelse voterede voldgiftsrettens medlemmer. Der kunne ikke opnås flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer. Afgørelsen skulle herefter træffes af opmanden.

Opmandens afgørelse

Sagens baggrund mv.

A, der er uddannet pædagog, blev ansat i X Kommune den 5. september 2006 med tjeneste ved Y. Hun blev afskediget den 23. maj 2013 til fratræden med udgangen af januar 2014. Det hedder i begrundelsen for afgørelsen:

"På baggrund af dit hyppige og omfangsrige sygefravær som arbejdsstedet af driftsmæssige hensyn ikke længere kan bære, har vi besluttet at afskedige dig."

A fungerede under ansættelsen i flere år som tillidsrepræsentant og var ved afskedigelsen tillidsrepræsentantsuppleant. Afskedigelsen er derfor behandlet efter § 17, stk. 1, i Rammeforfattningen om medindflydelse og medbestemmelse.

X Kommune har vedtaget en sygefraværprocedure. Ifølge denne er kernen i sygefraværproceduren, at der afholdes en omsorgssamtale senest efter 12 dages fravær, en kontaktsamtale inden 28 dage efter 1. sygedag eller ved 5 sygefraværperioder inden for de seneste 6 måneder, og en statussamtale ved 60 dages sammenhængende sygefravær eller ved 8 sygefraværperioder inden for de seneste 12 måneder.

Det er om A's sygefravær oplyst, at hun i perioden januar 2011 til juni 2011 havde 12 sygedage fordelt på 5 sygeperioder. Fra 1. januar 2012 til den 23. december 2012 havde A i alt 49 fraværsdage på grund af sygdom, fordelt over 10 fraværperioder. Hun blev derfor den 2. januar 2013 indkaldt til kontaktsamtale, der blev afholdt den 7. januar 2013. Af referatet af kontaktsamtalen fremgår som konklusion, at "A's fravær skal stabiliseres da driften er berørt af det meget fravær. Såfremt fremmødet ikke stabiliseres kan det få ansættelsesmæssige konsekvenser"

A havde herefter sygefravær 2 dage i februar 2013 og 1 dag i marts 2013. Hun blev derfor indkaldt til statussamtale med institutionsleder B, der blev afholdt den 15. marts 2013. Ved samtalen havde A haft et sygefravær inden for de seneste 12 måneder på i alt 61 dage fordelt

over 11 perioder. Under samtalen oplyste A, at hun havde været til læge, og at der var mistanke om begyndende stress eller depression. B tilkendegav, at hun ville indstille A til afskedigelse. Efter konsultation hos sin læge mandag den 18. marts 2013 sygemeldte A sig.

Den 2. april 2013 sendte X Kommune høringskrivelse om påtænkt afsked. Efter bestemmelserne i Rammeaftalen om medindflydelse blev der afholdt forhandling mellem X Kommune og BUPL den 23. april 2013. Ved brev af 25. april 2013 afskedigede X Kommune A begrundet i hendes sygefravær. Efter at BUPL havde anmodet om fornyet forhandling i overensstemmelse med Rammeaftalen, annullerede X Kommune den 30. april 2013 afskedigelsen. Efter genforhandling den 22. maj 2013 afskedigede X Kommune den 23. maj 2013 A med samme begrundelse som anført i afskedigelsen af 25. april. A genoptog ikke sit arbejde i opsigelsesperioden.

Parternes argumentation

Klager har overordnet anført, at afskedigelsens saglighed skal vurderes på baggrund af forholdene den 15. marts 2013. Ved statussamtalet denne dag blev A indstillet til afsked, og det kan derfor lægges til grund, at afskedigelsen blev indledt på baggrund af sygefraværet i perioden op til den 15. marts 2013. På dette tidspunkt havde A haft et sygefravær på 61 dage i de seneste 12 måneder. 49 af disse fraværsdage skyldtes henholdsvis en galdestenoperation og et fravær på grund af trykkede ribben. Begge forhold var overstået og ikke aktuelle, og kunne derfor ikke begrunde en forventning om fremtidigt sygefravær. A var ikke sygemeldt ved statussamtalet. På denne baggrund var sygefraværet ikke en tvingende grund til afskedigelse af en tillidsrepræsentant med ca. 7 års anciennitet.

Sygefraværet efter den 15. marts 2013 har ikke haft indflydelse på afskedigelsen, der reelt var besluttet den 15. marts 2013. Hertil kommer, at sygefraværet efter den 15. marts var udløst af beskeden om, at hun ville blive afskediget, idet hun var sygemeldt med stress/depression.

Indklagede har overordnet anført, at det er forholdene på afskedigelsestidspunktet, der er afgørende for vurderingen af afskedigelsens rimelighed. På afskedigelsestidspunktet havde A haft 111 sygedage inden for de seneste 9 måneder, og der var ingen udsigt til, at hun kunne genoptage sit arbejde inden for kortere tid. A havde endvidere allerede fra 2011 haft et hyppigt sygefravær. Y's drift var væsentligt belastet af A's sygefravær, og der forelå derfor tvingende årsager til at iværksætte afskedigelse.

Opmandens begrundelse og resultat

Efter bevisførelsen, herunder navnlig de afgivne forklaringer og indholdet af referaterne fra kontakt- og statusamtalerne med A, lægger jeg følgende til grund:

A startede ved sin ansættelse i 2006 i en børnehavegruppe. Y flyttede omkring 2010/2011 til nye lokaler og blev udvidet til 4 børnehavestuer og en vuggestue, senere til 5 børnehavestuer og to vuggestuer. Efter A's eget ønske blev hun tilknyttet vuggestuen. På en vuggestue var der som udgangspunkt 3 medarbejdere, 2 pædagoger og en pædagogmedhjælper. Ved sygdom besluttede institutionslederen, om der kunne dækkes ind med vikar, eller medarbejderne skulle dække ind for hinanden. A oplevede i forbindelse med udvidelsen og den nye struktur, at hun i 2011 var presset heraf, og at medarbejderne ikke havde indflydelse på arbejdstilrettelæggelsen. Hun blev skilt i efteråret 2011 og var herefter alene med 3 børn. For at tage hensyn til hende blev arbejdet tilrettelagt, således at hun ikke havde åbne- og lukkevagter. Efter eget ønske gik A pr. 1. december 2012 ned på en ugentlig arbejdstid på 32 timer.

A havde i 2011 fra januar til juni i alt 5 sygeperioder på i alt 12 sygedage. Under kontaktsamtalen herom oplyste hun, at fraværet ikke var arbejdsrelateret, men skyldtes almindelige smitsomme sygdomme. Hun blev gjort opmærksom på, at fraværet skulle nedbringes.

I perioden fra marts 2012 til den 15. marts 2013 havde A et sygefravær på i alt 61 dage fordelt over 11 sygeperioder. En sygeperiode vedrørte en galdestensoperation med et sygefravær på 17 dage i perioden. En sygeperiode i december 2012/januar 2013 med et fravær på i alt 32 dage skyldtes et fald, hvor A havde trykket nogle ribben. Under kontaktsamtalen om fraværet indtil januar 2013 svarede A nej til, at fraværet var arbejdsrelateret. Hun blev gjort bekendt med, at fremmødet skulle stabiliseres, da driften var berørt af det megen fravær, og at det kunne få ansættelsesretlige konsekvenser, såfremt fremmødet ikke blev stabiliseret. Ved statusamtalen den 15. marts 2013 oplyste A, at hendes læge mistænkte, at hun led af stress eller en begyndende depression. Hun blev indstillet til afskedigelse. Hun var efterfølgende sygemeldt efter råd fra sin læge og psykolog. Hun følte, at indstillingen til afsked var det, der psykisk skubbede hende ud over kanten. Under en telefonsamtale med institutionsleder B

midt i maj 2013 oplyste A, at hun ville være sygemeldt til efter sommerferien. Hun genoptog ikke sit arbejde under opsigelsesperioden.

Y havde i 2012-2013 en sårbar drift, bl.a. som følge af flere langtidssygemeldinger. Disse var ikke udløst af arbejdsforholdene, men af private årsager. Ledelsen oplevede, at A's ustabile fremmøde var belastende for de øvrige medarbejdere og for vuggestuebørnene, der har behov for stabile relationer til de voksne.

Opmandens vurdering

Der er efter bevisførelsen intet grundlag for at antage, at opsigelsen af A havde forbindelse til hendes virke som tillidsrepræsentantsuppleant. Opsigelsen var således alene begrundet i hendes sygefravær.

I overensstemmelse med den fagretlige praksis og arbejdsretlig litteratur må det herefter – således som sket i tilkendegivelse af 28. januar 2019 i FV 2018.0087 – fastslås, at den beskyttelse mod opsigelse, der i henhold til overenskomsten tilkommer hende som tillidsrepræsentantsuppleant, i hvert fald ikke væsentligt adskiller sig fra andre medarbejders beskyttelse mod opsigelse i tilfælde af sygdom.

Rimeligheden af en opsigelse skal som udgangspunkt vurderes ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet. Ved vurderingen af rimeligheden må der indgå en vurdering af forløbet op til afskedigelsen. Under de foreliggende omstændigheder, hvor den første afgørelse om afsked den 25. april 2013 blev trukket tilbage og efterfølgende afløst af den endelige opsigelse den 23. maj 2013 med den samme begrundelse, finder jeg, at der ved rimelighedsvurderingen må lægges særlig vægt på forholdene ved den første meddelelse om afsked den 25. april 2013.

Ved statussamtales den 15. marts 2013 havde A i de seneste 12 måneder før samtalen haft et sygefravær på i alt 61 dage fordelt over 11 sygeperioder. Hun havde også i 2011 haft et sygefravær, der havde givet anledning til, at der i henhold til kommunens sygefraværspolitik blev holdt en kontaktsamtale med hende. Efter statussamtales blev A sygemeldt, og hun var fortsat sygemeldt ved den første afgørelse om afsked den 25. april 2013. Jeg finder det ikke godtgjort, at hendes sygefravær var arbejdsbetinget. Ved beslutningen om afsked den 25. april var der ikke rimelig udsigt til, at A kunne vende tilbage til sit arbejde inden for kortere tid. Dette er bekræftet af forløbet op til den endelige afsked den 23. maj 2013.

På den anførte baggrund finder jeg, at der af hensyn til driften af institutionen har været de fornødne tvingende grunde til at opsige A som sket. Jeg tager derfor indklagedes frifindelsespåstand til følge.

Konklusion

X Kommune frifindes.

Parterne var enige om at tage denne tilkendegivelse til efterretning med samme virkning som en kendelse i sagen, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 4. Der var endvidere enighed om, at hver part bærer egne omkostninger og halvdelen af udgiften til opmanden

Sagen sluttet.

Den 5. marts 2019

Jytte Scharling