

SKRIFTLIG TILKENDEGIVELSE

meddelt fredag den 14. september 2012

i afskedigelsesnævns sag nr. FV 2012.0041.

BUPL som mandatar for A

(advokat Maria Auken)

mod

Kalundborg Kommune

(advokat Elsebeth Aes-Jørgensen)

Tvisten

Tvisten angår, om Kalundborg Kommunes bortvisning af A fra hendes stilling som pædagog er berettiget. Hvis bortvisningen findes uberettiget, skal der endvidere tages stilling til, om A – ud over krav på løn mv. i opsigelsesperioden – har krav på en godtgørelse og i givet fald størrelsen heraf.

Påstande

Klager, BUPL som mandatar for A, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Indklagede, Kalundborg Kommune, skal betale erstatning svarende til løn, pension og feriegodtgørelse i klagers opsigelsesperiode fra den 2. februar til den 31. maj 2010 med procesrente fra nævns sagens anlæg den 14. december 2010.

Påstand 2:

Såfremt afskedigelsesnævnet giver klager medhold i påstand 1, skal indklagede endvidere betale en af afskedigelsesnævnet fastsat godtgørelse svarende til maksimalt 6 måneders løn efter overenskomstens § 18, stk. 8.

Kalundborg Kommune har påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb end påstået af klager.

Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet torsdag den 30. august 2012 med højesteretsdommer Poul Dahl Jensen som opmand. Som sidedommere udpeget af klager fungerede Michael Lose og Lars Feldt Andersen, og som sidedommere udpeget af indklagede fungerede Jesper Lykke Christensen og Steen Ballegaard.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af A, Henrik Dam, Jette Hansen, Per Bjørn Hansen, Morten Kyst, Anne Christensen, Marianne Isbosethsen, Lotte Pedersen, Hanne Damsgaard og Jørgen Grüner.

Efter bevisførelse og procedure voterede nævnets medlemmer. Der kunne ikke blandt de af parterne udpegede medlemmer af afskedigelsesnævnet opnås flertal for en afgørelse, der derfor skal træffes af opmanden. Parterne tilsluttede sig, at opmandens afgørelse udformes som en skriftlig tilkendegivelse.

Sagen i hovedtræk

A blev pr. 1. december 2007 ansat som pædagog ved Kalundborg Kommune med tjeneste ved Firhøjskolen, og pr. 1. juni 2009 blev hun stedfortræder. Hun arbejdede som pædagog i Firhøjskolens SFO, hvor hun havde med børnene i aldersgruppen 6-7 år at gøre.

Mandag den 11. januar 2010 havde de fleste af de godt 30 børn, som A havde ansvaret for, efter endt skoletid været ude og lege i sneen. Efter at børnene ved 13.30-tiden var blevet kaldt ind for at soignere sig og gøre klar til at spise, inden de første børn skulle hjem med bussen kl. 14.30, opdagede man, at der på toilettet var sat et håndaftryk med afføring på væggen. Aftrykket var i barnehåndsstørrelse og var sat på væggen i børnehøjde.

A og pædagogmedhjælper Jette Hansen talte med børnene om det, og de duftede til børnenes hænder, men fandt ikke på den måde frem til det barn, der havde smurt afføring på toiletvæggen.

I et yderligere forsøg på at finde frem til det pågældende barn besluttede A og Jette Hansen at undersøge, om nogen af børnene skulle have afføring i bukserne. Børnene blev delt op i drenge og piger. A stod for at undersøge drengene en ad gangen på det ene toilet, og Jette Hansen stod for at undersøge pigerne en ad gangen på det andet toilet. Undersøgelsen blev gennemført ved, at barnet blev bedt om at trække underbukserne ned til lige under ballerne, således at den voksne, der stod nogle meter derfra, kunne se, om der var afføring på baller eller i underbukserne. Heller ikke ved denne undersøgelse fandt de frem til det pågældende barn.

A orienterede samme eftermiddag lederen af SFO, Per Gjøg Hansen, om det passerede. Forældrene blev også orienteret, enten da de afhentede deres børn eller – for så vidt angår de børn, der tog bussen hjem – telefonisk. Den følgende dag (tirsdag den 12. januar 2010) om eftermiddagen opsøgte A skoleleder Anne Christensen på dennes kontor og orienterede hende om episoden.

Torsdag den 14. januar 2010 fik forældrene et orienteringsbrev underskrevet af SFO-leder Per Gjøg Hansen. Det hedder i brevet bl.a.:

"For at være sikker på, at alle har forstået hvordan toilet episoden, med afføring på toilettets væg foregik, kommer her en skrivelse til alle forældre i 0. klasse.

Der har været forskellige opfattelser af om det var etisk korrekt at tjekke børnene, og der kan jeg kun sige at personalet handlede som de skulle. Med udgangspunkt i at børnene ikke blev udstillet foran de andre børn, og hvis der havde været et barn som havde afføring i underbukserne, så havde personalet haft mulighed for at hjælpe og ikke mindst drage omsorg for barnet. For der er ingen tvivl om at det barn som har gjort det, har brug for hjælp."

I et dateret notat, der er udfærdiget af skoleleder Anne Christensen, og som hun den 19. januar 2010 sendte til kommunen, hedder det:

"Orientering til Anne Christensen ved A ... sidst på eftermiddagen den 12. januar 2010

A (Pædagog SFO) orienterer om, at der om eftermiddagen i SFO (børnehaveklassen) har været en hændelse, hvor der er blevet smurt afføring ud over væggen på toilettet. (Toilettet er placeret mellem gangen på skolen og børnehaveklassens lokale.)

A og Jette Hansen (medhjælper SFO) samler børnene på stuen efter det skete og snakker med børnene om den afføring der er tørt ud på væggen. De spørger børnene om der er nogen der har gjort det eller de har set nogen gøre det. Børnene griner af det skete og synes det er sjovt. Derpå orienterer de to børnene om, at de vil checke deres hænder for at se om der er nogle rester af afføring på børnenes hænder. Dette sker, uden at man finder noget.

Derpå aftaler A og Jette at de vil dele børnene i to grupper, en pigegruppe og en drengegruppe, for efterfølgende at checke om der er afføring på hver enkelt barns underbukser.

De to voksne tager hver en gruppe børn med ind på de to stuer og hver enkelt barn går ud på toilettet hvor børnene selv viser bagkanten af deres underbukser mens den voksne står i behørig afstand. (Ude i gangen) Undersøgelsen viser intet.

Efterfølgende tages der igen en snak med børnene i de to grupper.

Børnenes forståelse af episoden er nu betydeligt større.

Da jeg (Anne Christensen) modtager ovenstående information kommenterer jeg det skete.

Forældrene orienteres om det skete af A og Jette, da børnene hentes den pågældende dag.

SFO-leder, Per Gjøg Hansen, orienteres om det skete af A i løbet af mandag eftermiddag.

Tirsdag formiddag orienteres det øvrige personale i SFO'en om episoden på et personalemøde.

Torsdag skriver Per Gjøg Hansen en redegørelse til forældrene om det skete for at sikre at alle forældre kender til hvad der egentlig er passeret og Anne Christensen læser den igennem inden den udleveres.

Skrivelsen sendes med børnene hjem torsdag til orientering.

Nævnte skrivelse er medsendt til denne orientering.

Ovenstående er nedskrevet af Anne Christensen".

Kommunen fik som følge af en klage fra en forælder kendskab til sagen den 19. januar 2010. Børn og Unge direktør i kommunen, Per Bjørn Hansen, anmodede i den anledning Anne Christensen om en udtalelse, og som svar på anmodningen fremsendte hun ovenstående daterede notat.

Efter at have modtaget notatet spurgte Per Bjørn Hansen på mail Anne Christensen om, hvordan hun havde kommenteret sagen over for A. Anne Christensen svarede: "Jeg kommenterer hændelsen ved blandt andet at sige at det er meget grænseoverskridende, hvad de har gjort."

Under et møde i kommunen den 20. januar 2010 fik A udleveret en høringskrivelse om påtænkt bortvisning af hende. I skrivelserne er det anført, at kommunen vurderer håndteringen af episoden som en grov krænkelse af børnenes integritet samt kollektiv afstraffelse af de involverede elever i 0. klasse.

Ved skrivelse af 30. januar 2010 – modtaget af A med posten mandag den 1. februar 2010 – blev hun herefter bortvist. I begrundelsen for bortvisningen hedder det bl.a.:

"Vi har forstået, at dit formål med din handling var at hjælpe et barn, men de midler, som du tog i brug for at opnå dette mål, står på ingen måde i forhold til den kollektive ydmygelse af den store gruppe af børn, som du udsatte dem for gennem din og pædagogmedhjælperens handlinger. Selv hvis et af børnene havde smurt afføring ud på et toilet, ville din handling fortsat have været uacceptabel, idet det ligger langt ud over sædvanligt pædagogisk virke i en SFO at foretage kollektive, integritets- og grænseoverskridende undersøgelser af den karakter, som du har forestået og gennemført. Sammenfattende er der i ansættelsesretlig henseende tale om en grov misligholdelse, som fører til vores beslutning om at bortvise dig."

Opmandens tilkendegivelse

Efter bevisførelsen lægges det til grund, at A havde grund til at tro, at det var et af de børn, som hun havde ansvaret for, der havde smurt afføring ud på væggen i toilettet. Det var på den baggrund naturligt, at hun tog skridt til at finde frem til det barn, der havde gjort det.

Spørgsmålet om, hvordan man som pædagog bør reagere i en sådan situation beror i vidt omfang på et fagligt skøn over, hvor vigtigt det er at finde frem til barnet, og en afvejning af, hvilke midler det i lyset heraf er forsvarligt at anvende.

Da en samtale med børnene og en duftprøve af deres hænder ikke førte til noget resultat, besluttede A sammen med Jette Hansen at gennemføre en undersøgelse af børnenes underbukser. A undersøgte drengene en ad gangen på det ene toilet, mens hendes kollega undersøgte pigerne en ad gangen på det andet toilet. Undersøgelsen blev gennemført ved, at barnet blev bedt om at trække underbukserne med til lige under ballerne, således at den voksne, der stod nogle meter derfra, kunne se, om der var afføring på baller eller i underbukser.

Undersøgelsen af børnenes underbukser indebar en integritetskrænkelse af børnene, og opmanden finder, at en undersøgelse af denne karakter var mere indgribende i forhold til børnene, end baggrunden og formålet med undersøgelsen kunne berettige til. Da samtale med børnene og en "ydre" undersøgelse af deres hænder og tøj ikke førte til noget resultat, burde A således efter opmandens opfattelse have afstået fra at gennemføre den beskrevne undersøgelse af børnenes underbukser.

Spørgsmålet er herefter, om As handlemåde indebærer en sådan misligholdelse af ansættelsesforholdet som pædagog, at det var berettiget at bortvise hende, subsidiært at opsige hende med sædvanligt varsel.

Efter det oplyste kan det lægges til grund, at det forhold, at et mindre barn smører afføring ud på væggen, er en usædvanlig hændelse, og A havde ikke tidligere været ude for det. Der er ikke grundlag for at kritisere, at hun fandt det vigtigt at finde frem til det pågældende barn, idet en sådan handling fra et mindre barns side efter det oplyste kan være tegn på, at barnet har brug for hjælp. Hun forsøgte først at finde frem til barnet ved en samtale med børnene og en duftprøve af deres hænder. Først da disse midler ikke gav resultat, besluttede hun sammen med Jette Hansen at gennemføre undersøgelsen af børnenes underbukser. Undersøgelsen blev tilrettelagt og gennemført på en sådan måde, at børnene ikke skulle trække underbukserne ned i de andre børns påsyn. Efterfølgende orienterede A samme eftermiddag SFO-leder Per Gjøg Hansen om det passerede, ligesom forældrene blev orienteret, og den følgende dag orienterede hun skoleleder Anne Christensen om episoden. I orienteringsbrevet af 14. januar 2010 til forældrene bakkede SFO-leder Per Gjøg Hansen op om det, som A og Jette Hansen havde gjort i situationen.

Selv om undersøgelsen af børnenes underbukser som foran anført ikke var acceptabel, findes As handlemåde under de nævnte omstændigheder ikke at indebære en sådan misligholdelse af hendes ansættelsesforhold som pædagog, at det var berettiget at bortvise hende.

A har derfor krav på en erstatning svarende til løn m.v. i opsigelsesperioden fra den 2. februar 2010 til den 31. maj 2010 med procesrente fra den 14. december 2010, jf. klagers påstand 1.

Efter opmandens opfattelse ville heller ikke en opsigelse af A have været rimeligt begrundet under de anførte omstændigheder. Hendes handlemåde må anses som udslag af et fejlskøn udøvet i forbindelse med håndteringen af en usædvanlig hændelse, hvor formålet var sagligt, men midlet var for vidtgående. Opmanden finder, at en advarsel ville have været en passende og tilstrækkelig reaktion.

A har på den baggrund yderligere krav på en godtgørelse, jf. klagers påstand 2. Godtgørelsen fastsættes til 30.000 kr. Ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse er der navnlig lagt vægt på ansættelsesforholdets varighed og på, at den gennemførte undersøgelse af børnenes underbukser ikke var acceptabel.

Hver part skal bære egne omkostninger og betale opmandens honorar med halvdelen hver.