

Kendelse af 27. januar 2020 i faglig voldgiftssag FV2019.0161:

Fagligt Fælles Forbund (3F)
for
A
(advokat Ulrik Mayland)

mod

Dansk Byggeri
for
Tagmembran ApS
Birkegårdsvej 36
8361 Hasselager
(advokat Helene Bjerg Kofod)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår hjemsendelse af en tagdækker kort forinden, at virksomheden måtte forvente, at den pågældende medarbejder ville gå på to ugers fædreorlov. Spørgsmålet er, om Bygge- og Anlægsoverenskomsten giver mulighed for hjemsendelse af en medarbejder, som ikke har et års anciennitet og kan opsiges uden varsel. Spørgsmålet er endvidere, om hjemsendelse er sket i strid med ligebehandlingsloven og udløser krav på godtgørelse

2. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 24. januar 2020 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som opmand og følgende partsudpegede medlemmer: forhandlingssekretærerne Tonny Holm og Ivan Bak, begge 3F, konsulent Per Bjerregaard og overenskomstchef Tina Lund-Larsen, begge Dansk Byggeri.

Der blev afgivet forklaring af: den hjemsendte tagdækker A, tidligere ansat hos Tagmembran, tagdækkerne B og C, begge tidligere ansat hos Tagmembran, D, adm. direktør og ejer, Tagmembran, og E, projektchef, Tagmembran.

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

3. Overenskomstgrundlaget

Det hedder i 2017 Bygge- og Anlægsoverenskomsten bl.a.:

”§ 81 Afskedigelse

Opsigelsesvarsler

1. For medarbejdere, der uden anden afbrydelse end nedenfor nævnt, har været beskæftiget i samme virksomhed i nedenstående tidsrum, der regnes fra vedkommendes fyldte 18. år gælder følgende opsigelsesfrister fra:

	Arbejdsgiverside	Arbejderside
Fra 0 til 1 års beskæftigelse	0 uger	0 uger
Efter 1 års beskæftigelse	3 uger	1 uge
Efter 3 års beskæftigelse	5 uger	2 uger
Efter 5 års beskæftigelse	7 uger	2 uger

...

11. Opsigelsesvarsel for virksomheden bortfalder

- ...

- ved hjemsendelse i forbindelse med indtrædende maskinstandsning, materialemangel, vejrlig, manglende ordretilgang eller lignende og anden force majeure, som standser driften helt eller delvis.

...

§ 82 Hjemsendelse

Parterne har aftalt følgende retningslinjer om hjemsendelse, jf. § 81, stk. 11:

Grundlag for hjemsendelse

1. Inden for de områder, hvor arbejdet traditionelt er indstillet i hele eller dele af vinterperioden – som f.eks. kabel- og ledningsarbejder, brolægning og lignende – kan virksomheden hjemsende medarbejdere i en periode.

2. Herudover kan medarbejderne i overensstemmelse med sædvanlig praksis hjemsendes f.eks. på grund af vejrlig, materialemangel, ordremangel og lignende.

...

Løn

4. Når medarbejderne er hjemsendt betyder det, at der ikke består en forpligtelse til at betale løn i hjemsendelsesperioden.

...

Orientering om genoptagelse

6. Efter tre måneders hjemsendelse ... kontakter virksomheden medarbejderen med en orientering om, hvor lang tid hjemsendelsen skønnes at vare, og om hvornår medarbejderen skønnes at kunne genoptage arbejdet inden for de følgende 3 uger.

7. Såfremt virksomheden ikke kan tilbyde beskæftigelse, betragtes medarbejderen som opsagt, og der udbetales en godtgørelse svarende til lønnen i opsigelsesperioden.

Genoptagelse af arbejdet

8. Så snart årsagen til hjemsendelse ophører, skal medarbejderen tilbydes arbejde igen.

..."

Om barsel er det i § 57 bestemt, at virksomheden til medarbejdere, der på det forventede fødselstidspunkt har 6 måneders anciennitet inden for de seneste 18 måneder, betaler løn under fravær i indtil 2 uger under "fædreorlov".

4. Sagen

Tagmembran, der udfører alle former for montering af tagpap, har aktuelt 36 ansatte og udfører opgaver overalt i Jylland og på Fyn, undertiden også på Sjælland.

I efteråret 2018 blev tagdækkerne C og B, der arbejder som makkerpar, ansat i virksomheden Tagmembran.

Den 2. januar 2019 blev A sammen med en makker ansat i Tagmembran. Efter en måneds tid bad makkeren om at få en anden som makker, hvorefter A udførte opgaver alene.

I forbindelse med ansættelsen oplyste A, at hans kone var gravid og havde termin (torsdag) den 2. april 2019, og at han i den forbindelse agtede at holde 14 dages fædreorlov efterfulgt af en uges ferie. Tagmembrans ledelse har forklaret, at de ikke anså det for noget problem overhovedet – det drejede sig om en kort periode, og virksomheden ville ikke skulle betale løn under fædreorloven, da A ikke opfyldte overenskomstens anciennitetskrav.

I løbet af de første måneder af ansættelsen var A flere gange hjemsendt på grund af vejrliget. Der var hver gang en forventning om, at det var kortvarigt, og der skete ikke aflevering af den udleverede firmabil mv.

I foråret 2019 påbegyndte Tagmembran arbejdet på et større tagprojekt på Rosenvængets Skole i Viborg. Skolen bestod af omkring 10 bygninger, som alle skulle have ny tagbelægning.

Tagmembrans projektleder på opgaven var F. Han har ikke givet møde møde under forhandlingen, idet han, som forklaret af virksomhedens ledelse, skulle blive hjemme og passe biksen.

Omkring begyndelsen af uge 11 (11.-17. marts) 2019 startede C og B på pladsen i Viborg. Fra og med mandag den 18. marts 2019 blev A ligeledes sat på denne opgave.

Der er fremlagt en e-mailkorrespondance fra den 22. marts 2019 mellem projektleder F og byggeledelsen om forsinkelse som følge af, at ”der skal nogle flere materialer hjem”, og ”de kan tidligst være her i uge 14” (som startede mandag den 1. april).

Onsdag den 27. marts 2019 blev A hjemsendt. I forbindelse med hjemsendelsen afleverede han firmabil mv. Hjemsendelsen skete under anvendelse af en særlig hjemsendelsesblanket, hvor der er mulighed for afkrydsning ud for følgende årsager:

- Maskinstandsning/materialeangel
- Vejrlig
- Manglende ordretilgang
- Anden årsag

Der var sat kryds ud for ”Anden årsag” og med tekst herom angivet:

”Der er opstået uventet ophold på nuværende byggesag, hvor A er beskæftiget, grundet byggefejl m.m. Derudover er der udsættelse af andre ordrer, som er forsinket i byggeriet. Af den grund er vi nødsaget til at hjemsende A på ubestemt tid.”

A har forklaret, at han i forbindelse med hjemsendelsen fik at vide, at arbejdet på grund af manglende stål var gået i stå et sted på pladsen. Det påvirkede imidlertid efter hans opfattelse overhovedet ikke det tagarbejde, de var i gang med, hvor der var masser at lave. Han kunne derfor ikke forstå, hvorfor han skulle hjemsendes. Hjemsendelsen skete med frigørelsesattest, og han meldte sig dagen efter ledig og gik i gang med at søge nyt arbejde, således som han skal efter dagpengereglerne.

B og C har samstemmende forklaret, at de, da A arbejdede på pladsen, spurgte, om de kunne få to mand mere sat på opgaven. Der var rigtig meget at lave og stort pres på. Der var i hvert fald 10 bygninger. De gik på det første tag, som var på 600 kvadratmeter, og hvor der til to mand var arbejde til en måneds tid. De var slet ikke i gang der, hvor der manglede materialer. De havde alle de materialer, de skulle bruge til det tag, de var i gang med.

Der er fremlagt et print af en SMS fra mandag den 1. april 2019 kl. 11:55, og det lægges efter bevisførelsen til grund, at det er en SMS fra projektleder F til tagdækker C, som fortsat arbejdede på Rosenvængets Skole sammen med sin makker B. Det hedder i denne SMS:

” Kan I bruge G og H her eftermiddag? Der var ikke klar der hvor de skulle være i eftermiddag.”

Der er endvidere fremlagt et print af en SMS fra tirsdag den 2. april kl. 11:59, og det lægges efter bevisførelsen til grund, at det ligeledes er en SMS fra projektleder F til tagdækker C på pladsen i Viborg. Det hedder i denne SMS bl.a.:

”G og H kommer op til jer igen i morgen.”

De to personer omtalt i disse SMS'er er tagdækkerne G og H, som også var ansat hos Tagmembran.

B og C har samstemmende forklaret, at de sagde ja tak til spørgsmålet i SMS'en af 1. april 2019. Samme dag om eftermiddagen startede G og H på pladsen i Viborg, og fra tirsdag den 2. april 2019 var de der på fuld tid. Det virkede meget mystisk på dem, at A blev sendt hjem den ene

dag, og tre dage senere kom der to nye på opgaven. Det gav ingen mening, at der ikke var arbejde. De orienterede A om udviklingen og videresendte SMS-beskeden fra den 2. april 2019 til ham. De talte med hinanden om at stoppe og finde andet arbejde. Den 4. april 2019 sagde de til firmaet, at de stoppede.

Tagmembran har fremlagt udskrift fra det system, hvori medarbejderne indberetter udført arbejde. Det fremgår heraf, at G og H har arbejdet på pladsen i Viborg fra den 3. april 2019.

D har forklaret, at det er helt almindeligt at anvende hjemsendelse, navnlig når vejrliget hindrer tagpararbejde, og når der sker forsinkelser i et byggeri. A var således i foråret 2019 hjemsendt 5-6 gange på grund af vejrliget. På byggepladsen i Viborg var de nødt til at hjemsende en mand den 27. marts 2019, da der på grund af problemerne på pladsen ikke var arbejde til tre mand i tiden, indtil der atter kom fremdrift i den øvrige del af projektet. De valgte at hjemsende A, fordi han var den, der bedst kunne undværes under hensyn til faglig kunnen og det forhold, at de to andre udgjorde et makkerpar, som kommer og går sammen. G og H blev sendt op på pladsen den 3. april 2019 for at overtage fra C og B, som fratrådte den 4. april 2019.

E har forklaret, at situationen den 27. marts 2019 var sådan, at de var nødt til at skære ned til to mand ud fra forventningen til, hvad de havde aktuelt, som de kunne lave, indtil de kunne komme videre. Der var ikke arbejde til tre mand i mere end 2-3 dage. A var den, som de ud fra hensynet til driften bedst kunne undvære af de tre. Den 3. april 2019 kom der noget fremdrift, og de sendte derfor G og H op på pladsen. De prøvede også at kontakte A, men kunne ikke få fat i ham. Den 4. april 2019 om aftenen stod den firmabil, som B og C havde brugt, på firmaets p-plads – det var deres måde at sige op på.

Det lægges i overensstemmelse med forklaringerne afgivet af B, C og E til grund, at der først er givet Tagmembran meddelelse om deres fratrædelse ved arbejdstids ophør torsdag den 4. april 2019. Med denne bemærkning og med henvisning til det i øvrigt passerede må det lægges til grund, at pladsen i Viborg fra i hvert fald den 3. april 2019 blev opmandet fra to til fire mand.

As kone fødte som planlagt den 2. april 2019. Efter to ugers fædreorlov og en uges ferie startede han hos et andet firma den 29. april 2019.

I mellemtiden havde A kontaktet 3F. Den 3. april 2019 videresendte han således til 3F SMS'en af 2. april 2019, som han havde fået fra C. 3F sendte den 15. april 2019 en indkaldelse til mæglingsmøde til Dansk Byggeri. Det hedder i brevet bl.a., at 3F anser "sagen som en omgåelse af barselsloven og ligestillingsloven".

Mæglingsmødet blev afholdt den 8. maj 2019. Det hedder i referatet bl.a.:

"Fra arbejdsgiverside bekræftede man, at A i forbindelse med ansættelsen havde meddelt, at han forventede i starten af april at skulle holde 2 ugers fædreorlov og i fortsættelse heraf 1 uges ferie. Hjemsendelse af A den 27. marts 2019 skyldtes et uventet ophold på grund af en byggefejl i den byggesag i Viborg, hvorefter A var beskæftiget sammen med 2 af firmaets erfarne tagdækkere, som havde indgående kendskab til denne sag. Hjemsendelsen af A havde ingen sammenhæng med den forestående fædreorlov, hvor A ifølge overenskomsten ikke havde krav på betaling fra firmaets side.

Tagmembran ApS forventede i øvrigt, at A igen kunne komme i beskæftigelse i slutningen af maj."

I brev af 15. juli 2019 fra 3F til Dansk Byggeri om sagens indbringelse for faglig voldgift hedder det bl.a.:

"Nu har A "kun" været ansat i virksomheden ... under 3 mdr., og jævnfør § 82 kan virksomheden ved manglende arbejde vælge at hjemsende, i stedet for at afskedige medarbejdere, dette kræver dog at den ansatte har mere end 1 års anciennitet i.h.t. § 81, hvor ancienniteten kan give op til 7 ugers opsigelse. Hjemsendelse i § 82 siger også, at hvis ikke virksomheden efter 3. mdr. hjemsendelse kan genbeskæftige medarbejderen, betragtes medarbejderen som værende opsagt, og medarbejderen skal have en godtgørelse svarende til sin opsigelsesperiode inkl. overenskomstmæssige tillæg.

Når nu A kun har været beskæftiget i under 3 mdr., vil han derfor ikke modtage nogen godtgørelse i forhold til en opsigelsesperiode, som beskrevet i § 82, stk. 7.

A skulle, såfremt virksomheden ikke havde arbejde til ham, været afskediget i henhold til § 81, idet han ikke var berettiget til godtgørelse/opsigelse.”

5. Parternes påstande og hovedsynspunkter

Klager har nedlagt følgende påstande:

- 1) Dansk Byggeri og Tagmembran ApS skal anerkende, at det var i strid med Bygge- og Anlægsoverenskomsten den 27. marts 2019 at hjemsende A.
- 2) Tagmembran ApS skal til A betale en efter den faglige voldgiftsrets skøn fastsat godtgørelse.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klager har anført, at hjemsendelse efter Bygge- og Anlægsoverenskomstens § 82 kun kan ske af medarbejdere, som har et opsigelsesvarsel efter § 81, jf. herved specifikt § 82, stk. 7.

Arbejdsmangel er som udgangspunkt arbejdsgiverens risiko. Hjemsendelsesbestemmelsen fritager arbejdsgiveren for denne risiko. Når medarbejderen kan siges op uden varsel, er der imidlertid ingen risiko. Efter formålet med hjemsendelsesbestemmelsen og samspillet med opsigelsesbestemmelsen er der ikke hjemmel i § 82 til hjemsendelse af medarbejdere, som kan opsiges uden varsel efter § 81. Da A ikke havde opnået et års anciennitet den 27. marts 2019, var hjemsendelse af ham ikke mulig efter overenskomsten. Hjemsendelsen af ham skal derfor anses som en afskedigelse.

Klager har endvidere anført, at hjemsendelsen er sket i strid med ligebehandlingslovens § 9, og at virksomheden skal betale en godtgørelse til A efter ligebehandlingslovens § 16. Det gælder uanset om hjemsendelsen anses som en afskedigelse, idet hjemsendelse virker på samme måde som en afskedigelse. Godtgørelsen kan passende fastsættes til et beløb svarende til 6 måneders løn.

Indklagede har anført, at adgangen til hjemsendelse i § 82 ikke er betinget af anciennitet. Det har aldrig tidligere været fremført, og der er ingen praksis, som understøtter synspunktet.

Tværtimod er hjemsendelse altid sket uden hensyn til anciennitet, og hjemsendelse har aldrig været betragtet som en afskedigelse.

Indklagede har endvidere anført, at der ikke er grundlag for tilkendelse af godtgørelse. Hjemsendelsen var sagligt, driftsmæssigt begrundet. Virksomheden var allerede fra ansættelsen indforstået med ønsket om fædreorlov, som i øvrigt ikke udgjorde nogen økonomisk byrde for virksomheden.

6. Opmandens bedømmelse

6.1. Hjemsendelse og anciennitet

Efter ordlyden af Bygge- og Anlægsoverenskomstens § 82, stk. 2, kan en virksomhed hjemsende ”medarbejderne” i overensstemmelse med sædvanlig praksis, f.eks. på grund af vejrlig, materialeangel og ordremangel. Der er ikke i denne angivelse af ”Grundlag for hjemsendelse” sket nogen begrænsning til medarbejdere med en vis anciennitet. Der er heller ikke fremkommet oplysninger om en praksis, hvorefter hjemsendelse ikke kan ske af medarbejdere med så kort anciennitet, at de kan afskediges uden varsel. Der ses endvidere ikke fra ordlyden af § 82, stk. 7, at kunne drages den slutning, at hjemsendelse kun kan ske af medarbejdere, der har et opsigelsesvarsel, eftersom bestemmelsen efter sin ordlyd også dækker hjemsendelsestilfælde, hvor der er en opsigelsesfristangivelse i § 81, stk. 1, på ”0 uger”.

Som anført af klager indebærer hjemsendelse, at en arbejdsgiver undgår den økonomiske byrde, som ellers kan være forbundet med arbejdsmangel, når det ikke er muligt at finde beskæftigelse til en medarbejder i dennes opsigelsesperiode. Det er derfor rigtigt nok, som også anført af klager, at en arbejdsgiver ikke har behov for en adgang til hjemsendelse for at undgå en sådan økonomisk byrde i tilfælde, hvor medarbejderne kan opsiges uden varsel. Formålet med en hjemsendelsesbestemmelse kan imidlertid ikke antages at være begrænset til en varetagelse af arbejdsgiverinteressen i at undgå en økonomisk risiko som følge af arbejdsmangel. Begge parter kan have en interesse i den opretholdelse af ansættelsesforholdet, som hjemsendelse indebærer derved, at det er forudsat, at arbejdet genoptages, når forholdene gør det muligt. Der kan derfor ikke ud fra formålsbetragtninger i Overenskomstens § 82 indlægges en anden forståelse end den, som tilsiges af bestemmelsens ordlyd.

Bygge- og Anlægsoverenskomsten skal herefter forstås i overensstemmelse med sin ordlyd, således at hjemsendelse kan ske efter bestemmelsen, uanset hvad medarbejderne har af anciennitet.

Der er således ikke grundlag for med henvisning til As anciennitet hos Tagmembran at anse hjemsendelsen af ham for overenskomststridig.

6.2. 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. Hvis en person, der anser sig for krænket, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, jf. lovens § 16 a.

Ved hjemsendelse af en tagdækker efter Bygge- og Anlægsoverenskomsten sker der ikke en afskedigelse. Ved hjemsendelse på grund af vejrlig, hvor medarbejderen ikke afleverer firmabil mv., vil det i almindelighed være klart, at hjemsendelse er noget rent midlertidigt af kort varighed, men hjemsendelse har ikke desto mindre for den hjemsendte den byrdefulde konsekvens fra den ene dag til den næste at stå uden arbejde og løn, om end forventningen er, at det er noget ganske kortvarigt. Hjemsendelse af anden grund på ubestemt tid vil for den hjemsendte i almindelighed klart have samme virkning som en afskedigelse uden varsel, idet den hjemsendte fra den ene dag til den næste står uden arbejde og løn med pligt til efter dagpengereglerne at stå til rådighed for arbejdsmarkedet og kunne tiltræde en ny stilling med dags varsel.

Hjemsendelse kan kun ske, hvis Overenskomstens betingelser er opfyldt, og virksomhedens beslutning om hjemsendelse skal træffes ud fra saglige hensyn og være driftsmæssigt begrundet. Hjemsendelse må i øvrigt – efter det anførte om den bebyrdende virkning af hjemsendelse – anses for en sådan mindre gunstig behandling, at det vil være i strid med ligebehandlingslovens §

9, hvis en arbejdsgiver hjemsender en lønmodtager efter Bygge- og Anlægsoverenskomstens § 82 på grund af lønmodtagerens krav om 14 dages fædreorlov.

Der er en formodning for, at en virksomhed ikke foretager hjemsendelse uden saglig driftsmæssig begrundelse, ligesom der under hensyn til den beskedne byrde, der er forbundet med fædreorlov uden betaling fra virksomheden, er en formodning mod, at virksomheden vil tillægge dette forhold betydning for en beslutning om hjemsendelse.

Hjemsendelsen af A den 27. marts 2019 skete imidlertid i tæt tidsmæssig sammenhæng med – blot fire arbejdsdage forud for – det forventede starttidspunkt for hans fædreorlov.

Hjemsendelsen var begrundet med arbejdsmangel, men i betragtning af, hvad der er oplyst om arbejdsmængden på den bygning, hvor tagarbejdet var i gang, og hvis fremdrift ikke var påvirket af ophold andetsteds i byggeriet, og den skete opmænding fire arbejdsdage senere, kan det ikke anses for godtgjort, at situationen den 27. marts 2019 var sådan, at der forelå den efter Overenskomsten fornødne saglige, driftsmæssige begrundelse for hjemsendelse som følge af nedmænding på pladsen.

På denne baggrund kan det ikke anses for godtgjort, at A blev hjemsendt, uden at den kommende forældreorlov blev tillagt betydning.

Det er i ligebehandlingsloven § 16, stk. 2, bestemt, at arbejdsgiveren skal betale en godtgørelse, når en lønmodtager afskediges i strid med § 9, uden at afskedigelsen underkendes, og når en lønmodtager udsættes for en mindre gunstig behandling i strid med § 9. Godtgørelsen fastsættes efter § 16, stk. 3, under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt.

Det, som er anført om karakteren af en hjemsendelse som den foreliggende, taler for en beskyttelse, som står i et passende forhold til den, som gives fædre ved afskedigelse i forbindelse med fædreorlov. Efter praksis ydes der som udgangspunkt en godtgørelse svarende til 6 måneders løn ved afskedigelse som følge af forældreorlov, jf. herom bl.a. Vestre Landsrets dom af 16. september 2014 (UfR 2015.189).

Om aflønningen af A fremgår det af hans ansættelsesbevis, at han var ansat med en personlig timeløn på 200,00 kr.

På denne baggrund og efter det oplyste om ansættelsesforholdet i øvrigt og efterfølgende beskæftigelse findes Tagmembran i godtgørelse at skulle betale 150.000 kr.

Thi bestemmes:

Tagmembran ApS skal inden 14 dage til A, betale en godtgørelse på 150.000 kr.

I øvrigt frifindes Dansk Byggeri og Tagmembran ApS.

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

Børge Dahl