

PROTOKOLLAT
med
tilkendegivelse
i
afskedigelsesnævn (Faglig voldgift 2017.0077)

Børne- og Ungdomspædagogernes Landsforbund (BUPL)

(advokat Maria Muñiz Auken)

for

A

mod

Faxe Kommune

(advokat Elsebeth Aaes-Jørgensen)

Den 2. januar 2018

Tvisten

Sagen angår, om Faxe Kommune var berettiget til at bortvise SSP-medarbejder A. Såfremt bortvisningen anses for sket med urette, er der tillige spørgsmål om, hvorvidt en opsigelse ville have været rimeligt begrundet i A's forhold.

Påstande

Klager, Børne- og Ungdomspædagogernes Landsforbund (BUPL) for A, har nedlagt følgende påstande:

1. Indklagede, Faxe Kommune, skal betale erstatning svarende til løn, pension og feriegodtgørelse i A's opsigelsesperiode fra den 11. december 2015 til den 31. maj 2016 med procesrente fra anlægget af nævnssagen.
2. Hvis afskedigelsesnævnet giver klager medhold i påstand 1, skal indklagede endvidere betale en af afskedigelsesnævnet fastsat godtgørelse svarende til maksimalt 10 måneders løn efter overenskomstens § 18, stk. 10.

Indklagede, Faxe Kommune, har påstået frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb.

Sagens behandling

Sagen blev forhandlet den 30. november 2017.

Voldgiftsretten bestod af juridisk konsulent Lars Feldt Andersen og juridisk konsulent Ulla Nielsen, begge udpeget af klager, og chefkonsulent Gert Højby og konsulent Finn Bjørn, begge udpeget af indklagede, samt – som opmand – undertegnede fhv. højesteretsdommer Jytte Scharling.

Som procedør for klager mødte advokat Maria Muñiz Auken.

Som procedør for indklagede mødte advokat Elsebeth Aaes-Jørgensen.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af A, B, C, D og E.

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. Jeg tilkendegav mundtligt min opfattelse af sagen, hvorefter jeg ville tage Faxe Kommunes frifindelsespåstand til følge. De partsudpegede medlemmer erklærede sig indforstået med, at sagen afgøres ved denne tilkendegivelse, der vil blive udformet skriftligt, og kendelse blev frafaldet.

Opmandens afgørelse

Sagsfremstilling

A blev pr. den 1. januar 2009 ansat i Faxe Kommune som pædagog/opsøgende medarbejder med arbejdssted indtil videre ved Klub Tingvej i Haslev.

I 2015 skete der en omlægning i kommunen af det opsøgende arbejde og SSP-arbejdet, idet det blev besluttet, at SSP-arbejdet og ungdomsklubberne organisatorisk skulle overflyttes til at henhøre under Faxe Ungdomsskole, hvis leder var ungdomsskoleleder B. B overtog pr. 1. januar 2015 ledelsen af SSP-konsulent F, og i løbet af foråret overtog han – efter at den tidligere leder af Klub Tingvej fratrådte – tillige ledelsen af de to opsøgende medarbejdere, A og C, der var tilknyttet klubben. Med virkning fra den 1. august 2015 overgik A og C som led i strukturændringen til at være SSP-medarbejdere. SSP-teamet bestod herefter af disse to og F.

B oplevede i forbindelse med implementeringen af den nye struktur, at der var usikkerhed om opgavefordelingen mellem klubmedarbejdere og SSP-teamet.

Den 29. september 2015 sendte han følgende mail til afdelingsleder ved Klub Tingvej G samt de tre SSP-medarbejdere:

”Kære alle sammen

Jeg ved godt at jeg har prioriteret Heltidsundervisningen i løbet af den sidste 1½ måned. Men jeg bliver lidt bekymret over at der begynder at optræde ”artefakter fra gamle dage”.

Jeg er nødt til at påpege at vi før sommerferien i ssp har besluttet at oprettelse af Hot spot skal forbi SSP-sagsmøde. Hot spot er afløser for det tidligere ops-arbejde i kommunen.

Jeg tror vi skal være meget påpasselige med at italesætte det på andre måder, da der rundt om i organisationen (Faxe Kommune) endnu ikke er en fornemmelse af de nye tilstande.

G og jeg har således bemærket at der er klubmedarbejdere der tror de skal lave opsøgende arbejde – vi har svært ved at gennemskue hvorfor og hvordan den misforståelse optræder. Men jeg vil gerne bede jer om at være med til at italesætte og facilitere den nye struktur, som er aftalt.

Hvis vi på sagsmøde opretter et Hotspot og har brug for ekstra personale er det i SSP-regi og ikke i Klub-regi. Det er bl.a. derfor vi skal aftale det på sagsmøde, da det kræver ledelsesbeføjelse at ansætte personale.

Jeg vil gerne lidt til bunds i hvorfor de her ”artefakter” begynder at optræde. Jeg tænker derfor at vi inviterer G med på kommende sagsmøde.”

A besvarede mailen samme dag og anførte bl.a.:

”Det lyder som en god plan, så vi fremadrettet kan aftale hvordan og hvorledes.

Tror misforståelsen ligger delvist hos mig, da H var med ude i byen på kultur natten (dog efter aftale med hans koordinator) – ved ikke om det er det du tænker på?

...”

I løbet af efteråret 2015 opstod der uro omkring klub Tingvej, idet en gruppe unge skabte uro uden for klubbens område. Ledelsen af SSP besluttede derfor, at der skulle oprettes et hotspot ved klubben.

B sendte i forbindelse hermed den 19. november 2015 følgende mail til de tre SSP-medarbejdere:

”Kære SSP’ere

I forlængelse af de problemer, der har været omkring klub tingvej de sidste par uger, har vi diskuteret mulighederne i ledelsen.

Jeg vil derfor gerne have at der bliver oprettet et HOT-SPOT ved klub Tingvej fra d. 30.11.15 som er koblet op i forhold til klubbens åbningstid, mandag og onsdag begge dage 18.30-21.30.

Hotspottet lukkes igen d. 16.12.2015.

Jeg forventer I alle tre deltager i rullende vagtplan, jeg vil gerne lægge den for jer, men tænker I har nemmere ved selv at sammensætte vagterne. Der skal være mindst 2 til stede på hver vagt.

Baggrunden er at der optræder elementer som ikke er hjemmehørende i klubben, og de forsøger at lægge beslag på det offentlige rum. De har en adfærd som skaber utryghed blandt klubbens medlemmer og der er forlydender om salg af stoffer.

...

Det er underforstået på ovennævnte at klubbens medarbejdere kun er aktive på klubbens område og at Hotspottet er området herudover...

Den 23. november skrev B i en mail til de tre SSP-medarbejdere:

"Hej alle tre

Jeg ved I har gang i ssp-dagen mm, men jeg har ikke modtaget nogen vagtplan eller hørt fra jer, og vil derfor høre om jeg skal lave den så I har den i morgen, når vi mødes?"

A svarede samme dag.

"Hej Nicolai

Det ser ud som at jeg er på alle fire dage og F er på de to mandage og C de to onsdage."

Onsdag den 2. december 2015 skulle SSP-teamet afvikle en af hotspotaftenerne ved Klub Tingvej. A skulle den følgende dag rejse med familie på ferie i Budapest og havde problemer med at deltage i hotspottet. Fredagen før drøftede de tre SSP-medarbejdere problemet, og F ville undersøge, om hun havde mulighed for at tage vagten. Om mandagen meddelte hun, at hun ikke kunne tage vagten. SSP-medarbejderne enedes herefter om at spørge D, om han havde mulighed for at påtage sig vagten. D, der tidligere havde været ansat i ungdomsklubberne i Haslev og som nu var ansat i en SFO, ligeledes i Faxe Kommune, indvilligede i at tage vagten, der herefter blev varetaget af ham og af C. Ledelsen blev ikke orienteret herom.

Under hotspottet den 2. december opstod der tumult og slåskamp mellem nogle af de unge, D og C lagde sig imellem, og herved blev D ramt af et knytnæveslag i ansigtet. Politiet kom til stede. B, der var blevet orienteret af en klubmedarbejder, kom også til stede.

Ved brev af 3. december 2015 fra Faxe Kommune til A meddelte kommunen, at man påtænkte at bortvise ham for ulovlig udeblivelse den 2. december 2015 og gav en høringsfrist til den 9. december 2015. Sagen blev forhandlet mellem kommunen og BUPL uden, at der blev opnået enighed. Ved brev af 10. december 2015 blev A herefter bortvist fra sin stilling som SSP-medarbejder.

Forklaringer (gengives kun i hovedtræk)

A har forklaret bl.a., at han er uddannet lærer. Da han og C virkede som opsøgende medarbejdere, havde de en høj grad af selvstændighed ved arbejdstilrettelæggelse, herunder også vedrørende arbejdstider. De havde også haft mulighed for at hyre ekstra folk ind ved behov. Ved etableringen af den nye struktur overgik han og C til SSP-teamet fra den 1. august 2015. Der var en ny ledelse og ny arbejdsplads. Den nye tanke var, at det opsøgende arbejde skulle forankres på skolerne. Før august havde de haft møder om et nyt kommissorium for SSP-arbejdet, men arbejdsbeskrivelsen forelå ikke færdig. I starten havde SSP-medarbejderne ugentlige møder med B, men senere blev en del møder aflyst.

Da han den 23. november 2015 svarede på B's mail om vagtplanen for hotspottet, var han godt klar over, at han skulle flyve til Budapest den 3. december, men han var ikke klar over, at han skulle flyve meget tidligt om morgenen. Det blev han klar over den 27. november. Han har ikke bil og ville ikke kunne nå til lufthavnen med offentlige transportmidler om morgenen. Han valgte derfor at tage til Roskilde for at overnatte hos familie natten før rejsen. Da det mandag den 30. november viste sig, at F ikke kunne tage vagten, drøftede de i SSP-teamet, hvad de kunne gøre. De var bekendt med, at de ikke kunne benytte en klubmedarbejder. De valgte derfor at kontakte D, som tidligere havde været klubmedarbejder, men som nu var i en SFO. De vidste, at han var en meget erfaren og kompetent medarbejder. Han tænkte ikke på at kontakte ledelsen. De havde jo tidligere mange gange hyret folk ind. I tiden efter den nye struktur havde de også i tre tilfælde haft bistand fra andre medarbejdere.

B har forklaret bl.a., at han er leder af ungdomsskolen. Han har tre afdelingsledere. Fra den 1. august 2015 refererede SSP-teamet til ham. Processen omkring strukturændringen stod på igennem en længere periode fra foråret 2015. Det var tanken, at SSP-medarbejderne skulle have deres hverdag ude på skolerne. Hotspots var et nyt begreb. De skulle oprettes i en periode, hvis der blev konstateret problemer, således at der skete en fokuseret indsats i en periode. Hotspottet ved Klub Tingvej var det første, der blev oprettet. Der havde været stigende utryghed omkring Klub Tingvej. Formålet med hotspottet var at få en fornemmelse af, hvad der rørte sig blandt de unge. Den 2. december 2015 blev han ringet op af G, der oplyste, at D var blevet slået ned. Han blev overrasket, da han ikke havde nogen medarbejder ved navn D i sin organisation. Han kørte til klubben, hvor politiet var til stede, og hvor han fik en opdatering af C og D.

I dagene fra den 30. november til den 3. december var han ikke på kontoret, idet han holdt nogle planlagte omsorgsdage. Han kan imidlertid altid kontaktes, hvis der er noget vigtigt, og de tre afdelingsledere var på arbejde. I de tre tilfælde, der er omtalt af A, hvor der har været bistand fra andre medarbejdere, har dette været med ledelsens viden og accept.

C har forklaret bl.a., at han er uddannet lærer. Han og A havde i en årrække forud for strukturændringen pr. 1. august 2015 arbejdet sammen som opsøgende medarbejdere. De tilrettelagde selvstændigt deres arbejde som opsøgende medarbejdere. Deres daværende leder havde tillid til, at de ved behov for afløsning selv kunne vurdere, hvem der havde de fornødne kompetencer til at afløse for dem. I forbindelse med den nye struktur definerede B nogle overordnede rammer, men de fik ikke en rigtig arbejdsplan. De skulle fremover arbejde på skolerne. Tænkningen var at gå fra gadeplan til skoleplan. De tilrettelagde selv arbejdet. Ind imellem havde de møder med B. De gav ikke besked til ledelsen ved afspadsring. De vurderede, om det kunne passe med det arbejde, der skulle udføres.

I forbindelse med hotspottet den 2. december holdt SSP-medarbejderne møde et par dage forinden og drøftede, hvad der kunne gøres, da A ikke kunne deltage. Det var deres vurdering, at D havde alle de fornødne kompetencer til at afløse for A. De tænkte, at det var en skrivebordssag, og at de ville orientere B efterfølgende. De forestillede sig ikke, at der kunne opstå tumult på hotspottet. Det er første gang, han har oplevet dette. Den 2. december virkede alt rimeligt stille først på aftenen. Så opstod der klammeri inde i klubben, og en udefrakommende dreng blev jagtet af fire unge, der prøvede at tæske ham. Han og D prøvede at tale dem fra det og at skærme drengen. Herunder blev D utilsigtet ramt af et knytnæveslag i ansigtet.

D har forklaret bl.a., at han er uddannet pædagogisk assistent. Han har tidligere bl.a. været klubmedarbejder på Klub Tinglev i 10 år. Nu er han SFO-medarbejder i Faxe Kommune i en klub for 4 -7. klasse og varetager herudover bl.a. understøttende undervisning for 4. årgang. Han var med til at starte det opsøgende arbejde, som A og C fortsatte.

Han blev kontaktet af A om at afløse den 2. december. Han fik at vide, at SSP ikke skulle blande sig i klubbelen. De skulle observere og se, om der skete stofsalg. Han havde ingen betænkeligheder ved opgaven. Han og C observerede fra et skur på parkeringspladsen foran klubben, da der opstod tumult. 5-6 unge fra Haslev lammetævede en ung fra Dalby. De

prøvede at beskytte den overfaldne. I den forbindelse blev han ved et uheld ramt af et slag i ansigtet.

E har forklaret bl.a., at han er HR-konsulent i Faxe Kommune. De tre SSP-medarbejdere har et løntillæg for selvtilrettelæggelse af arbejdet inden for alle 7 dage. De har ikke ansættelseskompetence.

Parternes hovedanbringender

Klager har anført navnlig, at hændelsesforløbet forud for og ved afviklingen af hotspottet den 2. december 2015 ikke kan berettige til en bortvisning af A. SSP-teamet bestående af A, F og C havde i en årrække forud for hændelsen været selvstyreende i forbindelse med arbejdstilrettelæggelsen og var vant til, at det var muligt at få vikardækning. De handlede i tiltro til, at teamet kunne træffe beslutningen om vikardækning, og D var en erfaren medarbejder, der fuldt ud havde kompetence til at påtage sig opgaven.

A har ikke tidligere modtaget påtaler eller advarsler, og der var ikke givet en klar instruks om, at den hidtidige arbejdsform var ændret. A's mail af 23. november 2015 om, at "det ser ud som om at jeg er på alle fire dage" kan ikke anses som udtryk for en endelig vagtplan. A er endvidere den eneste i SSP-teamet, der er blevet bortvist, selv om der var tale om en fælles beslutning i teamet. Det strider mod det forvaltningsretlige lighedsprincip.

Hændelsesforløbet er ikke en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, der kan berettige til bortvisning, ligesom en opsigelse ikke ville være rimeligt begrundet. A har derfor krav på vederlag for opsigelsesperioden samt en godtgørelse efter overenskomstens § 18, stk. 10.

Indklagede har anført navnlig, at A ulovligt udeblev fra sin vagt den 2. december 2015. Han tilsidesatte derved det grundlæggende ansættelsesretlige princip om, at en medarbejder skal udføre alt arbejde personligt og ikke må sætte en anden i sit sted. A havde påtaget sig vagten i overensstemmelse med den vagtplan, han selv havde været med til at tilrettelægge. Hans udebliven var forsætlig. Han valgte ydermere uden involvering – eller i det mindste orientering – af ledelsen i stedet at bemane vagten med en udefrakommende vikar, der ikke havde modtaget instruks eller oplæring i fornødent omfang for at varetage opgaven. Dette skete, selv om det forinden klart var tilkendegivet SSP-teamet, at det krævede ledelsesbeføjelse at ansætte personale, og selv om det klart var tilkendegivet, at

gennemførelsen af et hotspot havde ledelsens bevågenhed, idet et hotspot blev oprettet, når der var konstateret problemer i et område. Det er derfor nødvendigt, at der er de rette mennesker med de rette kompetencer til stede.

A's handling udgør et sådant tillidsbrud, at en bortvisning var berettiget. Det bestrides, at bortvisningen er i strid med det forvaltningsretlige lighedsprincip, da det alene var A, der udeblev fra sin vagt.

Subsidiært gøres det gældende, at en opsigelse med sædvanligt opsigelsesvarsel ville have været saglig.

Opmandens begrundelse og resultat

Ved indgåelse af arbejdsaftaler er udgangspunktet, at en lønmodtager har pligt til at udføre sit arbejde personligt og ikke uden arbejdsgiverens accept kan sætte en anden i sit sted.

Efter bevisførelsen lægger jeg til grund, at A ved sin mail af 23. november 2015 om vagtplanen for bemanningen af hotspottet ved Klub tingvej havde påtaget sig vagten for den 2. december 2015 i tidsrummet fra kl. 18.30 til 21.30. Efter B's tilkendegivelse i sin mail af 19. november 2015 kunne de tre SSP-medarbejdere selv fordele vagterne i hotspottet mellem sig, dog at der skulle være mindst to SSP-medarbejdere på vagt samtidig. A ville således have været berettiget til at bytte sin vagt med en af de to øvrige SSP-medarbejdere. A ønskede af private – efter min opfattelse ikke-tvingende grunde - ikke at påtage sig vagten den 2. december 2015. Da det viste sig, at det ikke kunne lade sig gøre at bytte med en af de øvrige SSP-medarbejdere, valgte A at lade sin vagt overtage af D, der ikke var tilknyttet SSP-teamet eller i øvrigt ansat under SSP-ledelsen. Ledelsen blev ikke orienteret herom.

Selv om det før strukturændringen havde været muligt for A som opsøgende medarbejder selv at sørge for vikardækning, finder jeg, at det efter strukturændringen pr. 1. august 2015 måtte stå SSP-medarbejderne klart, at den hidtidige vikarpraksis ikke længere var gældende.

Ungdomsskoleleder B havde således ved sin mail af 29. september 2015 til SSP-teamet udtrykkeligt tilkendegivet, at det krævede ledelsesbeføjelser at ansætte personale. I forbindelse hermed bemærker jeg, at jeg ikke finder det godtgjort, at der efter strukturændringen er benyttet personale uden for SSP-teamet uden forudgående accept fra ledelsen.

På den anførte baggrund finder jeg, at A ulovligt udeblev fra sit arbejde ved ikke at deltage i hotspottet den 2. december. Han har herved misligholdt sit ansættelsesforhold.

Ved vurderingen af, om misligholdelsen må anses for så grov, at den berettiger til en bortvisning, lægger jeg vægt på, at ledelsen som anført havde tilkendegivet, at der skulle være to SSP-medarbejdere til stede på vagterne. Jeg lægger endvidere vægt på, at oprettelsen af hotspottet var begrundet i, at der var konstateret særlige problemer med en gruppe af unge, der havde skabt utryghed omkring Klub Tingvej. Der var således tale om en arbejdsopgave, der måtte formodes at kræve den særlige viden og erfaring, som en erfaren SSP-medarbejder er i besiddelse af. Ved under disse omstændigheder at overlade sin vagt til en person, der ikke var en del af SSP-teamet og som i øvrigt ikke var ansat i SSP-ledelsens organisation, finder jeg, at misligholdelsen må anses for så grov, at bortvisningen var berettiget. Jeg bemærker herved, at der ikke er grundlag for at antage, at der ved bortvisningen er sket en tilsidesættelse af den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning. Det var alene A, der udeblev fra sin vagt.

Jeg tager herefter Faxe kommunes frifindelsespåstand til følge.

Thi bestemmes

Faxe Kommune frifindes

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

Sagen sluttet.

Den 2. januar 2018.

Jytte Scharling