

**Kendelse af 17. august 2021 i  
faglig voldgift/afskedigelsesnævns sag FV 2020-1437:**

**FOA**

**som mandatar for**

**A, B, C, D, E, F, G, H, I og J**

**(advokat Rune Asmussen)**

**mod**

**X Kommune**

**(advokat Søren Skjerbek)**

## **1. Uoverensstemmelsen**

Sagen angår X Kommunes afskedigelse af 10 medlemmer af FOA, der var ansat ved Y skolens Specialafdeling på afdeling Z (Z-skolen). 9 af medarbejderne var ansat som pædagogmedhjælpere, 1 som pædagogisk assistent. Spørgsmålet er, om disse opsigelser har været rimeligt begrundet, eller om de afskedigede hver især har krav på en godtgørelse for urimelig afskedigelse. Der er herunder spørgsmål, om der er forvaltningsretlige mangler ved begrundelse og journalisering, og i givet fald om betydningen heraf for bedømmelsen af en opsigelses saglighed. Der endvidere spørgsmål om betydningen af, at der samtidig med afskedigelsen af ufaglært personale blev ansat uddannet personale med forbrug af større lønsum. Der er også spørgsmål om passivitet.

## **2. Sagens behandling ved afskedigelsesnævn**

Sagen er forhandlet over to dage, den 12. og 13. august 2021, for et afskedigelsesnævn med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede medlemmer: juridisk konsulent Annemarie Krogh og juridisk konsulent Camilla Bolvig Cazal, begge FOA, souschef Christel Andersen og chefkonsulent Rikke Bay Johansen, begge KL.

Der blev under forhandlingen afgivet forklaring af:

- A, en af de afskedigede,
- B, en af de afskedigede,
- C, en af de afskedigede,
- E, en af de afskedigede,
- G, en af de afskedigede,
- K, sektorformand, Pædagogisk sektor, FOA,
- L, centerchef for Dagtilbud og Skole, X Kommune,
- M, tidligere skoleleder ved Y-skolen, X Kommune,
- N, tidligere afdelingsleder, Y-skolen, X Kommune,
- O, tidligere personalekonsulent, X Kommune.

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af afskedigelsesnævnet var flertal for en afgørelse, træffes denne af opmanden, som i umiddelbar

forlængelse af de partsudpegede medlemmers votering med en nærmere begrundelse mundtligt tilkendegav, at en kendelse i sagen ville lyde på frifindelse af X Kommune.

Parterne er enige om, at sagen kan afsluttes med afsigelse af kendelse med en begrundelse for resultatet uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes procedurer.

### **3. Opmandens bemærkninger**

#### **3.1. Sagen i en nøddeskal**

Efter Overenskomsten mellem KL og FOA for pædagogmedhjælper og pædagogiske assistenter skal der efter § 18A, stk. 3, ved uansøgt afskedigelse ske skriftlig underretning af FOA. Underretningen skal indeholde ”sådanne oplysninger, at det fornødne grundlag for vurdering af afskedigelsen er til stede”. Ved urimelig afskedigelse kan det efter stk. 7 pålægges en kommune at afbøde virkningerne af en opsigelse ”ved fastsættelse af en godtgørelse svarende til sædvanlig løn for en periode svarende til det dobbelte af arbejdsgiverens opsigelsesvarsel over for den ansatte”.

Sagen angår som nævnt nogle afskedigelser foretaget af X Kommune. Afskedigelserne fandt sted i foråret 2017 som led i tilrettelæggelsen af skoleåret 2017/2018.

Ved denne tilrettelæggelse blev der bl.a. truffet en række beslutninger vedrørende specialundervisningen på Y-skolens afdeling Z-skolen, hvortil elever med særlige behov var blevet visiteret, også fra andre skoler og kommuner (med dermed forbundet indtægt for skolen).

Det kan efter bevisførelsen lægges til grund, at der ved planlægningen af specialundervisningen det kommende skoleår måtte tages hensyn til den demografiske udvikling, ændret skolestruktur i Kommunen og krav om øget inklusion. Skoleområdet stod således som følge af faldende børnetal over for krav om besparelser og ligesom andre områder over for krav om såkaldte grønthøsterbesparelser.

I 2015 var det besluttet med virkning fra skoleåret 2016/2017 at gennemføre en ny skolestruktur, hvorved Kommunens 17 selvstændige folkeskoler blev sammenlagt til 6 med i alt 17 afdelinger. Med etablering af større enheder ville flere skoler kunne etablere egne undervisningstilbud til elever med behov for specialundervisning.

Der blev endvidere for skoleområdet fastlagt en 2020-plan, hvorefter andelen af inkluderede elever, dvs. den andel af det samlede elevantal, som modtager undervisning i en almenklasse, i X Kommune skulle øges fra 92,7 % i 2016 til 94,5 % i 2020.

Z-skolen blev ved strukturændringen en afdeling af Y-skolen bestående af 4 hidtidige skoler. Y-skolen fik M som skoleleder. Y-skolen havde ved sammenlægningen ca. 2.000 elever og ca. 350 medarbejdere fordelt på forskellige faggrupper.

Z-skolens Specialafdeling med elever visiteret til andet skoletilbud end almen, med optag af elever også fra andre skoler, havde N som afdelingsleder.

I foråret 2016 var der på grund af faldende tilgang af elever til Z-skolen – et fald fra 635 elever i 2015/2016 til 453 i 2016/2017 truffet beslutning om afskedigelse af 10 pædagogmedhjælpere. Denne planlagte afskedigelse af pædagogmedhjælpere blev imidlertid undgået ved, at Kommunen efter drøftelse med FOA tilbød at betale op til 10 pædagogmedhjælpere for gennemførelse af den 1-årige uddannelse til pædagogisk assistent. I foråret 2017 var der som følge heraf 9 af Z-skolens ansatte pædagogmedhjælpere, som på grund af arbejdsmangel var under uddannelse til pædagogisk assistent.

På Z-skolen var inklusionsprocenten i 2016 88,0 %. Det var endvidere ledelsens vurdering, at tallene for specialelever viste, at de faglige resultater var for dårlige – inklusionsgraden var for ringe, og der var for mange specialelever, som ikke gik til eksamen, og eksamensresultaterne for de specialelever, som gik til eksamen, var for dårlige. Det var endvidere ledelsens vurdering, dels at tilgangen af specialelever fra andre skoler ville falde, fordi skolerne var blevet større og derfor bedre i stand til selv at undervise specialelever, dels at de elever, som Z-skolen fremover ville få, gennemsnitligt ville være behovsmæssigt tungere. Det var endelig ledelsens vurdering, at der var

behov for faglig oprustning, som indebar, at undervisning blev varetaget af uddannet personale, og at dette nødvendiggjorde afskedigelse af et antal pædagogmedhjælpere og ansættelse af et antal lærere og pædagoger m.v. Ledelsen på Y-skolen udarbejdede i november 2016 en inklusionsstrategi med det mål, at færre børn ekskluderedes. Det var et led i denne strategi at ”sammensætte vores hold med de rette kompetencer”, ”opprioritere faglige kompetencer” ved at ”ansætte flere fagligheder (både lærere og pædagoger) og færre kortuddannede (pædagogmedhjælpere, vikarer, gymnasieelever m.fl.)”. Denne inklusionsstrategi blev præsenteret for Kommunens Børne- og Skoleudvalg på et møde den 16. januar 2017. Udvalget tog orienteringen til efterretning.

I skoleåret 2016/2017 var der visiteret 156 elever til Z-skolens Specialafdeling. I foråret 2017 var der i Specialafdelingen ca. 125 medarbejdere, hvoraf halvdelen var pædagogmedhjælpere (eller pædagogiske assistenter).

I februar 2017 var forventningen, at der ville være behov for i Y-skolens Specialafdeling at erstatte ca. 30 pædagogmedhjælpere med pædagoger og sundhedsfagligt personale. På det tidspunkt var der visiteret 114 elever til afdelingen for det kommende skoleår. Det sædvanlige ansættelsesstop på skoleområdet i forbindelse med forårets planlægning af det kommende skoleår blev på den baggrund ved en beslutning i Kommunens øverste direktion den 21. februar 2017 udvidet til at gælde for pædagogmedhjælpere/pædagogiske assistenter i hele X Kommune indtil den 1. september 2017.

På Y-skolen blev der afholdt et ekstraordinært MED-møde den 13. marts 2017. Eneste punkt på dagsordenen var: ”Procedure for afskedigelser samt kriterier for funktionerne på de 16,5 pædagogmedhjælperstillinger der skal være i centerafdelingen”. Det hedder i referatet bl.a.:

*”Beslutning*

Skema til udvælgelseskriterier uddelt.

...

Udvælgelseskriterier: Det er den samme blanket som sidste år. HR har godkendt blanketten. Det giver et bredt indblik i medarbejderne indenfor området. Barsel og TR er fredet. Dem på uddannelse får lov til at gøre det færdigt.

Vores pædagogmedhjælpere er meget veluddannede. Det vil derfor forhåbentlig være nemmere for dem at få arbejde bagefter, når man har en uddannelse.”

Samme dag blev der afholdt et forhandlingsmøde mellem FOA og X Kommune. Det hedder i referatet:

*”Baggrund*

Forhandlingen blev afholdt efter begæring fra FOA i forbindelse med forventede afskedigelser på Y-skolen, afd. Z, Specialafdelingen.

*FOA fremlagde følgende påstande til sagen:*

...

Begrundelsen for afskedigelserne er faldende elevtal samt gennemførelse af ny inklusionsstrategi fra 1. august 2017, hvortil der skal ansættes pædagoger.

...

FOA er bekendt med, at de øvrige skoler enten holder deres specialelever hjemme eller trækker elever hjem fra Specialafdelingen på Y-skolen, og derved vil der være færre elever til næste skoleår og en forklaring på det faldende børnetal.

FOA mener til gengæld ikke, at der skal ske afskedigelser af pædagogmedhjælpere/pædagogiske assistenter i forbindelse med indførelse af den nye inklusionsstrategi, når der er ansat dygtige medarbejdere med lang anciennitet, der allerede har uddannelser/kompetencer, der matcher de handicappede børns behov, ligesom der er 10 medarbejdere, som er færdiguddannede pædagogiske assistenter til oktober.

*Skoleleder M forklarede:*

Der vil være ca. 30 børn færre til nyt skoleår, og dette medfører afskedigelse af ca. 15 personer. Inklusionsstrategien medfører afskedigelse af ca. 14 personer.

...

*X Kommune:*

X Kommune mener ikke at det er muligt at opdele afskedigelserne og at alle vil blive afsskediget med begge begrundelser – det faldende børnetal samt inklusionsstrategien.

*FOA udtalte dertil:*

...

FOA er indforstået med afskedigelserne i forbindelse med det faldende børnetal, men afskedigelserne i forbindelse med indførelse af den nye inklusionsstrategi er ikke i orden.

...

*X kommune fastholdt derfor.*

Der er saglige begrundelser for afskedigelserne ...”

Det ”Skema til udvælgelseskriterier ifht. personalereduktion”, der herefter blev anvendt, indeholdt en rubrik for hvert af følgende kriterier:

- Kan igangsætte læringsaktiviteter med eleven.
- Kan indgå konstruktivt i tværfagligt samarbejde.
- Er forandrings- og omstillingsparat.
- Mestrer anerkendende kommunikation.
- Fysisk i stand til at varetage opgaven: Svømning. Skiftning. Fysisk aktiv med eleverne.
- Kan skabe gode relationer og kontakt til elever, kollegaer og forældre.
- Er udviklings- og vidensorienteret.
- Kan skabe stabilitet i arbejdet med elever og kollegaer.
- Har SOSU, SSH, PGU, PAS/PAU.

Den sidste rubrik om uddannelse på social- og sundhedsområdet samt det pædagogiske område er et kriterium, som var nyt i forhold til det skema, der blev anvendt året før.

I overensstemmelse med den vedtagne procedure for afskedigelse af pædagogmedhjælpere blev udvælgelseskriterierne lagt ud på skolens Intra-net til orientering for pædagogmedhjælperne.

Udvælgelsen blev foretaget af afdelingsleder N, som for samtlige medarbejdere i gruppen gennemgik hver enkelt personalesag med bl.a. referater af MUS-samtaler og foretog en vurdering af, om der i den enkelte rubrik ud for den enkelte medarbejder kunne sættes et kryds eller et kryds i parentes eller ingenting. De, som herefter stod svagest, blev udvalgt til afskedigelse.

I slutningen af marts 2017 var der visiteret 129 elever til Specialafdelingen for det kommende skoleår – det endelige antal visiterede til skoleåret 2017/2018 var 132.

Det blev besluttet at afskedige 24 pædagogiske medhjælpere/pædagogiske assistenter med en årlig lønsumsbesparelse på ca. 7,4 mio. kr. Samtidig blev der besluttet en faglig oprustning, hvilket

skete ved, at der på Y-skolen skete ansættelse hen over sommeren af 22 pædagoger, 2 lærere og 4 social- og sundhedsassistenter med en årlig lønudgift på 9,5 mio. kr.

Den 20. marts 2017 blev der udsendt partshøringsbrev om opsigelse til 24 pædagogmedhjælper/pædagogiske assistenter, herunder de 10, som er omfattet af sagen. Disse breve indeholdt følgende enslydende begrundelse:

”Y-skolen skal på baggrund af faldende børntal tilpasse de samlede ressourcer til økonomien, hvilket betyder, at det nuværende antal personaletimer må reduceres forholdsmæssigt.

I forbindelse med gennemførelse af den nye inklusionsstrategi, der fordrer særlige kompetencer til at sikre eleverne den bedst mulige skolegang, er der behov for at ændre i personalesammensætningen i Specialafdelingen på afd. Z, således at der er ansat medarbejdere med uddannelser, der matcher de handicappede børns behov.

Konsekvenser heraf og kriterier for udvælgelse af personale, der skal varsles opsagt, har været drøftet på virksomheds MED.

På baggrund af dette påtænker Y-skolen i X Kommune at opsiges dig med ... måneders varsel fra din stilling som [pædagogmedhjælper/pædagogisk assistent] ...”

Varslet var angivet med det antal måneder, som tilkom den enkelte (en enkelt, som kun havde krav på et varsel på 4 måneder, men som var en af dem, der var under betalt uddannelse til pædagogisk assistent, blev dog afskediget med 5 måneders varsel til fratrædelse 30. september 2017, således at han kunne færdiggøre uddannelsen).

Den 17. april 2017 afgav FOA på vegne 17 medlemmer et fælles høringssvar. FOA fandt, at de påtænkte opsigelser var usaglige, ”da der ikke er en konkret begrundelse på den enkelte pædagogmedhjælper/pædagogiske assistent”. FOA henviste til Overenskomstens §1A, stk. 3, og ønskede oplyst ”den konkrete begrundelse for den påtænkte opsigelse” – ”på baggrund af faldende børntal eller gennemførelse af ny inklusionsstrategi?” FOA gjorde indsigelse mod afskedigelse i forbindelse med indførelse af den nye inklusionsstrategi.



Ved breve af 27. og 28. april 2017 blev 23 pædagogmedhjælpere/pædagogiske assistenter afskediget, herunder 9, som denne sag omfatter.

Opsigelsen af disse 9 skete ved breve af 27. april 2017 med følgende enslydende begrundelse:

”Opsigelsen er begrundet i, at Y-skolen, på baggrund af faldende børnetal, skal tilpasse de samlede ressourcer til økonomien, hvilket betyder, at det nuværende antal personaletimer må reduceres forholdsmæssigt.”

Disse 9 havde en anciennitet på henholdsvis 1 år, 3 år (2 medarbejdere), 4 år, 5 år, 6 år, 8 år og 9 år (2 medarbejdere).

Sagen omfatter yderligere 1 pædagogisk medhjælper, C, der havde en anciennitet på 7 år. Hun blev ikke afskediget i forlængelse af høringsbrev af 20. marts 2017 indeholdende samme begrundelse som de øvrige høringsbreve. I stedet fik hun et nyt høringsbrev om påtænkt afskedigelse af 28. april 2017, som blev erstattet af et af 3. maj 2017 (svarfristen i det første var ved en fejl sat til den 18. april 2017 som i høringsbrevene af 20. marts 2017). I disse høringsbreve var begrundelsen:

”I forbindelse med gennemførelse af den nye inklusionsstrategi, der fordrer særlige kompetencer til at sikre eleverne den bedst mulige skolegang, er der behov for at ændre i personalesammensætningen i Specialafdelingen på afd. Z, således at der er ansat medarbejdere med uddannelser, der matcher de handicappede børns behov.

Konsekvenser heraf og kriterier for udvælgelse af personale, der skal varsles opsagt, har været drøftet på virksomheds MED.

Ledelsen vurderer i forbindelse med ovennævnte, at du ikke har tilstrækkelig pædagogisk eller sundhedsfaglig uddannelse. Y-skolen i X Kommune påtænker derfor at opsige dig med 5 måneders varsel fra din stilling som pædagogmedhjælper ...”

FOA fremsendte den 19. maj 2017 på C's vegne hørings svar. Opsigelse ville ifølge FOA være usaglig. Ledelsen havde ikke med rettidig omhu søgt at opkvalificere hende, hvilket burde være igangsat, da beslutningen om ny inklusionsstrategi blev truffet.

Kommunen afskedigede C ved brev af 24. maj 2017 med følgende begrundelse:

”Begrundelsen for opsigelsen er gennemførelse af den nye inklusionsstrategi på Y-skolen, som indebærer, at der fordres særlige kompetencer til at sikre eleverne den bedst mulige skolegang. Der er derfor behov for at ændre i personalesammensætningen i Specialafdelingen på afd. Z, således at medarbejderne har uddannelser, der matcher de handicappede børns behov.

Ledelsen vurderer i forbindelse hermed, at du ikke har tilstrækkelig pædagogisk eller sundhedsfaglig uddannelse, og vælger derfor at gennemføre ovennævnte opsigelse.”

Efter forhandling lokalt den 29. maj 2017 og centralt den 3. oktober 2017 er sagen indbragt for afskedigelsesnævn ved klageskrift af 24. september 2019.

I referat af forhandling den 29. maj 2017 mellem FOA og X Kommune hedder det indledningsvist:

*”Sagens indhold*

Y-skolen har på baggrund af faldende elevtal i Specialafdelingen på afd. Z meddelt afskedigelse til 15 pædagogmedhjælpere/pædagogiske assistenter og i forbindelse med indførelse af ny inklusionsstrategi meddelt afskedigelse til 7 pædagogmedhjælpere/pædagogiske assistenter, i alt til 22 medarbejdere. Det er lidt færre end først meddelt, idet faldet i børnetallet ikke blev så stort som forventet.

FOA har efterfølgende, i brev af 15. maj 2017, begæret forhandling af sagen, idet FOA ikke finder begrundelsen for afskedigelserne saglig.”

### **3.2. Parternes hovedsynspunkter**

FOA har navnlig anført, at den givne begrundelse for afskedigelserne ikke kan stå alene. Begrundelsen er mangelfuld og misvisende og i strid med forvaltningsloven. Allerede derfor er afskedigelserne usaglige. X Kommune har med åbne øjne i ond tro med en misvisende begrundelse søgt at afholde FOA fra at gøre indsigelse mod afskedigelserne. Det, som ikke er nævnt i begrundelsen, kan ikke efterfølgende gøres til en del af beslutningsgrundlaget. Eftersom der i stedet for de afskedigede blev ansat nyt personale til en højere løn, er der ikke grundlag for afskedigelse med henvisning til faldende børnetal og økonomi. Inklusion kan heller ikke begrunde afskedigelserne, eftersom de afskedigede havde lang erfaring og stærke faglige kompetencer – det er misbrug af ledelsesretten at foretage en drastisk omlægning på overilet vis uden hensyntagen til

medarbejdere, som har arbejdet solidt og godt i mange år. Udvælgelsen af, hvem der skulle afskediges, er ikke foregået betryggende. Det er uoplyst, hvad der for den enkelte er lagt vægt på, og hvorfor hver enkelt er valgt. Evalueringsskemaet er i strid med krav til journalisering, jf. offentlighedslovens § 15, stk. 1, 2. pkt., ikke journaliseret og fremlagt, men tilintetgjort. Dette udgør en forvaltningsretlig mangel, som i sig selv gør afskedigelserne usaglige, subsidiært påhviler det Kommunen at bevise, at afskedigelsen af hver enkelt var saglig. Kriterierne for udvælgelse er ikke anført i opsigelserne. Udvælgelsen fremstår som vilkårlig. I øvrigt bestrider FOA, at der er udvist retsfortabende passivitet.

**X Kommune** har navnlig anført, at det, uanset hvad der er anført i opsigelserne som begrundelse, ligger fuldstændig klart, at der som følge af faldende børnetal og ny inklusionsstrategi ikke var arbejde til lige så mange pædagogmedhjælpere som hidtil, og at dette var begrundelsen for afskedigelserne. Det var helt sagligt at indskrænke antal ansatte pædagogmedhjælpere, også selv om der samtidig blev ansat andre, bedre kvalificerede medarbejdere til sikring af, at elever med en problematik fik en bedre undervisning og i højere grad blev inkluderet i den almindelige skole. Der skulle ske en halvering af de elever, der alene fik specialundervisning – disse elever skulle ikke bare passes, men behandles som elever med særlig stort behov for særlig kvalificeret pædagogisk bistand, så der var sikkerhed for, at de i skolen ville få den indlæringsmulighed, de kunne tage imod. Skolen så ind i et skoleår med generelle besparelseskraav og den særlige udfordring på specialområdet, at elevtallet ville falde, samtidig med, at de visiterede elevers bistandsbehov ville stille større krav til den pædagogiske indsats. Der var brug for en tilpasning af medarbejderstaben her og nu, det var ikke noget, som kunne klares hen ad vejen. Udvælgelsen er foretaget efter saglige kriterier og dybt seriøst. Når opsigelserne er saglige, er der ikke krav på godtgørelse for usaglig afskedigelse, selv om der foreligger forvaltningsretlige mangler. I øvrigt er eventuelle krav på godtgørelse bortfaldet som følge af retsfortabende passivitet.

Hvad **påstandene** angår, har klager for hver af de 10 afskedigede, som sagen omfatter, nedlagt påstand om betaling op til det beløb, som en godtgørelse efter Overenskomstens § 18A, stk. 7, maksimalt kan beløbe sig til. For 7 af de afskedigedes vedkommende er der enighed om, hvad den sædvanlige månedsløn kan beregnes til. For 3, som var under uddannelse til pædagogisk assistent, er parterne – uden præjudice for fremtidige sager – til brug for fastsættelse af en eventuel

godtgørelse blevet enige om en månedsløn for hver af de 3 (A, E og H). Klagers påstande lyder på, at X Kommune skal betale op til følgende beløb med procesrente fra sagens anlæg:

- 236.200 kr. til A.
- 342.000 til B.
- 222.590 kr. C.
- 322.970 kr. til D.
- 232.890 kr. til E.
- 225.320 kr. til F.
- 216.500 kr. til G.
- 248.620 kr. til H.
- 163.620 kr. I.
- 202.200 kr. til J.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært betaling af mindre beløb end påstået af klager. Påstandene fremgår af skriftvekslingen og procesaftale af 12. august 2021.

### **3.3. Opmandens begrundelse og resultat**

#### **3.3.1. Passivitet**

Opsigelserne af de 10, som sagen omfatter, skete i april og maj 2017. Der var forhandling lokalt mellem X Kommune og FOA den 29. maj 2017 og centralt (med deltagelse af FOA forbundet og KL) den 3. oktober 2017.

X Kommune hævder, at der herefter ikke skete noget i sagen i næsten 2 år, indtil der blev udtaget klageskrift den 24. september 2019, og at eventuelle krav på godtgørelse derfor er fortabt som følge af passivitet.

Det fremgår imidlertid af referatet af mødet den 3. oktober 2017, at FOA forbeholdt sig ret til at videreføre sagen i det fagretlige system. Det må endvidere i overensstemmelse med K's forklaring lægges til grund, at X Kommune på de møder, som løbende har været afholdt mellem Kommunen og FOA, jævnligt har spurgt til sagen og fået at vide, at sagen "ligger i forbundsregi". Hertil kommer, at der i perioden har været korresponderet om nedsættelse af afskedigelsesnævn,

forsinkelse af klageskrift (først p.g.a. sygdom, dernæst p.g.a. overenskomstforhandlinger, senere p.g.a. af advokatskifte) samt afholdelse af et forhandlingsmøde. Den 29. maj 2019 spurgte X Kommune forbundet om status i sagen, forbundet svarede den 3. juni 2019, at klageskrift ville blive fremsendt inden længe.

Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at der af klager er udvist en adfærd, som har givet X kommune anledning til og føje til at indrette sig i tillid til, at eventuelle godtgørelseskrav var opgivet. Der kan derfor ikke gives X Kommune medhold i synspunktet om retsfortabende passivitet.

### **3.3.2. Mangel på arbejde til pædagogmedhjælpere**

Det følger af almindelige arbejdsretlige principper, at det er op til ledelsen af en virksomhed eller institution at bestemme størrelsen og sammensætningen af medarbejderstaben. En tilpasning af medarbejderstaben under hensyn til de ydelser, som virksomheden eller institutionen skal præstere, og den økonomi, som virksomheden eller institutionen råder over, indgår som en væsentlig del af, hvad en ledelse i forhold til de ansatte er berettiget til. Der tilkommer ledelsen et vidtgående skøn med hensyn til, hvad der af hensyn til driften er nødvendigt eller hensigtsmæssigt.

Det er således op til ledelsen af en skole at afgøre f.eks., om den ud fra hensyn til fastsatte kvalitets- og inklusionsmål til løsningen af en opgave ønsker at benytte uddannede pædagoger i stedet for pædagogmedhjælpere/pædagogiske assistenter (i det følgende benævnt: pædagogmedhjælpere); en sådan driftsmæssigt begrundet ændring af medarbejderstabens sammensætning kan gennemføres ved afskedigelse af de pædagogmedhjælpere, som der herefter ikke er arbejde til, og ansættelse af de pædagoger, som der er brug for, også selv det medfører en større lønudgift.

Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at det på Y-skolen i X Kommune ud fra hensyn til faldende børnetal, økonomi og ny inklusionsstrategi var sagligt begrundet i foråret 2017 ved tilrettelæggelsen af skoleåret 2017/2018 at beslutte at indskrænke antallet af pædagogmedhjælpere i Specialafdelingen på Z-skolen ved afskedigelse i det omfang, som det skete. Der er ikke fremkommet oplysninger, som giver grundlag for en anden bedømmelse. Tværtimod understøttes

ledelsens vurdering af, at der ikke var arbejde til det antal pædagogmedhjælpere, som blev afskediget, af de oplysninger, som er fremkommet.

9 stillinger var allerede blevet overflødige i 2016 ved tilrettelæggelsen af skoleåret 2016/2017, men opretholdt, fordi Kommunen i stedet for afskedigelse efter drøftelse med FOA valgte at betale for, at 9 pædagogmedhjælpere som fortsat ansatte kunne tage den 1-årige uddannelse til pædagogisk assistent. Antal elever visiteret til Specialafdelingen på Z-skolen faldt fra skoleåret 2016/2017 til skoleåret 2017/2018 med 15 %. Samtidig skulle skolen indpasses i en ny skolestruktur og realisere målene i en ny inklusionsstrategi. Den ny skolestruktur og det nye inklusionsmål var rammevilkår, som indtraf på et tidspunkt, ikke over en periode, og som skolen måtte tilpasse sig, da de indtraf. Der var utvivlsomt behov for et pædagogisk kvalitetsløft her og nu for at indfri målet om en halvering af antal elever ekskluderet fra den almene undervisning og af den grund behov for yderligere indsættelse af de faglige kompetencer, som den 3½-årige professionsbachelor-uddannelse til pædagog sikrer. Efterfølgende er der f.eks. sket det, at skolen er rykket fra en bundplads til en andenplads, hvad angår autismeelevs eksamensdeltagelse og – resultater. Ledelsens bedømmelse var, at pædagogmedhjælperne ikke havde faglige kompetencer på pædagogniveau. At de ansatte pædagogmedhjælpere havde været ansvarsfulde og dygtige til deres arbejde som pædagogmedhjælper, indebærer da heller ikke, at de kunne anses for at være i besiddelse af faglige kompetencer på pædagogniveau og dermed i besiddelse af de nødvendige faglige forudsætninger for f.eks. i det ønskelige omfang at skabe mellemformer til inklusion. Pædagogmedhjælperne var ikke på pædagogniveau, og Kommunen havde ikke pligt til at uddanne dem til pædagogniveau.

### **3.3.3. Udvælgelsen af de medarbejdere, der blev afskediget**

I en situation, som den foreliggende, hvor der var mangel på arbejde til det antal pædagogmedhjælpere, der blev afskediget, er udgangspunktet, at det tilkommer arbejdsgiveren, ud fra saglige hensyn at afgøre, hvem af de ansatte der skal afskediges. Skolens ledelse har med henblik på at afgøre, hvem der bedst kunne undværes, skullet foretage en konkret individuel vurdering af pædagogmedhjælpernes kvalifikationer.

Til brug for udvælgelsen blev der fastlagt nogle kriterier, som blev drøftet i skolens MED-udvalg. Kriterierne er gengivet foran under 3.1 og helt åbenbart saglige som udvælgelseskriterier i den foreliggende sammenhæng. Udvælgelsen blev foretaget af afdelingsleder N, som var pædagogmedhjælpernes nærmeste leder. N havde været afdelingsleder i mange år og kendte pædagogmedhjælperne godt. Ifølge de forklaringer, som de afskedigede pædagogmedhjælpere har afgivet, var hun vellidt og respekteret både fagligt og som person. N har afgivet en fuldstændig troværdig forklaring om, hvorledes hun bedømte den enkelte medarbejder og udfyldte skemaet for hver enkelt medarbejder og foretog udvælgelsen i nøje overensstemmelse med, hvorledes medarbejderne herefter stod i forhold til hinanden.

Der blev således foretaget en systematisk, saglig vurdering af hver enkelt medarbejder og foretaget en fuldstændig regelret udvælgelse uden nogen form for vilkårlighed.

#### **3.3.4. Afskedigelsesprocessen og –begrundelsen**

9 af de afskedigede omfattet af sagen blev afskediget med begrundelsen, at børnetallet faldt, de samlede ressourcer skulle tilpasses økonomien og det nuværende antal personaletimer reduceres forholdsmæssigt.

1 af de afskedigede omfattet af sagen blev afskediget med begrundelsen, at den nye inklusionsstrategi fordrede særlige kompetencer, og at den pågældende ikke var i besiddelse af tilstrækkelig pædagogisk eller sundhedsfaglig uddannelse.

Ingen af disse begrundelser kan anses som et sandt udtryk for de forhold og overvejelser, der førte til afskedigelse. Som anført foran under 3.3.2 var det en flerhed af faktorer, som gjorde, at der ikke var arbejde til det antal pædagogmedhjælpere, som blev afskediget. Der burde i opsigelsesbrevene have været en kort redegørelse for de faktorer, som gjorde, at det blev besluttet at afskedige i alt 24 pædagogmedhjælpere.

Der foreligger således i samtlige opsigelsesbreve en begrundelsesmangel, jf. forvaltningslovens § 24.

Klager har gjort gældende, at den misvisende begrundelse i sig selv gør afskedigelserne usaglige. Klager har endvidere gjort gældende, at det forhold, at bedømmelseskemaet ikke er journaliseret, udgør en forvaltningsretlig mangel, som medfører, at afskedigelserne rent ansættelsesretligt er usaglige.

Højesteret har imidlertid i flere domme (se f.eks. UfR 2007.537) fastslået, at de forvaltningsretlige regler om sagsbehandling i afskedigelsessager skal bidrage til, at der træffes saglige afskedigelsesbeslutninger. Forvaltningsretlige sagsbehandlingsfejl kan ikke i sig selv udløse krav om kompensation.

Der er efter det, som er anført foran under 3.3.2 og 3.3.3, intet grundlag for at anse nogen af de foretagne afskedigelser for urimelig. Der er i den foreliggende sag ingen tvivl eller usikkerhed om de foreliggende afskedigelsers reelle begrundelse og saglighed. Der er ikke tale om efterfølgende at inddrage noget i afskedigelsesgrundlaget, som ikke var en del af det, som afskedigelserne faktisk blev foretaget på grundlag af. Det forhold, at der ikke er sket journalisering af bedømmelseskemaet, har ikke haft nogen betydning for beslutningerne om afskedigelse

Der er uanset begrundelsesmangel ingen urimelighed i afskedigelse af pædagogmedhjælpere som følge af mangel på arbejde til pædagogmedhjælpere.

Der er heller ingen urimelighed i ud fra saglige overvejelser til løsningen af en opgave at vælge at benytte uddannede pædagoger frem for pædagogmedhjælpere, selv om pædagogerne er dyrere end pædagogmedhjælperne; men det giver selvsagt ingen mening at begrunde et sådant valg med henvisning til faldende børnetal og økonomi og deraf følgende forholdsmæssig reduktion af antal personaletimer.

Der er ingen urimelighed i ud fra saglige overvejelser til løsningen af en opgave at vælge at benytte uddannede pædagoger frem for pædagogmedhjælpere, selv om pædagogmedhjælperne har udført fortrinligt pædagogmedhjælperarbejde; men i en og samme afskedigelsesrunde, som er reelt begrundet i arbejdsmangel til pædagogmedhjælpere udløst af flere forskellige forhold, og hvor der fornuftigvis er sket udvælgelse efter de samme ensartede og saglige kriterier af, hvem der bedst



kan undværes, er det selvfølgelig utilfredsstillende at benytte utilstrækkelig kompetence som begrundelse over for nogle og give en anden begrundelse til andre.

Hvad udvælgelsen af den enkelte angår, har det været tilstrækkeligt at henvise til de kriterier, som havde været behandlet i MED-udvalget og lagt på skolens Intra-net. Der har ikke været nogen pligt til at forelægge den foretagne individuelle bedømmelse for medarbejderne, hverken i høringsbrevet eller i afskedigelsesbrevet.

Det er beklageligt, at der i opsigelsesbrevene er givet misvisende begrundelser for afskedigelserne, men der er ikke i øvrigt grundlag for at kritisere sagsbehandlingen eller afskedigelsesprocessen. Tværtimod har X Kommune under hele afskedigelsesforløbet været i en tæt og helt åben dialog med FOA og ikke blot ved uddannelsesstilbuddet i 2016, men også ved i 2017 at etablere et generelt ansættelsesstop gældende for pædagogmedhjælpere i hele Kommunen og oprette en jobbank søgt at fastholde så mange af de afskedigede medarbejdere som muligt. Der var da også 8 af de afskedigede, som endte med at blive genansat eller overflyttet til anden beskæftigelse i Kommunen. Det må endvidere efter bevisførelsen lægges til grund, at det var i et misforstået forsøg på at imødekomme FOA, at begrundelserne i opsigelsesbrevene blev, som de blev. Begrundelserne blev ikke, som de blev, for at dække over, hvad der var den reelle baggrund, som var fremlagt både på MED-udvalgsmødet og i drøftelserne med FOA, eller for på den måde at undgå indsigelser fra FOA. Der er i det hele ikke handlet fordækt eller på en måde eller i en hensigt, som sætter noget spørgsmålstejn ved sagligheden af afskedigelserne.

### **3.3.5. Konklusion**

Der forelå på det tidspunkt, hvor opsigelserne fandt sted, en sagligt begrundet mangel på arbejde til pædagogmedhjælpere i et omfang svarende til de foretagne opsigelser. Udvalget af de medarbejdere, som blev afskediget, skete efter saglige kriterier og konkret individuel vurdering af pædagogmedhjælpernes kvalifikationer. De foretagne afskedigelser har i det hele været saglige. De givne begrundelser i opsigelsesbrevene var mangelfulde, men denne begrundelsesmangel var uden betydning for afskedigelserne og rimeligheden af disse. Der er ikke i øvrigt grundlag for at kritisere afskedigelsesprocessen, som blev gennemført i en åben dialog med FOA og hensynsfuldt

over for medarbejderne. Der er ikke grundlag for at give klager medhold i påstandene om betaling af godtgørelse for urimelig opsigelse.

**Thi bestemmes:**

X Kommune frifindes.

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

Børge Dahl