

Protokol

i Afskedigelsesnævnets sag nr.: 20210243.

3F

for

A

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

for

HB-CARE A/S
Korskildelund 2
2670 Greve

Uoverensstemmelsen

Sagen angår den indklagede virksomheds bortvisning af A. Hovedspørgsmålene under sagen er, om afskedigelse var berettiget, og om det er godtgjort, at afskedigelsen ikke skyldtes A's medlemskab af en kommunalbestyrelse.

Behandlingen ved Afskedigelsesnævnet

Sagen blev mundtligt forhandlet den 1. oktober 2021 med fhv. højesteretspræsident Børge Dahl som nævnsformand og opmand.

Klager nedlagde følgende påstande:

- 1) Indklagede, HB-Care A/S, skal til A betale erstatning svarende til fuld løn inkl. sociale tillæg i den overenskomstmæssige opsigelsesperiode med tillæg af procesrente fra bortvisningstidspunktet.
- 2) HB-Care A/S skal til A betale en efter Afskedigelsesnævnets skøn fastsat godtgørelse *principalt* i henhold til lov om kommunernes styrelse § 16 d, stk. 3, svarende til maksimalt 78 ugers løn, *subsidiært* i henhold til Hovedaftalens § 4, stk. 3.
- 3) HB-Care A/S skal til A betale kr. 5.000,- i særlig fratrædelsesgodtgørelse i henhold til TA-overenskomstens § 22, stk. 8.

Indklagede nedlagde påstand om frifindelse.

Parterne var enige om, at Afskedigelsesnævnet træffer afgørelse om samtlige påstande.

Der blev afgivet forklaring af chauffør A, regionschef B, kommunaldirektør C, vognmand D, tillidsrepræsentant E, tillidsrepræsentant F, personalechef G og disponent H.

Efter bevisførelsen tog indklagede bekræftende til genmæle over for klagers påstand 1. Sagen blev procederet.

Sagsforløb m.v.

Sagen angår HB-Care A/S's bortvisning af chauffør A den 23. februar 2021.

HB-Care er en persontransportvirksomhed, som beskæftiger sig med visiteret specialkørsel for kommuner og institutioner. Der er ansat ca. 500 chauffører i selskabet fordelt på 8 kørselsregioner. Ved behov sendes chauffører fra én region til kørsel i en anden, chauffører tilknyttet kørselsafdelingen i Skanderborg således f.eks. til kørselsafdelingen i Aarhus eller kørselsafdelingen i Randers og omvendt. Chaufførerne ansættes i almindelighed til 25 eller 30 timer om ugen. En del chauffører har andet arbejde ved siden af, nogle som lastbilchauffør.

A blev den 1. august 2016 ansat som timelønnet flexbuschauffør hos HB-Care A/S. Han kørte med ældre til dagtræningstilbud og skoleelever med handicap og særlige behov. Han var på bortvisningstidspunktet tilknyttet kørselsafdelingen i Skanderborg med 25-28 chauffører.

Det var aftalt med virksomheden, at A havde fri i alle skoleferier, hvor han i stedet arbejdede for en vognmand som eksportchauffør, hvad HB-Care var klar over og ikke havde haft indvendinger mod.

Denne aftale om, at han uden ansøgning havde fri i alle skoleferier, blev opsagt af regionschef B i efteråret 2020, således at han fremover skulle søge om fri, så det kunne blive lagt ind i planlægningen. Der lå ikke heri nogen ændring af A's adgang til i skoleferierne at arbejde som eksportchauffør.

A indsendte efter opsigelsen en liste over skoleferier et år frem, således at de kunne indgå i planlægningen. Han havde indtil vinterferien 2021 under sin ansættelse haft fri i samtlige skoleferier og kørt som eksportchauffør mindst 50 gange, uden at det havde medført forsinket fremmøde efter fraværet hos HB-Care. Ordningen indebar den fordel for HB-Care, at de undgik betaling af garantiløn i skoleferier, hvor der er 50-60 % kørsel.

Ved kommunalvalget i 2017 blev A valgt til at sidde i byrådet i Horsens Kommune i valgperioden, som begyndte den 1. januar 2018. Dette borgerlige ombud indebar, at han skulle have lidt tidligere fri en 2-3 gange om ugen, og at han enkelte gange skulle have en hel fridag fra sit arbejde hos HB-Care A/S.

HB-Care var ikke bekendt med kommunalbestyrelsesmedlemmers ret til fravær. A's anmodning om frihed med henvisning til hvervet blev ikke kørt ind uden gnidninger. Hans anmodning om fri blev et par gange ikke efterkommet uden videre, og kommunaldirektøren blev ringet op to gange af HB-Care med spørgsmål, hvad hun aldrig ellers har oplevet. Da HB-Care imidlertid havde forstået, hvad reglerne gik ud på, har A løbende indleveret mødeoversigter og fået fri, også selv om det kunne være bøvlet for planlæggeren, disponent H, på anden måde at få dækket den kørsel, som A ellers skulle have haft. HB-Care tilstræber i øvrigt, at de ældre og børnene bliver kørt af den samme chauffør hver dag. Der er mangel på chauffører, og det giver særlige udfordringer, når der sættes en anden chauffør på – f.eks. skal nogle elever helst forberedes på, at der kommer en anden chauffør.

I forbindelse med skolevinterferien i uge 7 2021 havde A fået fri i den uge og fredagen forinden (fredag den 12. februar 2021) med henblik på en tur som eksportchauffør og fået

fri mandagen efter (mandag den 22. februar 2021) med henblik på deltagelse i et byrådsmøde.

Eksportturen var en tur for vognmand D med en flymotor, der kom fra Norge, og som skulle videre via Madrid, Spanien, hvor der skulle ske fortoldning, til Sofia, Bulgarien. De var to chauffører på bilen. Efter planen skulle de være tilbage i Danmark, så der ikke ville være problemer med at nå frem til A's andre gøremål.

På grund af uforudsete problemer med fortoldning af returgods, en defekt flymotor, i Sofia trak opholdet i Sofia ud, indtil det efter et døgn tid torsdag den 18. februar 2021 om aftenen blev klart, at hjemturen måtte omlægges over Madrid med henblik på fortoldning dér.

A kontaktede derfor fredag den 19. februar 2021 om formiddagen virksomheden og orienterede om, at han kunne få problemer med at nå retur til Danmark så betids, at han kunne møde på arbejde som planlagt tirsdag den 23. februar 2021. A talte med regionschef B. Vognmand D ringede ligeledes til B fredag den 19. februar 2019 og drøftede situationen med denne.

Efter de afgivne forklaringer lægges det til grund, at A og vognmand D med føje fik det indtryk, at B havde forståelse for situationen og gav udtryk for, at de skulle gøre, hvad de kunne, for at A kunne komme hjem i tide, og holde HB-Care løbende orienteret, og at problemet for HB-Care ikke var større, end at det kunne løses.

H har forklaret, at det ville være en driftsmæssig gene og bøvlet at få udført de opgaver, som A var planlagt til den 23. og 24. februar 2021, på anden vis, men at det i givet fald nok skulle blive løst.

Vognmand D og A arbejdede på at få forholdene lagt til rette, så A kunne nå hjem i tide til det vagtsatte arbejde hos HB-Care tirsdag den 23. februar 2021. Det blev således forgæves forsøgt at få ham hjem med en anden lastbil, som kørte direkte. Det blev ligeledes forsøgt at få ham hjem i tide med fly, men dette trak ud på grund af corona-restriktioner.

Søndag den 21. februar 2021 sendte A en mail til virksomheden, hvori han forklarede, at det nu stod klart, at han ikke kunne nå hjem til sin vagt hos HB-Care A/S den 23. februar 2021.

Den 22. februar 2021 om morgenen ringede A til disponert H for at sikre sig, at virksomheden havde modtaget hans e-mail af 21. februar 2021.

Samme dag meddelte B via e-mail A, at virksomheden forventede, at han mødte på arbejde dagen efter som planlagt.

A skrev i en svar-mail samme dag, at han ikke forstod "denne kovending efter den fine dialog, vi havde i fredags, da jeg oplyste om de uforskyldte problemer jeg er havnet i". Han skrev videre, at "Både vognmanden og jeg fik det indtryk, at hvis vi gjorde, hvad vi kunne, så kunne vi ikke gøre mere og at der nok skulle findes en fornuftig løsning alligevel".

Den 23. februar 2021 blev A bortvist med følgende begrundelse:

"Da du ikke er mødt på arbejde i dag, har du derved væsentlig misligholdt ansættelsesforholdet, og vi finder det nødvendigt at bortvise dig med omgående virkning."

A nåede hjem om aftenen den 23. februar 2021.

Tillidsrepræsentanterne har forklaret, at de ikke tidligere har været ude for, at manglende fremmøde har ført til bortvisning. Når nogen er kommet for sent, fordi de har sovet over sig, er det klaret med en mundtlig advarsel. I en sag fra maj 2020 fik en chauffør i Aarhus en skriftlig advarsel med begrundelsen, at "Du udeblev den 11/5-2020 fra din eftermiddagstur på Møllevangsskolen". I en helt aktuel sag fra Aarhus, hvor en medarbejder havde fået afslag på en ansøgning om at få fri to bestemte dage, meldte den pågældende sig i strid med sandheden syv de pågældende dage, hvilket blev sanktioneret med en advarsel.

B har forklaret, at de ikke ville have chauffører tilbage, hvis de skulle bortvise dem, der sov over sig. I sagen fra maj 2020 holdt chaufføren på grund af en misforståelse klar hjemme hos sig selv i stedet for ved skolen, som lå 3 km væk. I den aktuelle sag fra Aarhus drejede det sig om en god og stabil medarbejder, som havde befundet sig i en særlig situation, idet han ønskede at tage afsked med sin kone, som skulle udrejse. Samtidig manglede de chauffører i højere grad, end tilfældet var i Skanderborg i februar 2021. A blev bortvist, fordi det var et vigtigt signal til de øvrige chauffører, at man ikke bare kan blive væk.

Parternes argumenter

Klager har navnlig gjort gældende, at virksomheden ikke har løftet bevisbyrden for, at bortvisningen af A ikke er begrundet i hans opgavevaretagelse som kommunalbestyrelsesmedlem, og at bortvisningen dermed er sket i strid med § 16 c i lov om kommunernes styrelse. Endvidere anføres det, at virksomheden, i andre tilfælde af udeblivelse, alene har tildelt medarbejderne en advarsel, og at A's udeblivelse alene skyldtes en uforudset og uforudsigelig situation, som A straks orienterede virksomheden om. Klager har af de samme grunde gjort gældende, at virksomheden heller ikke sagligt ville kunne have afskediget A med overenskomstmæssigt varsel. Han er afskediget uden egen skyld.

Indklagede har navnlig anført, at virksomheden sagligt kunne afskedige A som følge af hans udeblivelse fra vagt den 23. februar 2021. Indklagede bestrider, at afskedigelsen af A var begrundet i hans medlemskab af kommunalbestyrelsen i Horsens Kommune. Der var etableret en ordning, hvorefter A hver uge kom med en liste over, hvornår han skulle have fri, hvad han herefter uden videre fik. Afskedigelsen skyldtes alene, at A, uden lovligt forfald, udeblev fra sin vagt den 23. februar 2021. Det var A, som bar risikoen for at kunne møde på arbejde, og det må have stået A klart, at eksportkørsel gennem Europa på et tidspunkt, hvor der gjaldt indgribende restriktioner som følge af Covid-19, kunne indebære en risiko for, at han ikke kunne nå hjem som planlagt. Han gjorde, da problemerne opstod, ikke, hvad han kunne for at nå hjem i tide. Det var ikke rimeligt i forhold til HB-Care at lægge hjemvejen over Madrid. Virksomheden fastholdt under forløbet, at han skulle møde som planlagt. Endelig anførtes det, at fratrædelsesgodtgørelsen i henhold til TA overenskomstens § 22, stk. 8 ikke kommer til udbetaling, når en fratrædelse er begrundet i medarbejderens forhold.

SAGENS AFSLUTNING

Efter Nævnets votering kunne der ikke blandt de partsudpegede medlemmer opnås flertal for en afgørelse af sagen, hvorefter afgørelsen skulle træffes af opmanden. Opmanden fremkom mundtligt med en tilkendegivelse, og parterne blev herefter enige om en forligsmæssig afslutning.

OPMANDENS TILKENDEGIVELSE:

Efter lov om kommunernes styrelse har et medlem af en kommunalbestyrelse, der er lønmodtager, ret til fravær som angivet i lovens § 16 b. En arbejdsgiver må ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne er valgt til en kommunalbestyrelse, jf. § 16 c. Afskediges en lønmodtager, der er medlem af en kommunalbestyrelse, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at afskedigelsen ikke skyldes dette forhold, § 16 c, stk. 1. Ved afskedigelse i strid med § 16 c skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse, jf. § 16 d, stk. 2, som ikke kan overstige 78 ugers løn og fastsættes under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt, § 16 d, stk. 3.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at A var en pligtopfyldende og samvittighedsfuld chauffør, hvis arbejde var påskønnet ikke blot af de ældre medborgere og skoleelever, som han kørte med, men også af HB-Care, som imidlertid tilstræbte, at det så vidt muligt var samme chauffør, som transporterede de samme elever og ældre, og som anså det for bøvlet at håndtere det behov for frihed, som fulgte af hans medlemskab af kommunalbestyrelsen.

Det lægges efter bevisførelsen endvidere til grund, at A i hele sin ansættelsestid i HB-Care havde haft fri i samtlige skoleferier med henblik på kørsel som eksportchauffør, og at HB-Care havde været indforstået hermed. HB-Care var således også klar over, at han i vinterferien 2021 havde fået fri og skulle arbejde som eksportchauffør. Forud herfor havde A under sin ansættelse hos HB-Care gennemført mere end 50 ture som eksportchauffør, uden at dette havde givet anledning til problemer i forhold til HB-Care. Der havde ikke tidligere været for sen tilbagekomst eller andet af betydning for HB-Care.

Det lægges efter bevisførelsen også til grund, at den tur, som A havde påtaget sig i vinterferien 2021, af vognmanden var tilrettelagt, så han ville være tilbage i Danmark to dage inden, at han skulle møde på arbejde hos HB-Care.

Det kom imidlertid til at gå anderledes.

Der opstod i Bulgarien toldproblemer, som for A må anses for uforudsete og upåregnelige. A orienterede så hurtigt som muligt og i øvrigt løbende HB-Care om situationen, som derfor, flere dage inden han atter skulle møde hos HB-Care, havde mulighed for at etablere et beredskab til at sætte ind, hvis det skulle ende med, at han ikke nåede hjem i tide.

Der blev udfoldet store bestræbelser på at sikre tilbagekomst i tide, og det må efter bevisførelsen lægges til grund, at A gjorde, hvad der i situationen med rimelighed kunne forventes og forlanges, også efter de samtaler om situationen, han og hans vognmand havde haft med HB-Cares regionsleder. Det er A's risiko, at det ikke lykkedes, men der ses ikke at være noget, som kan bebrejdes ham. Han har ikke udvist en adfærd, som har udløst et sagligt behov for af hensyn til disciplinen blandt chaufførerne at gøre det tydeligt, at man ikke bare kan blive væk – han var ikke bare blevet væk.

Den for sene hjemkomst og et heraf følgende for sent fremmøde hos HB-Care har udgjort en driftsmæssig ulempe, som imidlertid må anses for relativt beskeden og af en karakter, som virksomheden i forvejen må have et beredskab til håndtering af. Ydermere udtalte virksomheden under forløbet først på et tidspunkt, hvor det definitivt var klart, at han ikke kunne nå hjem i tide, at den forventede fremmøde som planlagt.

Der har på denne baggrund ikke foreligget et sagligt grundlag for afskedigelse, endsize for bortvisning. Det forhold, at der var tale om arbejde som eksportchauffør under en pandemi, kan ikke føre til en anden bedømmelse, eftersom arbejdet, som samfundsmæssigt var holdt åbent, blev udført med respekt af alle udstedte forholdsregler, og tilbagevenden til HB-Care var planlagt til at skulle ske efter testning og i øvrigt med respekt af, hvad der måtte være af forholdsregler.

Den valgte reaktion i form af bortvisning må således anses for at være ude af proportion. Bortvisning på grund af udeblivelse er i øvrigt en rektion, som afviger fra, hvorledes virksomheden har reageret i andre udeblivelsessituationer.

Der foreligger således omstændigheder, som rejser begrundet tvivl om, hvorvidt virksomheden virkelig har bortvist A, fordi han ikke mødte på arbejde tirsdag den 23. februar 2021 som planlagt.

Da HB-Care ikke er fremkommet med en rimelig begrundelse for afskedigelse, har HB-Care ikke godtgjort, at afskedigelsen ikke skyldes, at A var medlem af kommunalbestyrelsen i Horsens Kommune. HB-Care skal derfor betale godtgørelse efter lov om kommunernes styrelse § 16 d.

Da afskedigelse må anses for sket uden A's egen skyld, skal HB-Care endvidere betale 5.000 kr. i fratrædelsesgodtgørelse efter TA-overenskomstens § 22, stk. 8.

Indklagede skal betale opmandens honorar.

PARTERNES FORLIG

Parterne var enige om på baggrund af opmandens tilkendegivelse at tage denne til efterretning og afslutte sagen forligsmæssigt.

København, den 12. oktober 2021

Børge Dahl