

Protokollat
med tilkendegivelse

i

Faglig Voldgift

(FV 2010.0064 og 2010.0065)

Fagligt Fælles Forbund (3F)

(advokat Peter Nisbeth)

mod

Kommunernes Landsforening (KL)

for Kolding Kommune og Vejen Kommune

(advokat Jørgen Vinding)

1. Indledning

Dette protokollat omfatter to tvister mellem på den ene side Fagligt Fælles Forbund (3F) og på den anden side Kommunernes Landsforening (KL) for Kolding Kommune og Vejen Kommune. Begge tvister udspringer af forståelsen og anvendelsen af bestemmelser i overenskomsten mellem 3F og KL for specialarbejdere, faglærte gartnere, faglærte brolæggere, faglærte stukkatører, faglærte murere m.fl. Den ene tvist angår pligten til oprettelse og anvendelse af anciennitetslister (FV 2010.0065), den anden angår afskedigelse under vinterhjemsendelse (FV 2010.0064).

Begge tvister er indbragt for en faglig voldgiftsret med David Gibson, (3F forbundet) og Rune Asmussen (3F juridisk afdeling) (valgt af 3F) samt konsulenterne Jesper Lykke Christensen og Mette Vitved Bjørkvik (valgt af KL) som medlemmer og med undertegnede højesteretsdommer Poul Søgaard som opmand. Voldgiftsforhandling vedrørende begge tvister blev afholdt den 21. marts 2011.

2. Parternes påstande

2.1. Anciennitetslister

Klager, Fagligt Fælles Forbund (3F) har nedlagt påstand om, at de indklagede kommuner skal anerkende, at de er forpligtet til at udarbejde anciennitetslister og anvende dem, når kommunerne i forbindelse med afskedigelser og genansættelser udøver deres forvaltningsretlige skøn.

Forbundet har præciseret, at påstanden angår afskedigelser som følge af arbejdsmangel.

Indklagede, KL for Kolding og Vejen kommuner, har nedlagt påstand om frifindelse.

2.2. Afskedigelse under vinterhjemsendelse

Klager, Fagligt Fælles Forbund (3F) har nedlagt følgende påstande:

principalt: Indklagede skal anerkende, at specialarbejdere, der er vinterafskediget med forkortet opsigelsesvarsel i henhold til specialarbejderoverenskomstens protokollat 2, stk. 2, ikke kan afskediges permanent, før de er genansat i stillingen efter vinterafskedigelsen.

subsidiært: Indklagede skal anerkende, at kommunerne i medfør af specialarbejderoverenskomstens protokollat 2, stk. 2, er forpligtet til at afbryde en vinterafskedigelse, såfremt kommunerne vælger at afskedige de hjemsendte med sædvanligt opsigelsesvarsel til permanent ophør.

Indklagede, KL for Kolding og Vejen kommuner, har nedlagt påstand om frifindelse.

3. Overenskomsten

Overenskomsten indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 21. Anciennitetsliste

Mellem kommunalbestyrelsen og lokalafdelingen skal træffes aftale om oprettelse af en anciennitetsliste.

Anciennitetsliste kan efter lokal aftale oprettes for hvert arbejdsområde og/eller hvert geografiske område.

Tillids- og sikkerhedsrepræsentanter samt faglærte holdledere og instruktører er undtaget fra bestemmelsen om afskedigelse efter anciennitetsliste.

Afskedigelser og genansættelser finder sted efter anciennitetslisten, medmindre særlige forhold efter arbejdsledelsens skøn efter samråd med tillidsrepræsentanten gør en fravigelse nødvendig.

Bemærkning:

Arbejdsledelsens skøn udøves i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper.

...

§ 26. Opsigelse

Stk. 1

Funktionærlovens opsigelsesregler anvendes, når en ansat opsiges eller siger sin stilling op. ...

...

Stk. 13

Ansatte, der afskediges på grund af vinteren og som genansættes senest 1 år efter, bevarer optjent opsigelsesvarsel, optjent anciennitet i relation til fratrædelsesgodtgørelse, karenstid og ret til pension. Genansættelse sker – medmindre andet aftales – efter anciennitetslisten.

...

Protokollat 2 – Opsigelsesbestemmelser for specialarbejdere

Muligheder og begrænsninger ved ansættelser og afskedigelser af de *ufaglærte* grupper.

...

2. Lokal mulighed for indgåelse af aftale om afskedigelse som følge af vinteren.

Der kan mellem den enkelte kommune og den lokale afdeling af 3F indgås følgende aftale:

- Afskedigelse på grund af vinteren sker med et varsel på 1 måned til en måneds udgang.
- Fratræden sker tidligst 1. november.
- Genansættelse skal tilbydes senest pr. 1. april det efterfølgende år.

...

- Allerede optjent opsigelsesvarsel, karenstid og ret til pension bevares, jf. overenskomstens § 26, stk. 13.

...”

4. Sagernes behandling

Under voldgiftsforhandlingen blev der afgivet forklaring af tidligere leder af det offentlige sekretariat i 3F Arne Hansen, forhandlingssekretær i 3F Hanne Gram, tillidsrepræsentant (Kolding) Poul Dahl, fællestillidsrepræsentant (Kolding) Lasse Hansen, tillidsrepræsentant (Vejen) Annette Kudsk, faglig sekretær i 3F Kongeåen Ulla Fogh, afdelingsleder i Kolding Kommune Kalle Stærk, virksomhedsleder i Vejen Kommune Egil Sønderby og chefkonsulent i KL Jakob Reinholt.

Sagerne blev for 3F procederet af advokat Peter Nisbeth og for KL for Kolding og Vejen kommuner af advokat Jørgen Vinding.

Under voteringen kunne der ikke blandt de af parterne valgte medlemmer af voldgiftsretten opnås enighed om eller flertal for en afgørelse. Afgørelsen træffes derfor af opmanden, som med en nærmere begrundelse tilkendegav, at han ved en eventuel kendelse ville tage KL's påstand om frifindelse til følge i sagen vedrørende anciennitetslister og tage 3F's subsidiære påstand til følge i sagen vedrørende afskedigelse under vinterhjemsendelse.

Parterne tog tilkendegivelsen til efterretning og var enige om, at sagen afsluttes ved, at tilkendegivelsen, som efterfølgende fremsendes i skriftlig form, dem imellem tillægges virkning som en kendelse.

5. Opmandens tilkendegivelse

5.1. Anciennitetslister

5.1.1. 3F har gjort gældende, at bestemmelsen i overenskomstens § 21 skal forstås således, at kommunerne er forpligtet til at udarbejde anciennitetslister og til at anvende dem ved afskedigelser, herunder vinterafskedigelser, jf. protokol 2, stk. 2 til overenskomsten. Ancienniteten skal således indgå som et pligtmæssigt kriterium ved den skønsmæssige afgørelse om, hvem der skal afskediges ved arbejdsmangel. Hvis en kommune ønsker at fravige anciennitetslisten, skal kommunen forhandle spørgsmålet med tillidsrepræsentanten, før en afgørelse om afskedigelse eller genansættelse træffes.

5.1.2. KL har erklæret sig enig i, at ancienniteten skal indgå som et kriterium i forbindelse med afskedigelser. Ancienniteten må blot ikke være afgørende, men skal alene indgå som et af flere kriterier. Kommunen har ikke pligt til at tage initiativet til en aftale om oprettelse af anciennitetslister, men fremsætter 3F anmodning herom, følger det af bestemmelsen, at kommunen skal udlevere en anciennitetsliste. Det vil være i strid med de forvaltningsmæssige principper at fortolke 4. afsnit i § 21 på den måde, at tillidsrepræsentanten har krav på en forhandling, hvis kommunen ikke kan lægge anciennitetsprincippet til grund ved en afskedigelse eller genansættelse. Enten må dette led af § 21 tilsidesættes som ugyldigt, eller det må fortolkes således, at tillidsrepræsentanten alene har krav på en orientering.

5.1.3. Opmanden bemærker hertil for det første, at overenskomstens § 21 ikke forpligter en kommune til at tage initiativ til at træffe aftale om oprettelse af en anciennitetsliste. Men kommunen har pligt til at udlevere en anciennitetsliste, hvis lokalafdelingen af 3F anmoder om det.

Dernæst bemærker opmanden, at en kommune som offentlig myndighed i en afskedigelsessituation som følge af arbejdsmangel er forpligtet til at udøve et konkret og individuelt skøn ved afgørelsen af, hvilke medarbejdere kommunen under hensyntagen til opgavevaretagelsen bedst kan undvære. Der er intet til hinder for, at ancienniteten kan indgå som et af flere saglige kriterier ved denne vurdering. Der er heller intet i vejen for, at ancienniteten – f.eks. i henhold til en overenskomstbestemmelse herom – kan indgå som et pligtmæssigt kriterium. Men en sådan bestemmelse må anvendes på en måde, der ikke afskærer kommunen fra at foretage det foran nævnte konkrete og individuelle skøn over, hvem der bedst kan undværes.

Efter 4. afsnit i § 21 forudsættes det, at afskedigelser og genansættelser sker efter anciennitetslisten, medmindre særlige forhold efter arbejdsledelsens skøn efter samråd med tillidsrepræsentanten gør en fravigelse nødvendig. Taget efter ordlyden vil denne bestemmelse afskære kommunen fra at foretage et konkret og individuelt skøn over, hvem der i den foreliggende situation bedst kan undværes. Bestemmelsen må derfor fortolkes indskrænkende, således at den alene forpligter kommunen til at orientere tillidsrepræsentanten, når kommunens skøn fører til afskedigelse, henholdsvis genansættelse, af andre medarbejdere end dem, som en udelukkende anvendelse af anciennitetslisten ville føre til.

På den anførte baggrund kan 3F's påstand, således som denne må forstås, ikke tages til følge.

5.2. Afskedigelse af vinterhjemsendte medarbejdere

5.2.1. Både Kolding Kommune og Vejen Kommune har indgået aftale med den lokale afdeling af 3F om mulighed for vinterafskedigelse, jf. overenskomstens protokollat 2, stk. 2. Efter at kommunerne i efteråret 2009 havde udnyttet aftalen til at vinterafskedige et antal medarbejdere, måtte de pågældende afdelinger i kommunerne på grund af budgetbesparelser foretage permanente nedskæringer i medarbejderstaben. Der skete i den forbindelse afskedigelse med sædvanligt opsigelsesvarsel af bl.a. nogle af de vinterafskedigede medarbejdere med den virkning, at kommunerne ikke betalte dem løn for den del af opsigelsesvarslet, der faldt sammen med vinterafskedigelsen.

5.2.2. 3F har gjort gældende, at bestemmelsen i protokollat 2, stk. 2, giver kommunen mulighed for at vinterafskedige medarbejdere med forkortet varsel samtidig med, at medarbejderne har garanti for at vende tilbage til arbejdet senest den følgende 1. april med bevarelse af anciennitet, lønindplacering mv. Ordningen er dermed til fordel for begge parter. Men medarbejdernes forudsætning om at kunne vende tilbage til arbejdet svigter, når kommunen i vinteropsigelsesperioden vælger at opsiges ansættelsesforholdet permanent med sædvanligt opsigelsesvarsel. Kommunen kan derfor ikke opsiges ansættelsesforholdet permanent, før medarbejderen er vendt tilbage efter vinterafskedigelsen, eller kommunen må i det mindste afbryde eller undlade at iværksætte vinterafskedigelsen, når kommunen vælger at foretage en permanent afskedigelse.

5.2.3. KL har gjort gældende, at intet i overenskomsten forhindrer en kommune i at afskedige medarbejdere med sædvanligt opsigelsesvarsel, selv om de pågældende medarbejdere er vinterafskedi-

get, det vil sige hjemsendt for vinteren uden krav på løn i hjemsendelsesperioden. At medarbejderne efterfølgende afskediges med sædvanligt varsel, ændrer intet på deres lønmæssige situation i den periode, hvor de efter vinterafskedigelse i overensstemmelse med protokollat 2, stk. 2, var forberedt på at være uden lønindtægt fra kommunen. Krav om en anden retsstilling må henvises til overenskomstforhandling.

5.2.4. Opmanden bemærker hertil, at en aftale om mulighed for vinterafskedigelse i overensstemmelse med bestemmelsen i overenskomstens protokollat 2, stk. 2, tilgodeser begge parter interesser. Kommunen opnår en mulighed for fleksibilitet ved med forkortet varsel at kunne nedbringe mandskabsstyrken i en periode med formindsket behov for arbejdskraft, og medarbejderne opnår sikkerhed for at kunne vende tilbage til arbejdet senest den følgende 1. april med bevarelse af anciennitet, lønindplacering mv. og undgår dermed en permanent afskedigelse som det mulige alternativ til vinterafskedigelsen.

Denne sikkerhed for genansættelse må – kendeligt for kommunen – anses for at være en afgørende forudsætning for accepten af at kunne blive vinterafskediget med forkortet varsel og uden iagttagelse af den ellers sædvanlige høringsprocedure. Når kommunen efterfølgende vælger at afskedige vinterhjemsendte medarbejdere permanent, svigter den nævnte forudsætning, i hvert fald i tilfælde som de foreliggende, hvor opsigelsesvarslet efter kommunernes opfattelse løber sideløbende med vinterhjemsendelsen. Virkningen vil i så fald reelt være den, at de pågældende medarbejdere vil være uden den lønindtægt i opsigelsesperioden eller en del af denne, som de ellers ville have haft krav på. En sådan ordning vil give mulighed for misbrug af aftalen om mulighed for vinterafskedigelse.

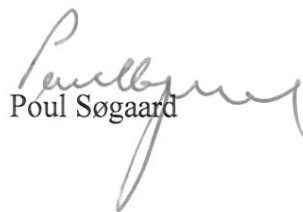
Det kan dog ikke antages at være i strid med overenskomstmæssige forpligtelser at foretage permanent afskedigelse af medarbejdere, der er vinterafskediget. Der ses derfor ikke at være grundlag for at tage 3F's principale påstand til følge. Derimod må kommunens permanente afskedigelse af en vinterafskediget medarbejder – ud fra den foran nævnte generelle forudsætning for aftalen om mulighed for vinterafskedigelse – anses for en samtidig tilbagekaldelse af vinterafskedigelsen. 3F's subsidiære påstand tages derfor til følge.

5.3. Afgørelsen går herefter ud på, at KL for Kolding og Vejen kommuner frifindes for 3F's påstand vedrørende anciennitetslister og for 3F's principale påstand vedrørende afskedigelse af vinterhjem-

sendte medarbejdere, samt at 3F's subsidiære påstand vedrørende afskedigelse af vinterhjemsendte medarbejdere tages til følge.

Hver part bærer egne sagsomkostninger og halvdelen af udgiften til opmanden.

København, den 13. juli 2011


Poul Søgaard