

Kendelse

Afsagt den 5. oktober 2021

i

faglig voldgift FV 2020.169

Fagligt Fælles Forbund (3F)

(advokat Rune Asmussen)

mod

DI som mandatar

for

Coor Service Management A/S

(advokat Morten Eisensee)

1. Tvisten

Denne sag angår, om A er blevet afskediget fra sin stilling som servicemedarbejder i Coor Service Management A/S i strid med ligebehandlingsloven.

2. Påstande mv.

Klager, 3 F har nedlagt følgende påstande:

- 1) Indklagede, Coor Service Management A/S, skal betale 216.150,66 kr. til A.
- 2) Coor Service Management A/S skal betale 54.037,71 kr. til A.

Coor Service Management A/S, har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 16. september 2021 hos Dansk Industri, H.C. Andersens Boulevard 18, 1787 København V, for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: Forhandlingssekretær Mette Madsen og konsulent Ilse Werrenrath, begge 3F.

Udpeget af indklagede: underdirektør Niels Grøn og underdirektør Kristian Lauridsen, begge DI.

Som opmand deltog højesteretsdommer Anne Louise Bormann.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af A, B, C og D.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden.

4. Sagens omstændigheder

A blev den 24. oktober 2017 ansat som servicemedarbejder i Elite Miljø A/S. Af hendes ansættelseskontrakt fremgår, at hendes arbejdssted var X Svømmecenter, og at hendes gennemsnitlige timetal var 45 timer på 14 dage.

Den 20. december 2017 blev A sygemeldt på grund af graviditet, og hun var herefter på barselsorlov indtil den 18. februar 2019. I mellemtiden var Elite Miljø A/S blevet overtaget af Coor Service Management, som herefter indtrådte i ansættelsesforholdet som arbejdsgiver.

Da A vendte tilbage fra barselsorlov, vendte hun ikke tilbage til X Svømmecenter, men blev af sin chef C anvist arbejde på forskellige arbejdssteder og med vekslende timetal, som var væsentligt mindre end 45 timer på 14 dage. Der er fremlagt sms-korrespondance mellem A og C fra april 2019, hvoraf fremgår, at A efterspurgte en fast plads og flere timer, og at C svarede, at hun gjorde, hvad hun kunne.

A henvendte sig herefter til 3F, som ved brev af 11. juni 2019 anmodede Coor Service Management om et forhandlingsmøde. Af brevet fremgår, at det var 3F's opfattelse, at der var sket et brud på ligebehandlingslovens § 8 a som følge af, at A ikke var vendt tilbage til samme plads eller mødetidspunkt som før barsel, men var blevet mere eller mindre brugt som afløser.

Mødet blev afholdt den 3. juli 2019, og i mødet deltog B, 3F, og D og C, Coor Service Management. Af referatet fra mødet fremgår bl.a.:

”Angående A

Parterne kunne ikke blive enige.

3F påstand: efterbetaling af garantitimer iht. kontrakt, manglende aftentillæg iht. kontrakt

Bod/godtgørelse for misvisende ansættelsesbevis

Godtgørelse for brud på ligebehandlingsloven

Bod for brud på overenskomsten

- A starter 14/2-2019 efter endt barsel

3f Påstand

- Virksomheden burde have givet A mulighed for tilbagevenden til hendes arbejdssted, timetal og mødetidspunkt. Virksomheden mister først kunden 1/9 2019.
- Yderligere har virksomheden efterfølgende brugt A som afløser til trods for, at hun er fastansat, jf. ansættelsesbeviset.
- Virksomheden skal rette op på As ansættelsesvilkår fremadrettet fast mødested + tidspunkt + timetal

Coor påstand:

Efter endt barsel bliver A tilbudt anden/andre pladser. Grunden til det er, at X Svømmecenter har gjort Coor bekendt med at de vil opsiges kontrakten med Coor. Da Coor gerne vil beholde A, vælger vi at tilbyde hende andre pladser i stedet for, at A skulle opsiges.

A er tilbage på X Svømmecenter, derfor ikke enig i mangelfuld ansættelse.

Coor har fået udleveret opgørelse over udbetalte timer. Denne vil Coor gennemgå og udbetale evt. manglende timer og tillæg iht. ansættelse.”

Den 5. juli 2019 blev A opsagt til fratræden den 5. oktober 2019 med den begrundelse, at X Svømmecenter havde opsagt kontrakten med Coor Service Management fra den 29. august 2019.

I oktober 2019 tilbød Coor Service Management A en ny ansættelse med arbejdssted i en børnehave og et ugentligt timetal på 15 timer. A afslog tilbuddet med den begrundelse, at hun ønskede at arbejde på fuld tid.

5. Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun kort før, hun skulle vende tilbage fra barsel i februar 2019 havde et møde med C. C fortalte hende, at hun ikke kunne vende tilbage til svømmecenteret, fordi en kollega ved navn E havde fået hendes plads. Hun blev så i stedet tilbudt arbejde som afløser og arbejde på forskellige arbejdssteder og med forskellige timetal. Hun henvendte sig til 3F for at få hjælp, og der blev

indkaldt til et møde. Efter at der var indkaldt til mødet i juni 2019, fik hun at vide, at hun kunne vende tilbage til svømmecenteret.

Hun sagde nej til tilbuddet i oktober 2019 om at arbejde i børnehaven, fordi det var for få timer, og fordi hun ikke længere stolede på, at Coor ville overholde sine aftaler. Hvis hun kunne være blevet i svømmecenteret, ville hun have været tilfreds med timetallet, fordi arbejdspladsen var tæt på hendes hjem, og der var gode aften- og nattillæg.

B har forklaret, at han har været ansat i 3F siden 2011. A henvendte sig i maj 2019, fordi hun var utilfreds med, at hun skulle arbejde mange forskellige steder og havde for få timer. De kunne konstatere, at hun havde ca. ¼ færre timer end efter kontrakten.

Hans formål med mødet den 3. juli 2019 var primært at få A tilbage på de vilkår, hun havde krav på med hensyn til fast mødested og timeantal. Han blev derfor meget overrasket, da han på mødet fik at vide, at hun var tilbage i svømmecenteret som før barslen. Han fastholdt 3F's krav med hensyn til manglende timer og brud på overenskomsten, og de var uenige om alt. Derfor måtte de skrive i referatet, hvad de hver især mente.

Han fik at vide, at kontrakten med svømmecenteret var opsagt, men ikke at det ville betyde, at A ville blive opsagt. Det havde han ikke forestillet sig og selv sagt ikke accepteret. De talte ikke om, hvad der skulle ske, når kontrakten med svømmecenteret ophørte. Coor Service Management er en stor virksomheden, der bl.a. har hele skolerengøringen i X Kommune, så han havde ikke forestillet sig, at det ville blive noget problem at finde et andet sted til A.

To dage efter mødet ringede A til ham og fortalte, at hun var blevet opsagt.

C har forklaret, at hun i 2016 var serviceleder i Elite Miljø A/S, hvor hun ansatte A som afløser. I 2017 blev A fastansat i svømmecenteret, hvor der var en anden serviceleder, og hun slap derfor kontakten, indtil Elite Miljø blev solgt til Coor

Service Management, og den anden serviceleder blev afskediget, og hun overtog hans opgaver.

Hun havde et møde med A, før denne skulle vende tilbage fra barsel i februar 2019. På det tidspunkt var alle kontrakter i Sverige for at blive scannet ind i deres IT-system, og hun ringede derfor til lønkontoret for at spørge til As kontrakt. Hun fik at vide, at kontrakten lød på 14 timer om ugen, hvilket senere viste sig at være forkert, men det var det, hun gik ud fra.

De vidste da, at kontrakten med svømmecenteret formentlig ville blive opsagt, og derfor ville hun ikke sende A, som de meget gerne ville beholde, tilbage dertil. Hvis hun vendte tilbage til svømmecenteret, ville de være nødt til at opsigte hende sammen med de andre medarbejdere der. Hun tilbød derfor A arbejde på forskellige arbejdssteder. Det er ikke det samme som at være afløser, hvor man bliver tilkaldt efter behov.

Det kan godt være, at hun sagde til A, at hun ikke kunne vende tilbage til svømmecenteret, fordi E havde fået hendes plads. Det var, fordi hun ikke kunne fortælle sandheden om, at kontrakten formentlig ville blive opsagt, for det vidste de andre medarbejdere i svømmecenteret ikke.

Hun forsøgte at give A flere timer, når hun bad om det, og hun arbejdede i perioden i gennemsnit ca. 17 timer om ugen. Hun vidste ikke, at der var problemer, før hun hørte fra B. Herefter besluttede de, at A skulle vende tilbage til svømmecenteret, da de opfattede det som et krav fra 3F.

De plejer at have en god dialog med B, men denne gang var han aggressiv og ville ikke høre på deres forklaring på, hvorfor de havde gjort, som de gjorde. De sagde til ham, at hvis A kom tilbage til svømmecenteret, måtte de opsigte hende, og så sagde han, at så måtte de gøre det.

Det er fast praksis, at alle medarbejdere på et arbejdssted bliver opsagt, når en kontrakt opsiges. På det tidspunkt havde de ikke andet, de kunne tilbyde A, som ikke har kørekort og derfor kun kunne arbejde i X by. Den stilling, de tilbød hende

i oktober 2019, var den første mulighed. Da A kom tilbage i februar, var der heller ikke en anden fast stilling, men hun forventede, at der ville vise sig noget inden for et halvt år. Hvis 3F ikke havde stillet kravet om en fast plads, havde de beholdt hende og anvist hende arbejde på forskellige arbejdssteder. At hun fik for få timer i forhold til sin kontrakt, var deres fejl, og de har nu betalt hende for de timer, der manglede.

D har forklaret bl.a., at hun var distriktschef i Coor Service Management i 2019. Hun talte med C om As tilbagevenden fra barsel. De tænkte kun på, at de ville beholde hende, og hun vidste ikke, at der var problemer, før hun hørte fra 3F.

Hun var lidt chokeret over Bs attitude på mødet. De var uenige om alt. De sagde til ham, at A ville blive opsagt, hvis hun skulle tilbage til svømmecenteret, og han svarede, at det måtte de så gøre. Ellers kunne hun være forsat med skiftende arbejdssteder, indtil de fandt noget fast.

6. Anbringender

3F har til støtte for påstand 1 anført navnlig, at der ved As tilbagevenden fra barsel var tale om væsentlige vilkårsændringer, der medførte, at hun allerede da reelt set blev opsagt. Forholdet er endvidere i strid med ligestillingslovens § 8 a.

Da beslutningen om de væsentlige vilkårsændringer er truffet under hendes orlov, har Coor Service Management A/S bevisbyrden for, at de ikke er helt eller delvist begrundet i hendes orlov. Denne bevisbyrde er ikke løftet. A har aldrig accepteret vilkårsændringerne, og hun har derfor ikke fortabt retten til at anse sig for opsagt.

Godtgørelsen skal efter retspraksis ud fra As anciennitet fastsættes til 9 måneders løn. Hvis der ikke gives medhold i påstand 2 om viktimisering, skal viktimisering dog anses for en skærpende omstændighed, således at godtgørelsen skal forhøjes til 12 måneders løn.

Subsidiært har 3F til støtte for påstand 1 anført bl.a., at afskedigelsen den 5. juli 2019 var i strid med ligestillingslovens § 15, og at den delte bevisbyrde i § 16

a finder anvendelse, idet afskedigelsen skete to dage efter, at 3F på hendes vegne havde fremsat krav efter ligebehandlingsloven. Dette giver anledning til at formode, at afskedigelsen var begrundet i de fremsatte krav. Hvis der gives medhold i denne argumentation, bør godtgørelsen være 9 måneders løn.

Til støtte for påstand 2 har 3F anført navnlig, at den kun er relevant, hvis der gives medhold i påstand 1 ud fra den principale argumentation. Begrundelsen for en selvstændig godtgørelse er, at der er tale om en dobbeltkrænkelse. Først blev A udsat for en forringelse af sine ansættelsesvilkår i så væsentlig grad, at der er tale om en opsigelse, og derefter blev hun opsagt to dage efter, at 3F havde gjort indsigelse. Krænkelse nummer to må medføre en selvstændig godtgørelse for viktimisering.

Coor Service Management har anført navnlig, at da A vendte tilbage fra barsel, var *Coor Service Management* bekendt med, at der var en høj grad af sandsynlighed for, at kontrakten med X Svømmecenter ville blive opsagt. Da de ønskede at beholde hende, kunne hun ikke vende tilbage dertil, og hun blev derfor i en periode overført til skiftende opgaver. Hun gav ikke udtryk for utilfredshed hermed, og hun kom efter 3F's indsigelse tilbage til arbejdet i svømmecenteret. Hun har derfor ikke tilegnet sig vilkårsændringen som en opsigelse, jf. herved UfR 2004.2751 H.

Opsigelsen af A skete, efter at virksomheden havde tilbudt hende at fortsætte med skiftende opgaver, indtil der kunne etableres noget permanent, og såvel hun som 3F var blevet orienteret om, at det ville være nødvendigt at opsiges hende i lighed med de øvrige medarbejdere, hvis hun insisterede på at vende tilbage til svømmecenteret.

Der er ikke påvist faktiske omstændigheder, der sandsynliggør, at hun blev opsagt, fordi hun havde fremsat krav efter ligebehandlingsloven. Det var ikke muligt at tilbyde hende fortsat ansættelse i svømmecenteret, og virksomheden havde ikke andre alternativer end at anvise midlertidige løsninger, indtil der kunne anvises noget permanent. Afskedigelsen var således begrundet i

kontraktens ophør og As afvisning af de eksisterende omplaceringsmuligheder og uden sammenhæng med hendes orlov eller hendes krav om ligebehandling.

Hvis A efter sin orlov i februar 2019 var vendt tilbage til det arbejde i svømmecenteret, hun havde før orloven, var resultatet blevet det samme, nemlig at hun var blevet afskediget i juli 2019.

8. Opmandens begrundelse og resultat

Det må efter As og Cs forklaring lægges til grund, at A, umiddelbart før hun vendt tilbage fra barselsorlov, fik at vide, at hun ikke kunne vende tilbage til sit tidligere arbejde i X Svømmecenter, og at hun ikke fik nogen begrundelse herfor udover, at en kollega havde taget hendes plads. I de følgende måneder arbejdede hun på skiftende arbejdssteder og havde væsentligt færre arbejdstimer, end hvad der fulgte af hendes kontrakt. Jeg finder, at der har været tale om så væsentlige ændringer af hendes arbejdsvilkår, at det var at sidestille med en opsigelse.

Da ændringerne fandt sted under hendes barselsorlov, har Coors Service Management bevisbyrden for, at ændringerne ikke har sammenhæng med hendes fravær på grund af barsel, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. Denne bevisbyrde er ikke løftet ved de forklaringer, der er afgivet af C og D om, at de ønskede at beholde A, og at de manglende timer skyldtes en fejl.

Spørgsmålet er herefter, om A som følge af, at hun fortsatte sit arbejde under de ændrede vilkår og efter 3 F's henvendelse i juni 2019 vendte tilbage til sit tidligere arbejde i svømmecenteret, har mistet muligheden for at påberåbe sig, at ændringerne af hendes ansættelsesvilkår måtte anses for en afskedigelse.

Efter den fremlagte sms-korrespondance og As forklaring må det må det lægges til grund, at hun ikke accepterede ændringerne i arbejdsvilkår, men gentagne gange bad om flere timer og et fast arbejdssted.

Da A i juni 2019 fik lov at vende tilbage til svømmecenteret, havde Coor Service Management planlagt, at alle medarbejdere, der arbejdede der, umiddelbart efter ville blive afskediget som følge af, at svømmecenteret havde opsagt kontrakten.

Efter de modstridende forklaringer herom kan det ikke lægges til grund, at hun eller 3 F på hendes vegne har accepteret, at konsekvensen af at vende tilbage til svømmecenteret ville være en opsigelse. Under disse omstændigheder finder jeg, at A ikke har fortabt muligheden for at anse sig som afskediget som følge af ændringerne i hendes arbejdsvilkår efter barselsorloven.

A har som følge heraf ret til godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 2. Efter hendes anciennitet og omstændighederne i øvrigt fastsættes denne godtgørelse til 9 måneders løn.

Allerede som følge af, at A kunne anse sig som afskediget som følge af vilkårsændringerne, kan hun ikke tillige gøre gældende, at afskedigelsen den 5. juli 2019 var i strid med ligebehandlingsloven, eller at hun i øvrigt har ret til godtgørelse som følge af denne afskedigelse. Det bemærkes herved, at der ikke er påvist omstændigheder, der giver grund til at formode, at afskedigelsen den 5. juli 2019 var begrundet i andet end opsigelsen af kontrakten med X Svømmecenter.

Thi bestemmes:

Coor Service Management A/S skal betale 162.113 kr. til A.

Hver part skal betale egne sagsomkostninger og halvdelen af opmændenes honorar.

København, den 5. oktober 2021

Anne Louise Bormann