

Kendelse af 15. november 2019 i faglig voldgiftssag FV2019.0040:

Fagligt Fælles Forbund
(advokat Jeppe Wahl-Brink)

mod

DI

for

Polygon DB A/S
Stamholmen 193B
2650 Hvidovre
(advokat Morten Lind Eisensee)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår hjemsendelse efter Serviceoverenskomstens særbestemmelser om skadeservice. Spørgsmålet er, om hjemsendelse af to medarbejdere er sket i strid med Overenskomsten, og om hjemsendelse af den ene af medarbejderne yderligere er sket i strid med ligebehandlingsloven, samt hvad konsekvenserne i givet fald skal være.

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 22. oktober 2019 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: forhandlingssekretærene Mette Madsen og Henriette Olofsen, begge 3F, underdirektør Niels Grøn Seirup og advokat Thomas Nielsen, begge DI.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af

- de to servicemedarbejdere, som den indklagede virksomhed, Polygon DB A/S, hjemsendte den 7. november 2017, A og B,
- forhandlingssekretær Morten Eriksen, 3F Privat Service,
- servicemedarbejder og tillidsrepræsentant C, Polygon,
- tidligere servicemedarbejder i Polygon D og
- afdelingschef E, Polygon.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af den faglige voldgiftsret var flertal for en afgørelse, træffes afgørelsen af opmanden. Parterne er enige om, at det kan ske ved kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af forklaringer samt parternes procedurer, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 5.

3. Overenskomstgrundlaget

2017-Serviceoverenskomsten indeholder ”Særbestemmelser om skadeservice m.v.”, hvori det bl.a. hedder:

”f. Beredskabsvagt: Faste medarbejdere er forpligtet til at indgå i en vagtordning med henblik på ikke planlagte udkald fra bopælen.

...

g. Afspadsering: Parterne er enige om, at overarbejde skal afspadseres, hvis det kan forenes med hensynet til driftsmæssige forhold.

Afspadseringen fastlægges efter aftale mellem arbejdsledelsen og medarbejderen

...

I tilfælde af arbejdsmangel kan arbejdsledelsen pålægge afspadsering med dags varsel.

h. Afspadseringskonto og udkald [I note hertil er anført: En forsøgsordning i overenskomstperioden]

Afspadseringskonto: Alle skadeservicemedarbejdere, som arbejder under Serviceoverenskomstens særbestemmelser om skadeservice får etableret en afspadseringskonto.

Medarbejderne optjener timer til afspadseringskontoen ved at udføre overarbejde. Overarbejdstillægget udbetales, men den udførte arbejdstime overføres til afspadseringskontoen.

Der kan maksimum stå 74 timer på afspadseringskontoen. Timer ud over 74 timer udbetales løbende.

Afspadseringskontoen afregnes årligt den 14. juni og udbetales sammen med den almindelige lønudbetaling i juni, dog således, at der stadig står 40 timer tilbage efter udbetalingen, såfremt der er timer nok hertil.

De til enhver tid værende timer på afspadseringskontoen kan bruges af arbejdsgiver i tilfælde af arbejdsmangel og medarbejderen kan anvende timerne efter de almindelige regler om afspadsering.

Alle medarbejdere kan hjemsendes uagtet antallet af andre medarbejders opsparede timer på opsparingskontoen.

...

Parterne er enige om, at der i perioder, hvor virksomheden har sendt medarbejdere hjem på afspadsering, kun sker nyansættelser, såfremt de afspadserende medarbejdere savner de fornødne kvalifikationer til arbejdet eller den afspadserende medarbejder ikke har mulighed for at møde på arbejde.

Arbejdsgiver og tillidsrepræsentant skal drøfte en løsningsmodel for, hvem der skal hjemsendes.

i. Hjemsendelse: I tilfælde af arbejdsmangel, der ikke kan imødegås ved afspadsring af overarbejde, kan medarbejderne hjemsendes ...

...

I en periode med hjemsendte medarbejdere kan nyansættelser kun finde sted, såfremt de hjemsendte medarbejdere savner de fornødne kvalifikationer til arbejdet.

Virksomheden attesterer skriftligt hjemsendelsen og dens årsag over for de pågældende medarbejdere til brug for jobcenter og A-kasse.

På anfordring udsteder virksomheden frigørelsesattest for hjemsendelsesperioden til medarbejdere, der hjemsendes.

Tillidsrepræsentanten skal høres inden hjemsendelse besluttet og har påtaleret efter Serviceoverenskomstens § 28, stk. 4, såfremt denne skønner, at der i den konkrete situation ikke er behov for hjemsendelse.

...

Under hjemsendelse betales der ventepenge for de dage, hvor virksomheden ikke i henhold til lovgivningen skal betale for første ledighedsdage. Ventepengene udgør kr. 97,89 pr. dag, dog højest kr. 783,07 pr. hjemsendelsesperiode.”

Om arbejdsforholdets ophør gælder Serviceoverenskomstens almindelige regler også for skadesservicemedarbejdere, hvorefter virksomheden kun kan opsiges ansatte med et vist varsel, som øges med ansættelsens varighed – ansatte med 3 års anciennitet kan virksomheden opsiges med et varsel på 4 måneder.

Morten Eriksen har forklaret, at han som forhandlingssekretær i 3F og tidligere formand for Landssammenslutningen for Rengøring og Service under Serviceforbundet, der i 2018 er lagt sammen med 3F, i 20 år har arbejdet med Serviceoverenskomsten og deltaget i overenskomstforhandlingerne om den. Litra h i 2017-overenskomsten er en videreførelse af en organisationsaftale af 26. oktober 2015 om afspadseringskonto og udkald, hvori det bl.a. hedder:

”Baggrund for aftalen:

Organisationerne er enige om at etablere denne forsøgsordning for at afgøre, om ordningen kan beskytte medarbejderne mod ledighed i de perioder, hvor der er manglende ordretilgang i skadeservicevirksomhederne.”

Morten Eriksen har endvidere forklaret, at hjemsendelse til afspadsring efter litra h absolut intet har at gøre med hjemsendelse efter litra i. Ved hjemsendelse efter litra i skal alle andre muligheder være udtømte, afspadsring skal være udtømt. Det har aldrig været meningen med litra h at ændre ved, at hjemsendelse efter litra i har karakter af en undtagelse – tværtimod var meningen med litra h at undgå hjemsendelse uden løn.

4. Sagen

Polygon DB er en beredskabsvirksomhed, som forebygger, kontrollerer og minimerer skadevirkningerne af vand, brand og klima. Hovedarbejdsområderne er skadeservice, specialrengøring og fugtteknik. Virksomheden kan tilkaldes 24 timer i døgnet, 7 dage om ugen, hele året rundt. Polygon har 16 afdelinger fordelt over hele landet. Polygons kernekunder er forsikringsselskaber og boligselskaber, men Polygon betjener også virksomheder, private husejere og den offentlige sektor. Den virksomhed, som Polygon driver, er en akutforretning med de udfordringer, som det indebærer. Nogle af de ansatte arbejder med skadeservice, andre med fugtteknik. Fugtteknikere skal være stærke til kundebetjening og administrativ sagshåndtering, de arbejder typisk alene og skal derfor have kørekort. Servicemedarbejderne arbejder typisk i hold, hvorfor det ikke er nødvendigt, at alle servicemedarbejdere har kørekort, men kørekort er nødvendigt for at indgå i vagtordning og øger den enkeltes fleksibilitet. Det er ikke nødvendigt, at alle deltager i vagtordning, men der skal være det nødvendige antal til opretholdelse af det nødvendige døgnberedskab, og det øger den enkelte medarbejders fleksibilitet at være til rådighed for deltagelse i vagtordning.

I november 2017 var der i Polygons afdeling i Hillerød (tidligere Dansk Bygningskontrol Nordsjælland A/S), hvis leder var E, 34 medarbejdere. 7 af disse var tilknyttet fugtafdelingen som fugtteknikere, som ifølge E udfører et helt andet arbejde end servicemedarbejderne. 12 skulle indgå i beredskabsvagtordningen, hvor 3 er på vagt ad gangen hver fjerde uge. Blandt de resterende 15 servicemedarbejdere var A og B. 18 af de 34 medarbejdere var ansat i 2017, 4 i

2016, 6 i 2015, 1 i 2014, 3 i 2012, 1 i 2011 (B) og 1 i 2010 (A). Blandt servicemedarbejderne var der en, som havde sagt op i juni 2017, en, som med henblik på studiestart havde sagt op til fratrædelse den 22. december 2017, en, som arbejdede i et skåneforløb 3 timer om dagen, en, som var langtidssygemeldt i forbindelse med graviditet, en, som efter sygdom var i et opstartforløb, osv. Der var blandt servicemedarbejderne flere, som i november 2017 havde opsparede timer stående på afspadseringskontoen. Flest timer havde tre, som i en medarbejderoversigt har fået følgende ”kommentar til hvorfor vedkommende ikke er hjemsendt”:

- ”Arbejds miljørepræsentant” 47,75 timer,
- ”Ungkontrakt. Villig til at tage overarbejde” 48 timer,
- ”Arbejder med løsøre. Kan skrive frasorteringslister osv. Villig til at tage overarbejde” 66,5 timer.

Om arbejdssituationen i 2017 i Hillerød-afdelingen er det oplyst, at der var følgende opgavetilgang i månederne juli-december:

- Juli 203
- August 298
- September 189
- Oktober 174
- November 164
- December 150.

I juli og august kom der mange opgaver ind, og E har forklaret, at de i september 2017 var nødt til at ansætte nye medarbejdere for at klare alle de foreliggende opgaver og dække vagtordningen, som flere af de ansatte havde meldt fra til at deltage i. De ansatte på grund af de mange skader 3 servicemedarbejdere, som skulle indgå i vagtordningen. En tiltrådte den 10. september 2017, en anden den 17. september 2017. Den tredje blev ansat ved jobsamtale den 11. september 2017 med tiltrædelse den 1. november 2017 på grund af opsigelsesvarsel i anden stilling. De ansatte endvidere den 1. december 2017 en medarbejder til arbejde som fugttekniker efter sædvanlig oplæring i virksomheden, herunder i servicearbejde.

A havde været ansat som servicemedarbejder i virksomheden fra den 7. januar 2010. Hun havde ligesom flere andre servicemedarbejdere ikke kørekort, hvilket betød, at hun arbejdede på hold med nogen, som havde, og at hun ikke kunne indgå i beredskabsvagtordningen.

B havde været ansat som servicemedarbejder i virksomheden fra den 22. august 2011. Han var efter ønske blevet fritaget for at deltage i vagtordningen og havde sin sidste vagt i april 2017.

A og B blev tirsdag den 7. november 2017 hjemsendt. Det hedder i skrivelser af 6. november 2007:

”Hjemsendelse cpr.nr. ...

På grund af manglende ordretilgang er du hermed hjemsendt, fra tirsdag d. 07.11.17.

Vi vil kontakte dig igen, når der kommer nye ordre ind.

Hjemsendelses penge vil blive udbetalt sammen med lønnen.”

Disse skrivelser var den 6. november 2017 sendt med en e-mail af en administrativ medarbejder i selskabet til E med kopi til tillidsrepræsentant C. Det hedder i e-mailen:

”Hej E

Jeg har vedhæftet hjemsendelser til B og A ifølge aftale.

C er CC. Til orientering.”

A har forklaret, at det kører i bølgegang med arbejde. Hun har også været hjemsendt tidligere, 5-6 gange i alt. Op til hjemsendelsen den 7. november 2017 havde hun været sygemeldt fra den 20. september 2017 til den 3. november 2017 med stress. A har forklaret, at der i sygefraværsperioden havde været en mulighedssamtale med E, og at det var hendes indtryk, at E ønskede at få hende tilbage. Hun har imidlertid også forklaret, at hun følte hjemsendelse som en straf for for meget sygefravær. E havde tidligere sagt til hende, at hun, fordi hun havde så meget sygefravær, måtte forvente at blive hjemsendt, når der næste gang kom hjemsendelser. Ud over stresssygeperioden i 2017 og en længere graviditetsbetinget sygefraværsperiode i 2015 fra den 18. maj til den 25. august har hun haft sygefravær i 2017 3 yderligere dage, i 2016 3 dage, i 2015 ingen yderligere sygedage, i 2014 13 dage, i 2013 5 dage, i 2012 9 dage, i 2011 8 dage. Der var ved hjemsendelsen den 7. november 2017 ingen indikation af varigheden. Efter hjemsendelsen

hørte hun ikke noget fra virksomheden, før hun den 18. februar 2018 blev ringet op af E, som sagde, at der nu var arbejde til hende, og bad hende komme dagen efter, hvad hun gjorde.

B har forklaret, at han tidligere har været hjemsendt, 5-6 gange i alt. Han er ret sikker på, at det sker som en slags straf, eftersom hjemsendelse i reglen sker efter sygdom, eller hvis man har brokket sig over noget. Han havde 4 sygedage i 2011, 4 i 2012, 8 i 2013, 15 i 2014, 4 i 2015, 16 i 2016 og 11 i 2017. Han var til en samtale om sygdom den 10. januar 2017, hvor han lovede at stramme sig op, men han har aldrig været sygemeldt uden at være syg og forstår ikke, hvad der står herom i virksomhedens notat fra samtalen den 10. januar 2017, som han ikke har set tidligere. Hans kone var gravid i 2017 med termin 30. november 2017, hvad han havde oplyst virksomheden om, ligesom han havde meddelt, at han ønskede at holde 14 dages forældreorlov i forbindelse med fødslen, som skulle foregå ved kejsersnit. Der var ved hjemsendelsen den 7. november 2017 ingen indikation af varigheden. Han tog ansættelse hos ASG den 15. januar 2018, han havde fået at vide, at han var fritstillet til at søge andet arbejde. Han havde ikke i mellemtiden hørt noget fra Polygon, som imidlertid ringede ham op den 18. februar 2018 om, at han kunne møde dagen efter – han blev imidlertid hos ASG.

D har forklaret, at han arbejdede i skadeservice i Hillerød i 4½ år indtil for 1½ år siden. Han har ikke prøvet at blive hjemsendt, det virkede, som om det var noget, der blev brugt som en straf. Det var da også hans indtryk, at der var masser at lave i november 2017, alle biler var ude at køre, og der var overarbejde. Der var ikke nogen i fugtafdelingen, som havde den medarbejder, der blev ansat pr. 1. december 2017, med ud at køre, den pågældende lavede servicearbejde.

C har forklaret, at han arbejder i afdelingen i Hvidovre. Skadeservicearbejde er spændende, men også meget hårdt, og de er udsat for alle mulige sygdomsrisici. Han har hørt fra andre, at der i Hillerød skulle være sket hjemsendelse med henvisning til arbejdsmangel, men at det var der ikke, at det var en straf. Hjemsendelse er et redskab til tilpasning af arbejdsstyrken. Han bliver normalt ikke hørt af Hillerød-afdelingen før beslutning om hjemsendelse, det bliver han i Hvidovre-afdelingen. Ved hjemsendelse skal der ses på, hvilke kompetencer der er brug for, også selv om der er nogle med timer på afspadseringskontoen.

E har forklaret, at de hen på efteråret havde overkapacitet i forhold til de aktuelle opgaver, og at de derfor var nødt til – efter afspadsring og diverse interne tiltag som oprydning på lager, rengøring af biler osv. – at foretage indskrænkning ved hjemsendelse. Ved hjemsendelse ved de ikke, om det er for to dage eller flere måneder, de er en akutbutik. De vurderer, hvem de bedste kan undvære. Han har aldrig hørt om hjemsendelse som en straf og har aldrig brugt hjemsendelse som en straf – det er simpelthen et spørgsmål om, hvad der er bedst for forretningen på et givet tidspunkt. De foretog en nøje gennemgang af samtlige medarbejdere og tillagde bl.a. fleksibilitet og fravær betydning. Hverken A eller B kunne komme på tale som fugttekniker – A havde ikke kørekort, og B ville ikke kunne forestå den nødvendige skriftlige dokumentation og kommunikation. E har endvidere forklaret, at han ikke anser A og B for brokkehoveder.

5. Parternes påstande og hovedsynspunkter

5.1. Klager har nedlagt følgende påstande:

1) Polygon DB A/S skal efterbetale A 117.764,36 kr. med tillæg af procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid, indtil betaling sker.

2) Polygon DB A/S skal efterbetale B 75.192,27 kr. med tillæg af procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid, indtil betaling sker.

3) Polygon DB A/S skal betale B en efter den faglige voldgiftsrets skøn udmålt godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingsloven.

4) Polygon DB A/S skal anerkende, at der ikke er foretaget korrekt høring af tillidsrepræsentanten forud for hjemsendelsen af A og B.

Beløbet i påstand 1) er en opgørelse af, hvad A skulle have haft udbetalt i løn i den periode, hvori hun var hjemsendt.

Beløbet i påstand 2) er en opgørelse af, hvad B skulle have haft udbetalt i løn i perioden fra han blev hjemsendt, indtil han fik anden beskæftigelse.

5.2. Indklagede har påstået frifindelse.

5.3. Klager har navnlig anført, at hjemsendelse retligt set er afskedigelse uden varsel med tilbud om genansættelse, når forholdene gør det muligt. Ved uberettiget hjemsendelse er der krav på løn i hjemsendelsesperioden. Både A og B blev uberettiget hjemsendt. Polygon har ikke godtgjort, at der forelå arbejdsmangel, og har i givet fald heller ikke godtgjort, at den ikke kunne afhjælpes ved afspadsring. Og selv om det skulle være tilfældet, forelå der ikke en saglig driftsmæssig begrundelse for udvælgelsen af A og B som de to, der skulle hjemsendes. Situationen burde desuden være forudset og nyansættelser kort forinden og under hjemsendelsen være undgået. Det bestrides, at en arbejdsgiver frit kan bestemme, hvem der hjemsendes.

B var ved hjemsendelsen omfattet af den omvendte bevisbyrde i ligestillingslovens § 16, stk. 4, og Polygon har ikke godtgjort, at det ikke var den forestående forældreorlov, som var årsag til, at han blev valgt. B skal derfor have en godtgørelse, jf. ligestillingslovens §§ 9 og 16, stk. 2, som passende kan fastsættes til 12 måneders løn.

Tillidsrepræsentanten blev først hørt, efter at beslutningen om hjemsendelse var truffet, selv om overenskomsten foreskriver, at høring skal ske, inden hjemsendelse besluttet.

5.4. Indklagede har navnlig anført, at hjemsendelse ikke i sig selv indebærer en afbrydelse af ansættelsesforholdet, men alene en suspension af arbejdsforpligtelsen og lønforpligtelsen. Adgangen til hjemsendelse ved arbejdsmangel svarer derfor ikke til en form for afskedigelse, men udgør en diskretionær kompetence for arbejdsgiver. Der forelå arbejdsmangel, og den kunne ikke afhjælpes ved afspadsring eller være forudset. Nyansættelse under hjemsendelsen var til et andet arbejdsområde. Udvalget skete ud fra saglige, driftsmæssige hensyn og kunne i øvrigt foretages frit af virksomheden. Hvad særligt afspadsring angår, bestrides det, at alle afspadsringstimer skal afvikles, før hjemsendelse kan ske – det er den enkelte medarbejder, der ikke kan hjemsendes, uden at han godskrives eventuelle afspadsringstimer. Polygon bestrider i øvrigt, at retsfølgen ved uberettiget hjemsendelse kan være løn i hjemsendelsesperioden – det

ville kræve en udtrykkelig hjemmel i overenskomsten. Retsfølgen ved eventuel overenskomststridig hjemsendelse er bod som ved andre overenskomstbrud.

Polygon bragte ikke B's ansættelsesforhold til ophør, og gerningsindholdet i ligebehandlingslovens § 9 er derfor ikke opfyldt. Han blev hjemsendt med besked om, at han ville blive genindkaldt, når der på ny var arbejde, og han blev faktisk genindkaldt. Bevisbyrdereglen i § 16, stk. 4, finder derfor ikke anvendelse. I øvrigt skyldtes udvælgelsen af B til hjemsendelse ikke hans ønske om 14 dages forældreorlov.

Pligten til høring af tillidsrepræsentanten skal forstås således, at det afgørende er, at tillidsrepræsentanten orienteres, inden de forestående hjemsendelser effektueres, så eventuelle indsigelser kan behandles, inden der handles i forhold til medarbejderne. Høringspligten er således ikke overtrådt.

6. Opmandens begrundelse og resultat

6.1. Forståelsen af overenskomsten

Arbejdsmangel er efter dansk arbejdsret i almindelighed arbejdsgiverens risiko. For skadeserviceområdet er der imidlertid en overenskomstmæssig særbestemmelse, hvorefter medarbejderne i tilfælde af arbejdsmangel kan hjemsendes. Hjemsendelse efter Serviceoverenskomstens særbestemmelser for skadeservice litra i) er ikke en opsigelse uden varsel – ansættelsesforholdet er opretholdt på den måde, at det er forudsat, at arbejdet genoptages, når forholdene gør det muligt, ligesom der betales et beskeden beløb i ventepenge, højst 783,07 kr. – men sådan hjemsendelse har for den ansatte helt samme effekt, nemlig med øjeblikkelig virkning at stå uden arbejde og løn. Hertil kommer, at den ansatte for at kunne oppebære dagpenge skal stå til rådighed for arbejdsmarkedet og kunne tiltræde en ny stilling med en dags varsel, hvilket forudsætter, at der ikke er bindinger i forhold til den hjemsendende arbejdsgiver, som forhindrer dette. I realiteten har hjemsendelse af en skadeservicemedarbejder efter litra i) i alt væsentligt samme virkning som en afskedigelse uden varsel.

På denne baggrund må hjemsendelsesreglerne i særbestemmelsernes litra i) forstås i nøje overensstemmelse med de betingelser og begrænsninger, som må anses for indeholdt i bestemmelsen.

Efter den nævnte virkning af hjemsendelse sammenholdt med afskedigelse må det anses for indeholdt i bestemmelsen, at det nok tilkommer arbejdsgiveren at afgøre, hvem af de ansatte der skal hjemsendes, men at afgørelsen – ligesom en afgørelse om afskedigelse efter Serviceoverenskomsten – skal træffes ud fra saglige hensyn og være driftsmæssigt begrundet.

Bestemmelsen angår hjemsendelse af ”medarbejderne”. Hvad imødegåelse ved afspadsering angår, er det derfor efter litra i) ikke kun den enkelte medarbejders, men samtlige medarbejders opsparede overarbejde, som er relevant. Der er ikke grundlag for på dette punkt at anse litra i) ændret af litra h), hvis formål er at begrænse hjemsendelse til ledighed, og hvorefter arbejdsgiver kan hjemsende til afspadsering i tilfælde af arbejdsmangel og hjemsende alle medarbejdere uagtet antallet af andre medarbejders opsparede timer på opsparingskontoen. Det er imidlertid en driftsmæssig afgørelse, om hjemsendelse kan imødegås ved afspadsering. Virksomheden er ikke tvunget til at foretage hjemsendelse af medarbejdere, som den af hensyn til driftens opretholdelse har brug for, blot fordi de har timer på afspadseringskontoen. Hjemsendelse forudsætter imidlertid en saglig driftsmæssig overvejelse af muligheden for i stedet at sende medarbejdere på afspadsering.

Det er den almindelige regel i dansk arbejdsret, at afskedigelse med for kort varsel udløser pligt til betaling af løn i den opsigelsesperiode, som medarbejderen havde krav på. På den baggrund og under hensyn til, hvordan hjemsendelse i realiteten virker, findes det i mangel af holdepunkter for det modsatte rettest at forstå litra i) således, at en uberettiget hjemsendelse udløser krav på løn i den pågældende medarbejders hjemsendelsesperiode, henholdsvis opsigelsesperioden, hvis hjemsendelsesperioden overstiger denne.

Efter særbestemmelsernes litra i), stk. 7, skal tillidsrepræsentanten ”høres inden hjemsendelse besluttet”. Efter denne ordlyd er det påkrævet at høre tillidsrepræsentanten, når hjemsendelse overvejes, således at tillidsrepræsentantens synspunkter kan indgå i det endelige

beslutningsgrundlag. Høringspligten er derfor overtrådt, såfremt høringen først gennemføres efter, at beslutningen er truffet. Det gælder også, selv om høring sker, inden den trufne beslutning effektueres ved meddelelse til de udvalgte medarbejdere.

6.2. Forståelsen af ligebehandlingsloven

Efter ligebehandlingslovens § 9 må en arbejdsgiver ikke afskedige en lønmodtager eller udsætte denne for anden mindre gunstig behandling på grund af graviditet, barsel eller adoption, herunder på grund af krav om udnyttelse af retten til fravær efter barselsloven. Efter det, der foran er anført om den bebyrdende virkning af hjemsendelse, må hjemsendelse anses for en sådan mindre gunstig behandling, at det vil være i strid med ligebehandlingslovens § 9, hvis en arbejdsgiver hjemsender en lønmodtager efter serviceoverenskomstens særbestemmelser litra i) på grund af lønmodtagerens krav om 14 dages forældreorlov.

6.3. Den konkrete sag

Der er en formodning for, at en virksomhed ikke foretager hjemsendelse uden saglig driftsmæssig begrundelse, og der er ikke oplyst omstændigheder, som giver grundlag for at antage, at der ikke forelå arbejdsmangel den 7. november 2017. Det lægges i overensstemmelse med E's forklaring til grund, at der forinden havde været en periode, hvor der havde været anvendt ressourcer på interne oprydnings- og rengøringsopgaver, og der er ikke fremkommet noget, som giver faktisk belæg for, at hjemsendelse skulle være anvendt som en straf over for medarbejdere for fravær eller andet.

Der er ikke oplyst omstændigheder, som giver grundlag for at antage, at beslutningen om hjemsendelse er truffet uden saglig driftsmæssig overvejelse af, om arbejdsmangelsituationen kunne imødegås ved afspadsering af overarbejde. Der var ganske vist medarbejdere med timer på afspadseringskontoen, men der er efter oplysningerne om de enkelte medarbejdere og virksomhedens situation ikke grundlag for at kritisere virksomhedens afgørelse om af hensyn til den fortsatte drift ikke at sende disse medarbejdere på afspadsering.

Der er en formodning for, at virksomheden i en arbejdsmangelsituation i egen interesse udvælger de medarbejdere til hjemsendelse, som bedst kan undværes. Virksomheden har oplyst, at der ved

udvælgelsen af, hvem der skulle hjemsendes, bl.a. er lagt vægt på fleksibilitet og fravær. Det fremgår i øvrigt af en fremlagt oversigt over medarbejderne, at der er indgået en lang række forskellige, saglige hensyn. Der foreligger ikke oplysninger, som giver belæg for, at der er inddraget usaglige hensyn. Der er herefter ikke grundlag for at anse udvælgelsen af A og B som usaglig. Det må endvidere lægges til grund, at den ansættelse, som fandt sted i hjemsendelsesperioden, er sket i overensstemmelse med litra i), stk. 4, og at virksomheden ikke ved nyansættelserne i september 2017 burde have disponeret i forventning om en arbejdsmangelsituation i november.

Fjorten dages forældreorlov må anses for en så beskedent byrde for virksomheden, at det har formodningen mod sig, at det er et forhold, som tillægges betydning ved udvælgelsen af, hvilke medarbejdere der i en arbejdsmangelsituation skal hjemsendes. På denne baggrund, og efter det, der er oplyst om udvælgelsen af medarbejderne til hjemsendelse, findes det godtgjort, at B ikke er blevet valgt på grund af hans kommende 14 dages forældreorlov.

Efter det anførte skal virksomheden frifindes for påstandene 1), 2) og 3).

Om høring af tillidsrepræsentanten bemærkes, at det fremgår af den e-mail, som blev fremsendt til virksomhedens leder og tillidsrepræsentanten den 6. november 2017, at der var tale om en orientering om en allerede truffet beslutning om hjemsendelse af A og B. Denne orientering opfylder ikke overenskomstens krav om forudgående høring. Klager skal derfor have medhold i påstand 4).

Thi bestemmes:

Polygon DB A/S skal anerkende, at der ikke er foretaget korrekt høring af tillidsrepræsentanten forud for hjemsendelsen af A og Niki Green.

Polygon DB A/S frifindes for de i øvrigt nedlagte påstande.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmand.

Børge Dahl