

K E N D E L S E

Afsagt 25. oktober 2022

(Højesteretsdommer Jørgen Steen Sørensen)

i

afskedigelsesnævns sag nr. FV 2021-1333

FOA – Fag og Arbejde

for

A

(advokat Peter Breum)

mod

Kommune 1

(advokat Elsebeth Aaes-Jørgensen)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår, om Kommune 1 har haft sagligt grundlag for at afskedige A fra hans stilling som pædagogisk leder i kommunen (Daginstitution 1) på grund af senfølger efter smitte med Covid-19.

2. Påstande

Klager, FOA – Fag og Arbejde for A, har påstået, at indklagede, Kommune 1, i godtgørelse for uberettiget afskedigelse skal betale 303.116,34 kr. med procesrente fra sagens anlæg den 10. november 2021.

Indklagede, Kommune 1, har påstået frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb.

3. Sagens behandling i afskedigelsesnævnet

Sagen blev mundtligt forhandlet den 10. oktober 2022 med højesteretsdommer Jørgen Steen Sørensen som opmand.

Sidedommere for klageren var Sofia Gadsbøl, FOA, og Christina Skjold, FOA.

Sidedommere for indklagede var souschef Christel Andersen, KL, og chefkonsulent Rikke Bay Johansen, KL.

Der blev afgivet forklaring af A, B, C og D.

Forhandlingen fandt sted i KL i København.

Der var efter votering ikke flertal for et resultat blandt sidedommerne. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden.

4. Sagsfremstilling

A blev med virkning fra den 1. marts 2019 ansat som pædagogisk leder i Kommune 1. Af et ansættelsesbrev af 21. marts 2019 fremgår bl.a., at hans arbejdssted indtil videre var område 1, Daginstitution 1, Klynge G. Daginstitution 1 havde på daværende tidspunkt – foruden en leder – 4 medarbejdere, 2 vikarer og 19 indskrevne børn.

Det fremgår også af ansættelsesbrevet, at A var ansat uden højeste tjenestetid. Han var omfattet af Overenskomst for pædagogisk uddannet personale ansat i lederstillinger i kommunerne (2018-21).

Efter det oplyste er daginstitutionerne i Kommune 1 for børn i alderen 0-6 år organiseret i en såkaldt klyngestruktur. Der er ca. 40 "klynger" i kommunen med typisk 4-10 institutioner i den enkelte klynge. Hver klynge har en klyngeleder, der har det overordnede ansvar for personale, budget og kvalitet i klyngen. Herudover har hver institution en pædagogisk leder med ansvar for det pædagogiske tilbud, forældresamarbejdet og den faglige kvalitet i institutionen.

Den omtalte Klynge G består efter det oplyste af 8 enheder, herunder Daginstitution 1. Klyngen ledes af B.

Om Daginstitution 1 er det oplyst, at institutionen åbnede den 15. marts 2019 for vuggestuegruppen og den 1. oktober 2019 for børnehavegruppen. Det skete i midlertidige lokaler i bydel 1. Det var fra begyndelsen meningen, at institutionen i marts 2022 skulle flytte til andre lokaler i bydel 1, ca. 3 km væk. Flytningen er efter det oplyste nu gennemført (efter afskedigelsen af A).

I oktober 2020 afsluttede Kommune 1 et pædagogisk tilsyn i Daginstitution 1. Der blev i den forbindelse afgivet en række anbefalinger til, hvad institutionen skulle arbejde med i det følgende år (2021). Disse anbefalinger omfattede "Soziale relationer – positiv voksenkontakt hver dag", "Inklusion og fællesskab – børne- og ungefællesskaber til alle", "Sprogindsatsen – muligheder gennem sprog", "Forældresamarbejde – forældrepartnerskab", "Sammenhæng – også i overgange" og "Krav om refleksion og metodisk systematik i den pædagogiske praksis".

På alle punkter fik institutionen bedømmelsen "Tilpas indsats", der er den mellemste af i alt tre bedømmelseskategorier.

I april 2021 blev A smittet med Covid-19. Han meddelte B dette ved en SMS den 3. april 2021, hvor der bl.a. står:

"Jeg har kørt og hentet min datter i Vejle d. 31/3 og 1/4. Hun skulle til påskefrokost tidligere på ugen.

...

Blev så PCT torsdag, med positivt svar fredag.

...

Jeg orienterer Daginstitution 1 tirsdag, og er på telefonen. Har ikke taget min PC med hjem. Er det OK jeg henter den i en af helligdagene."

A var fuldtidssygemeldt i perioden 3. april – 12. maj 2021. Den 13. maj 2021 begyndte han at arbejde med en ugentlig arbejdstid på 25 timer i tidsrummet kl. 8-13 dagligt.

Efter en "teknisk raskmelding" den 5. juli 2021 holdt A sommerferie, og efter ferien blev hans ugentlige arbejdstid nedsat til 20 timer, da han fortsat ikke var klar til at arbejde på fuld tid. I den forbindelse anføres i en lægeerklæring af 2. august 2021, udstedt af læge E og indhentet efter anmodning fra Kommune 1:

"A, som er patient hos os, har følger efter covid-19-infektion i maj 2021. Bliver hurtigt forpustet og meget træet og føler sig aktuelt ikke i stand til at arbejde mere end 20 timer om ugen. Jeg forventer en gradvis bedring inden for 3- 6 måneder og dermed gradvis tilbagevenden til arbejde på fuld tid, men jeg vil understrege at dette er et usikkert skøn."

As sygdom er efter det oplyste anmeldt til arbejdsskademyndighederne som arbejdsskade.

Det fremgår af en oversigt udarbejdet af Kommune 1, at der ved As sygemelding i april 2021 var 40,60 indmeldte børn i Daginstitution 1, og at der i september samme år var 21,83 indmeldte børn.

Ved brev af 26. august 2021 indkaldte B A til en tjenstlig samtale. Det fremgår af brevet, at formålet med samtalen var at afklare As sygefravær og dets omfang. Det fremgår også, at "ovenstående er så alvorligt, at jeg på denne baggrund overvejer at give dig en høring om opsigelse, hvilket der vil blive taget stilling til, efter samtalen med dig."

Samtalen blev afholdt den 2. september 2021. Af Kommune 1s referat af samme dato, som A har underskrevet, fremgår bl.a., at A oplyste, at han "går til udredning vedr. hans hjerte som senfølge af Covid-19 og at han forventer at komme tilbage så hurtigt som muligt. A kan ikke sige noget om, hvor længe dette vil vare. Han giver udtryk for at han meget gerne vil tilbage så hurtigt som muligt."

Endvidere fremgår af referatet bl.a.:

"Det er KL [klyngelederens] vurdering at eftersom A sidder i en lederstilling, er det særligt vigtigt med stabilitet og den seneste lægeerklæring har bevirket betydelig usikkerhed herom, hvilket er uforeneligt i driften og den pædagogiske udvikling i klyngen og enheden, da det er en forholdsvis ny enhed (fra marts 2019).

...

KL tager til efterretning, hvad A siger men på baggrund af samtalen og manglende tro og tillid til at A vil få et stabilt fremmøde med varighed indenfor nærmeste fremtid indstilles han til afsked.

Ligeledes lægges der vægt på at A sidder i en lederstilling i en forholdsvis ny enhed, hvor det er særligt vigtigt med stabilitet og hans fravær er uforeneligt med driften og den pædagogiske udvikling i klyngen og enheden, samt As samlede fravær ikke er i overensstemmelse med område 1s fraværs politik."

...

Ligeledes fortæller C [Landsforeningen for Socialpædagoger (LFS), As bisidder], at der også er kommet astma inden over Covid-19. B undrer sig over at der ikke har været samtaler om fravær med A. C vil gerne appellere til at en genovervejelse af indstillingen om afsked, også i lyset af at A hver dag præsterer le-

delse og at der kunne have været valgt andre ledelseskonstruktioner, jævnfør allonge, pædagog med ledelsesbeføjelser og Kommune 1s generelle rekruttering af ledere.

C peger på personalesituationen er god i institutionen og at der er en god trivselsundersøgelse.

C siger at LFS mener at der er ude af proportioner at indstille til afsked nu, da der ikke tidligere har været afsøgt andre muligheder. LFS vil forbeholde sig ret til at videreføre sagen under FOA, såfremt KL og KS fastholder at indstille til afsked.”

Den omtalte allonge er til Forhåndsftale for pædagoger og ikke-uddannede klubmedarbejdere i kommunale institutioner og har titlen ”Aftale om Funktions og Kvalifikationsløn til pædagoger med ledelsesfunktioner”. Aftalen giver mulighed for, at pædagoger kan aflønnes med tillæg for konkrete ledelsesopgaver.

I brev af 3. september 2021 meddelte Kommune 1 A, at kommunen påtænkte at afskedige ham med overenskomstmæssigt varsel på 3 måneder. I brevet anføres bl.a.:

”Baggrund

Der blev den 2. september 2021 afholdt en tjenstlig samtale med dig.

Samtalen var begrundet i dit omfattende sygefravær sammenholdt med den seneste fremsendte varighedserklæring af den 2. august 2021.

Din leder indledte samtalen med at henvise til, at du havde været sygefraværende siden den 3. april 2021 til og med den 12. maj 2021. Herefter kom du delvist tilbage på dit arbejde på 25 ugentlige timer indtil den 5. juli 2021.

Din leder oplyste, at du efter endt ferie i uge 30 fortsat ønskede, at bibeholde 25 ugentlige timer, da du stadig var påvirket af Covid-19 senfølger.

Din leder modtager herefter en lægeerklæring fra dig. Din læge anbefalede i lægeerklæringen af 2. august 2021, at du i en periode på 3-6 måneder alene skulle arbejde 20 ugentlige timer med en efterfølgende gradvis optrapning til fuld tid.

Din læge afsluttede med at understrege, at ovenfor anførte skøn var usikker.

Din leder oplyste hertil, at du har varetaget en lederstilling, og at dit fravær var til gene for driften og den pædagogiske udvikling i institutionen – hertil skulle også tilføjes, at klyngen/enheden var en forholdsvis ny enhed fra marts 2019.

Du oplyste, at du var under udredning vedr. dit hjerte som senfølge af Covid.19, men at du håbede at vende tilbage til dit arbejde hurtigst muligt – du kunne dog ikke sige noget om perspektivet herfor.

Du oplyste videre, at du ikke vidste hvornår du ville kunne vende tilbage på dit arbejde, da der var tale om senfølger af Covid-19, og at din læge ej heller kunne give en prognose herpå på nuværende tidspunkt.

...

Foreløbig vurdering

Det er ledelsen i bydel 1 Klynge G og Personalejura og Forhandlings foreløbige vurdering, at omfanget af dit sygefravær kombineret den manglende udsigt til, at du inden for den nærmeste fremtid vil blive helbredsmæssigt i stand til at varetage dine arbejdsopgaver i fuldt omfang, ikke er foreneligt med en forsvarlig drift af arbejdsopgaverne.

Ved denne vurdering, er der særligt lagt vægt på den fremsendte lægelige erklæring af den 2. august 2021 samt det forhold, at du sidder i en pædagogisk lederstilling, som i høj grad kræver tilstedeværelse og stabilitet – hvilket dit omfattende og forventede sygefravær ikke harmonerer med.

Der er yderligere lagt vægt på dine bemærkninger om din helbredsmæssige tilstand, samt den usikkerhed din læges bemærkninger har skabt i forhold til det forventede fravær i henhold til den fremsendte lægeerklæring af den 2. august 2021.

Omfanget af dit sygefravær, kombineret med manglende udsigt og tillid til, at du snarligt vil være helbredsmæssigt i stand til at varetage dine arbejdsopgaver i fuldt omfang og med varighed, er ikke foreneligt med de driftsmæssige forhold i institutionen.

På baggrund af ovenstående påtænkes du afskediget fra din stilling.”

Herefter anmodede LFS på vegne af A om forhandling af sagen.

Den 12. september 2021 afgav A høringssvar. Heraf fremgår bl.a.:

”Når lægen skriver i erklæringen, at der er et usikker skøn med 20 timer i 3 til 6 mdr. med efterfølgende optrapning til fuld tid læser jeg det usikre skøn, som at jeg det godt kan være tilbage før de 3 til 6 måneder.

Hvilket jeg personligt ønsker, da det er ubehageligt at døje med senfølger.

Hvilket gør at det usikre skøn ikke kan lægges til grund for påtænkt afsked.

Det nævnes også at mit fravær er til gene for driften.

Dét er jeg meget uforstående overfor.

I perioden jeg er på nedsat tid (delvis sygemeldt) har jeg deltaget i de møder og ledelsesaktiviteter, der har været.

I Daginstitution 1, personalemøder, forældrerådsmøder, rummøder (der er sparring af personale og planlægning og evaluering af pædagogiks praksis), møder med forældre og netværksmøder med eksterne samarbejdspartnere omkring børnene.

I klyngeregi har jeg deltaget i ledelsesmøder, ledelsesdage i forbindelse med klyngeledelsens trivselsundersøgelse (Resultatet krævede noget opmærksomhed for at øge trivlsen i ledelsen), bestyrelsesmøde. Jeg har stået for indtastning i KAS (arbejdstidsregistrering) i en anden enhed med vakant pædagogiskleder stilling. En funktion jeg også have før jeg blev ramt af Covid — 19, i andre enheder.

Fra KL-side er der ikke sat tiltage i værk i forbindelse med min nedsatte tid.

Mens jeg var 100 procent fraværende med Covid-19 var der først ledelsesmæssigt opmærksomhed på Daginstitution 1 efter 3-4 uger, da personalet selv henvendte sig til KL i forbindelse med nogle personalemæssige udfordringer. Så blev der koblet en anden leder på.

Ovenstående beskriver at mit fravær ikke er til gene for driften, og KL inden d. 2. september heller ikke var af den opfattelse. Hvis KL havde den opfattelse, ville det have ligge lige for at afholde et møde og drøfte de driftsmæssige forstyrrelser og fundet en løsning på dem – men der er ingen gener været.

Personalet i Daginstitution 1 har i anden forbindelse, mens jeg har været på nedsat tid givet udtryk for at det er godt jeg kommer hverdag, og at jeg er tilgængelig, selv når jeg ikke er der. Jeg modtager f.eks. sygemeldinger omkring kl. 7 når der er nogen.

Lige som forældre er orienteret om jeg er i Daginstitution 1 mellem 9 og 13, medmindre der er møder ud af huset, og de kan få fat i mig på telefonen, som inden jeg blev ramt af Covid-19 og senfølge.

...

Jeg oplyste til den tjenstlige samtale d. 2.9. 2021 at mit hjerte var CT-scannet og det fungerede perfekt.

KL har haft meget lidt interesse i mit Covid-19 forløb. Mens jeg havde 100 procent fravær var der den ugentlige opfølgning. Da jeg kom tilbage på nedsat tid, startede jeg på ½ og gik så op på 25 timer. KL havde ikke nogle bemærkninger til det andet end det var OK.

...

Afslutningsvis vil jeg tilkendegive at mit psykiske arbejdsmiljø og trivsel er stærkt udfordret som følge af sag om påtænkt afsked, hvilket ikke er helbredsfræmmende i relation til covid-19 senfølgerne.”

Af et uenighedsreferat af 16. september 2021 udarbejdet af Kommune 1 fremgår bl.a., at LFS under en forhandling om sagen påpegede, at kommunen ikke havde indhentet en mulighedserklæring eller afsøgt mulighederne for alternative løsninger, og at A under sin sygdomsperiode havde deltaget i planlagte møder og ledelsesaktiviteter.

Ved brev af 24. september 2021 afskedigede Kommune 1 A med virkning fra udgangen af december 2021. I begrundelsen anføres bl.a.:

”Ledelsen i bydel 1 Klynge G og Personalejura og Forhandling har følgende bemærkninger til dit hørings svar:

...

I forbindelse med din ferie blev du bedt om, at der skulle udarbejdes en mulighedserklæring, hvis du ikke kunne vende tilbage på fuld tid efter endt ferie – da du efter din ferie fortsat ønskede nedsat tid på 25 ugentlige timer, anmodede din leder dig i stedet for om at fremkomme med en varighedserklæring.

Med hensyn til dine bemærkninger og tolkning af din læges skøn i forbindelse med din helbredsmæssige tilstand skal der blot henvises til, at du ved den tjenstlige samtale oplyste, at du ikke vidste, hvornår du ville kunne vende tilbage til dit arbejde, da der var tale om senfølger af Covid-19, og at din læge ej heller kunne give nogen sikker prognose herpå.

Du har således ikke tilkendegivet eller på anden måde givet et indtryk af, at du ville kunne vende tilbage til dit arbejde i fuldt omfang indenfor en periode på 3 måneder.

For så vidt angår ledelsesmøderne, har din leder oplyst, at der fra den 14. april 2021 til den 14. september 2021 har været afholdt 7 almindelige ledelsesmøder, hvoraf du har deltaget i 2 af dem.

Din leder kan i øvrigt henvise til, at du ej heller deltog på et ledelsesmøde vedr. trivselsundersøgelsen 2021. Dog deltog du til et 2 dages møde omhandlende arbejdsfællesskaber internt vedr. forventningsafstemninger til nærmeste leder – du tilbød i denne forbindelse at varetage KAS-opgaven i en af klyngens andre enheder – den opgave varetog du i ca. 6 uger, hvorefter du ikke ønskede at løse opgaven længere.

Din ledelse kan ikke genkende, at du ikke er imødekommet i forhold til din situation og sygdom – der har været en løbende dialog med dig, mens du var fuldtidssygefraværende, og det var mellem dig og din leder i øvrigt en dialog omkring forlængelser af din deltidssygemelding frem til din ferie, hvortil du oplyste, at du ville kunne vende tilbage til dit arbejde i fuldt omfang.

Efter din tilbagevenden fra ferie ønskede du imidlertid fortsat en arbejdstid på 25 ugentlige timer, hvorefter du blev anmodet om at fremkomme med en varighedserklæring, som beskrev, at du kun kunne arbejde 20 timer ugentligt i en periode på 3 til 6 måneder.

Herudover kan der henvises til, at det altid er en væsentlig belastning for driften, når en leder er fraværende helt eller delvist i en længere periode.

Ledelsen noterer sig endvidere, at du selv er af den opfattelse, at der i forbindelse med dit fuldtidssygefraværsforløb var initieret 1-1 møder mellem dig og din leder. Herudover kan der henvises til, at du blev fuldtidssygemeldt den 3. april og frem til den 12. maj 2021, hvorefter den efterfølgende 1 til 1 møde i juni måned 2021 blev aflyst af dig selv – det er således ikke korrekt, at der ikke har været en dialog mellem dig og din ledelse i forbindelse med dit sygdomsforløb.

...

Vurdering

Det er ledelsen i bydel 1 Klynge G og Personalejura og Forhandlings vurdering, at omfanget af dit sygefravær kombineret den manglende udsigt til, at du inden for den nærmeste fremtid vil blive helbredsmæssigt i stand til at varetage dine arbejdsopgaver i fuldt omfang, ikke er foreneligt med en forsvarlig drift af arbejdsopgaverne.

Ved denne vurdering, er der særligt lagt vægt på den fremsendte lægelige erklæring af den 2. august 2021 samt det forhold, at du sidder i en pædagogisk lederstilling, som i høj grad kræver tilstedeværelse og stabilitet – hvilket dit omfattende og forventede sygefravær ikke harmonerer med.

Der er yderligere lagt vægt på dine bemærkninger om din helbredsmæssige tilstand, samt den usikkerhed din læges bemærkninger har skabt i forhold til det forventede fravær i henhold til den fremsendte lægeerklæring af den 2. august 2021.

Omfanget af dit sygefravær, kombineret med manglende udsigt og tillid til, at du snarligt vil være helbredsmæssigt i stand til at varetage dine arbejdsopgaver i fuldt omfang og med varighed, er ikke foreneligt med de driftsmæssige forhold i institutionen.

På baggrund af ovenstående afskediges du fra din stilling som pædagogisk leder, så du fratræder ved udgangen af december måned 2021.”

Den 12. oktober 2021 blev sagen på ny forhandlet mellem LFS og Kommune 1, uden at der kunne opnås enighed. Ved mail af 27. oktober 2021 meddelte FOA – Fag og Arbejde, at man ønskede sagen indbragt for et afskedigelsesnævn, jf. § 16, stk. 8, i overenskomst for pædagogisk uddannet personale ansat i lederstillinger i kommunerne (2018-21).

Der er i sagen fremlagt en række mails fra perioden 28. april – 21. december 2021 fra krisestaben i Kommune 1, område 1. De nævnte mails er efter det oplyste i hvert fald i et vist omfang sendt til bl.a. Daginstitution 1 og angår forholdsregler mv. i forbindelse med håndtering af Covid-19.

Der er endvidere fremlagt sundhedsministerens besvarelse af 30. august 2021 af spørgsmål nr. 1542 (alm. Del) fra Folketingets Sundhedsudvalg. Heri anføres bl.a.:

”Det virker uforståeligt for mig, hvis sundhedspersonale, der har stået i front og taget sig af coronapatienter, bliver fyret, fordi de er blevet smittet med COVID-19 på arbejdspladsen og har fået senfølger. Vores sundhedspersonale har ydet en helt ekstraordinær indsats i forbindelse med coronaepidemien, og det skylder vi dem en stor tak for.”

5. Overenskomstgrundlaget

Overenskomst for pædagogisk uddannet personale ansat i lederstillinger i kommunerne (2018-21) bestemmer i § 9, at for ledere gælder vilkår efter funktionærlovens bestemmelser, medmindre der er aftalt afvigelser herfra.

Overenskomsten indeholder i § 16, stk. 7-9, disse bestemmelser om behandling af sager om uansøgt afsked:

”Stk. 7. Den forhandlingsberettigede organisation kan kræve sagen forhandlet med afskedigelsesmyndigheden, hvis organisationen skønner, at afskedigelse ikke kan anses for rimeligt begrundet i den ansattes eller kommunens/ansættelsesmyndighedens forhold. Den forhandlingsberettigede organisation kan kræve

forhandlingen afholdt inden for en frist af en måned efter afsendelsen af den i stk. 6 nævnte meddelelse.

Stk. 8. Hvis den ansatte har været uafbrudt beskæftiget ved kommunen i mindst 8 måneder på det tidspunkt, hvor opsigelsen meddeles, kan den forhandlingsberettigede organisation kræve sagen indbragt for et afskedigelsesnævn, hvis der ikke opnås enighed ved en forhandling efter stk. 7. Et sådant krav skal fremsættes over for kommunen/ansættelsesmyndigheden inden for en frist af en måned efter forhandlingen med kopi til KL.

Stk. 9. Et afskedigelsesnævn består af 5 medlemmer, hvoraf 2 udpeges af KL og 2 af de forhandlingsberettigede organisationer, hvorefter disse i forening peger på en opmand. Parterne retter herefter henvendelse til Arbejdsrettens formand med anmodning om udpegning af opmand. Kan enighed om indstilling ikke opnås, anmoder parterne Arbejdsrettens formand om at udpege en opmand. Opmanden fungerer som nævnets formand.”

Det fremgår af overenskomstens § 16, stk. 10, at afskedigelsesnævnet er omfattet af kap. 2 i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter.

6. Forklaringer

A har forklaret bl.a., at han er uddannet som pædagog i 1983 og har været leder i godt 20 år. Inden stillingen i Kommune 1 var han leder i en tilsvarende stilling i Kommune 2.

Mens han var i Daginstitution 1, var institutionen aldrig oppe på fuld normering. Det var en lille institution, og børnetallet faldt, mens han var der. Det skyldtes primært, at institutionen skulle flytte i marts 2022, og at forældrene derfor typisk ikke ønskede at lade deres børn begynde i institutionen inden da. I forhold til børnetallet var personalenormeringen god. Det gjorde det lettere at håndtere Covid-19-situationen.

Da han tiltrådte, var institutionen præget af, at den var ny, og at personalet var urutineret, men det løste sig hurtigt. Det vil typisk tage 4-5 år at få en ny institution helt op i drift, og her ville det alt andet lige tage længere tid, fordi man også skulle igennem en flytning. Før han blev smittet med Covid-19, havde han ingen sygemeldinger bortset fra ved en enkelt lejlighed, hvor han skulle opereres i foden.

Der var et godt samarbejde med de andre institutioner i klyngen. De havde samme værdisæt, og det var helt sædvanligt, at de lånte hinandens kompetencer. Han bistod selv ved forskellige lejligheder med administrative opgaver i andre institutioner. Han har siden sin tiltræden haft ganske få 1:1-samtaler med B, formentlig 2 eller 3. Hun var kun i institutionen ved enkelte lejligheder, bortset fra i forbindelse med gennemførelse af tilsyn.

Tilsynsrapporten for 2020 viser, om institutionen lever op til de besluttede pejlemærker. Bedømmelsen "Tilpas indsats" er ikke udtryk for en dårlig indsats, men for, at der skal arbejdes videre med indsatserne. Han opfattede ikke rapporten som udtryk for generel kritik af institutionen. Institutionen lå bedømmelsesmæssigt nogenlunde i midten i klyngen.

Han blev i begyndelsen af april 2021 smittet med Covid-19. Den "nærkontakt", som han refererer til i sin SMS af 3. april 2021 til B, er hans datters veninde, men han kan lige så godt være blevet smittet i institutionen. Hans læge anmeldte smitten som en arbejdsskade, men der er endnu ikke truffet afgørelse i hans sag. Han havde feber i 5 uger og var meget udmattet, men han arbejdede lidt hjemmefra med arbejdsplaner. Han var næsten fuldtidssygemeldt i denne periode.

Da han kom tilbage fra sin fuldtidssygemelding, arbejdede han i institutionen i 25 timer om ugen. Arbejdstiden lå dagligt fra kl. 8-13. Herudover håndterede han sygemeldinger hjemmefra om morgenen, og man kunne også ringe til ham efter kl. 13. Det gjorde både ansatte og forældre. Der var ikke nogen administrative opgaver, som han ikke kunne varetage. Når det var nødvendigt, trådte F, som var pædagogisk leder i en af de andre institutioner i klyngen, til for at hjælpe. Tillidsrepræsentanten lavede vagtplanerne. B kom ikke oftere end ellers i institutionen i den periode, hvor han var sygemeldt. Hun tog heller ikke kontakt til ham med henblik på prioritering af hans tid eller lign.

Inden sommerferien 2021 blev han "teknisk raskmeldt". Efter ferien var hans helbred blevet dårligere, og han var mere træt. Han gik derfor ned på 20 timer om ugen og var i institutionen dagligt fra kl. 9-13. Han drøftede det ikke nærmere med B. Det er rigtigt, at der ikke var helt orden på hans kontor, men der lå ikke fortrolige oplysninger frit fremme. Der var enkelte klager fra forældrene over mistrivsel hos deres børn, men ikke flere, end hvad der er normalt. Klagerne var ikke rettet mod hans ledelse. Han fik heller ikke klager fra personalet i institutionen. Der kom en hel del mails fra kommunens centralforvaltning om Covid-19-håndtering, og de fleste sendte han videre til de ansatte og forældrene, fordi de ikke gav anledning til tvivl eller problemer. Det var ikke noget problem at implementere dem i institutionen. I det hele taget var der ikke noget, der holdte på arbejdet. Beskrivelsen i hans partshøringssvar af 12. september 2021 er dækkende for, hvad han lavede.

Det var B, der bad om, at der blev indhentet en friattest fra hans læge i stedet for en mulighedserklæring. Da han fik attesten, forklarede lægen, at alt var usikkert med Covid-19, og at han muligvis kunne være klar til fuldtidsarbejde allerede efter en måned. I dag er han under udredning for åndenød, men ellers har han ikke længere nogen gener. Han er nu socialpsykiatrisk pædagog på et opholdssted.

B har forklaret bl.a., at hun er uddannet pædagog. Hun har været klyngeleder for Klynge G siden 2016. Hun er ansvarlig for den overordnede strategi i klyn-

gens institutioner. Den pædagogiske leder i den enkelte institution har det daglige driftsansvar, både administrativt og pædagogisk. Det er klyngelederen, der ansætter personale og indstiller til afskedigelse. Hun mødes hver 14. dag samlet med de pædagogiske ledere i institutionerne.

Daginstitution 1 er en almindelig daginstitution med vuggestue og børnehave. Fra begyndelsen var den etableret i en midlertidig pavillon, men den er i marts 2022 som planlagt flyttet ind i nye lokaler. Det er en stor opgave at starte en ny institution, og det tager tid at få den op i drift. Personalenormeringen var fin. Der var mere personale, end børnetallet tilsagde. A orienterede hende ikke om, at børnetallet faldt, hvilket hun ville forvente, idet det kunne komme på tale at tilpasse normeringen. Ledelsesopgaven i en ny institution bliver ikke mindre af, at der ikke er så mange børn indskrevet.

I tilsynsrapporten for 2020 fik institutionen bedømmelsen "Tilpas indsats" på alle områder. Det betød, at der var meget at arbejde videre med. Hun var lettet over bedømmelsen, men forventede, at der blev arbejdet videre med alle punkter.

Hun blev orienteret om As sygdom ved hans SMS af 3. april 2021. Han har ikke på noget tidspunkt nævnt, at han skulle være smittet i institutionen, og i givet fald skulle der være sat andre procedurer i gang. Hun har ikke været involveret i anmeldelsen som arbejdsskade. A var fuldtidssygemeldt i april og maj, men de var løbende i telefonisk kontakt. Hun forventede, at det var en kortere sygdom, og satte ikke yderligere personale ind. I begyndelsen af sygdommen var hun ikke mere i institutionen, end hun plejede, men hun måtte gribe ind på et tidspunkt, hvor der var konflikt mellem 2 af de 3 ansatte. Hun forstod, at konflikten efterfølgende blev løst. Hun har ikke tal på, hvor mange gange hun var i institutionen, men det var ikke ofte, og det var korte besøg. Hun bad F om at træde til. Da A vendte tilbage 25 timer om ugen, talte hun med ham om, hvad han kunne, og hun imødekom hans ønsker, f.eks. om så vidt muligt at lægge arbejdet om formiddagen.

I begyndelsen holdt hun ikke formaliserede sygesamtaler med A, idet hun stadig forventede, at han hurtigt ville blive raskmeldt, så han kunne vende tilbage på fuld tid. Hun forventede, at han ville sige til, hvis der opstod problemer eller særlige behov. Han gav ikke udtryk for, at der var noget særligt. Hun husker ikke, om hun spurgte A, hvordan det gik i institutionen, men hun kan se, at han i perioden kun deltog i 2 af 7 møder med hende og de øvrige pædagogiske ledere i klyngen. Hun var på daværende tidspunkt ikke bekymret.

Da sommerferien nærmede sig, blev A teknisk raskmeldt, idet han sagde, at han forventede at kunne begynde på fuld tid efter ferien. Det viste sig imidlertid ikke at holde stik, og hun drøftede herefter med kommunens juridiske rådgivere, om der skulle indhentes en mulighedserklæring eller en varighedserklæring. De blev enige om, at der skulle indhentes en varighedserklæring, idet deres behov var at vide, hvornår A ville kunne vende tilbage på fuld tid. Da de fik erklæringen, lagde de vægt på, at lægens skøn var usikkert, og på, at der var

mange uopfyldte behov i institutionen. Hun kunne konstatere, at det flød på As kontor, og at der på hans skrivebord lå dokumenter, som ikke burde ligge frit fremme. Heller ikke i denne periode var hun selv i institutionen ofte, og når hun var, var der tale om korte besøg.

I denne periode blev hun klogere på en række forhold. Hun var bl.a. overrasket over, at man ikke var kommet videre med opfølgning på tilsynsrapporten for 2020, og der var en ansat, der sagde, at A ikke rigtig var "til stede", når han var i institutionen. Hun fornemmede, at der var behov for mere ledelse. F, som i perioder var til stede i institutionen, sagde, at der skulle "arbejdes med alt". Hun kunne også konstatere, at den forestående flytning fyldte meget hos de ansatte. Hertil kom, at der var forældre, der klagede. Der var formentlig 2-3 klager. De drejede sig ikke om A, men hun fik et billede, at der var et "ledelses-fravær". Der skulle også håndteres en lang række mails fra centralforvaltningen om Covid-19-håndtering, og det var vigtigt, at der var en leder, der kunne tage sig af det. Hun fik ikke henvendelser fra tillidsrepræsentanten eller de andre ansatte om det. Der var formentlig 3-4 handleplaner for børn, som manglede at blive fulgt op på, men hun ved ikke, hvor længe de havde ligget.

I slutningen af august indkaldte hun A til en tjenstlig samtale. Hun havde ikke forinden strukturerede samtaler med personalet om konsekvenserne af As delvise fravær. Samtalen blev holdt den 2. september 2021, og her kunne A ikke svare på, hvornår han var klar til at arbejde på fuld tid. Hun overvejede at se tiden an, men mente ikke, at det var holdbart. Hun troede ikke på fremtidsperspektivet i As tilbagevenden. Det var ikke muligt at sætte ledere fra andre institutioner i klyngen ind, da der i forvejen var problemer i flere af institutionerne. Hun mente heller ikke, at der var pædagoger i selve institutionen, der kunne træde til som pædagogisk leder. En af dem havde et højt sygefravær, og de to andre havde været i konflikt med hinanden. Det var heller ikke muligt at hente en vikar ind. A kunne ikke flyttes til en anden institution i klyngen, da disse institutioner var større og derfor krævede mere ledelseskraft. Hun er ikke bekendt med, at A arbejdede mere end de 20-25 timer om ugen, som var aftalt.

Efter den tjenstlige samtale blev A sygemeldt på fuld tid. På det tidspunkt trådte hun til i institutionen og blev overrasket over, hvor dårligt den fungerede, og hvor meget behov for opfølgning der var. Der var tale om ren "børneopbevaring". Hun måtte i oktober eller november 2021 bede om, at der ikke blev taget flere børn ind i institutionen.

C har forklaret bl.a., at hun er faglig sekretær i Landsforeningen for Socialpædagoger (LFS). Hun kender allongen til forhånds aftalen for pædagoger og ikke uddannede klubmedarbejdere i kommunale institutioner. Den kan også bruges i små institutioner, og det sker ofte. Den kan bruges i forhold til alle opgaver, både pædagogiske og administrative. Efter hendes erfaring kan det let tage 2-3 år at få en nystartet børneinstitution i fuld drift.

Hun blev første gang kontaktet af A den 30. august 2021 i anledning af, at han var indkaldt til tjenstlig samtale. Hun deltog i samtalen. B kom hurtigt frem til

spørgsmålet om afskedigelse, og hun fornemmede ikke, at B var indstillet på at søge andre løsninger. B sagde, at der var brug for en prognose for, hvornår A kunne være tilbage. Der blev ikke talt om dårlig trivsel i institutionen. Hun pegede selv på, at der var en god trivselsundersøgelse, og at det stemte med hendes forståelse, men det var B ikke interesseret i.

D har forklaret bl.a., at han tidligere har været specialkonsulent i Kommune 1, Koncernservice – Personalejura og Forhandling. Han behandlede As afskedigelsessag.

Han hørte første gang om sagen fra B i foråret 2021, da A havde været sygemeldt et stykke tid. De aftalte at tales ved efter behov, og de drøftede bl.a. spørgsmålet om teknisk raskmelding inden sommerferien 2021. I løbet af sommeren blev de enige om, at der burde indhentes en varighedserklæring, da der navnlig var behov for at vide, hvornår A kunne antages at vende tilbage på fuld tid. Da lægeerklæringen kom, talte de sammen igen, og B forklarede, at institutionen var nystartet, at der forestod en flytning, og at der var forældre, der klagede. Han delte hendes opfattelse af, at driften var udfordret. Han anbefalede hende at indkalde A til en tjenstlig samtale. Han lagde vægt på, hvad B forklarede, da han ikke selv kendte til institutionen, herunder til klager fra forældrene eller til trivslen i personalet.

Da han havde hørt om udfaldet af den tjenstlige samtale, mente han, at det ville være sagligt at afskedige A. De overvejede alternativer, men han lagde vægt på, at B ikke mente, at der var modeller, som kunne anvendes. Det var ikke på tale at konstituere pædagoger fra andre institutioner i klyngen som leder. Han havde ikke indtryk af, at B ikke ønskede at tage hensyn, og det stemmer med hans almindelige indtryk af hende. Ingen af dem havde tillid til, at A kunne vende tilbage. Han lagde vægt på, at A ikke havde været ansat ret længe, på de administrative problemer, på den forestående flytning og på klagerne fra forældre. Han lagde til grund, at A var blevet smittet med Covid-19 i privat sammenhæng. Han kendte sundhedsministerens udmelding om tilbageholdenhed med afskedigelse af frontpersonale, der var smittet med Covid-19, men han vurderede sagen på linje med andet sygefravær.

7. Parternes argumenter

FOA – Fag og Arbejde for A har overordnet anført, at det ikke var rimeligt at afskedige A som følge af hans fravær, der var forårsaget af senfølger efter smitte med Covid-19. De almindelige betingelser for afskedigelse er ikke opfyldt, og der må lægges vægt på, at sygemeldingen havde sammenhæng med den helt særlige situation, som Danmark stod i under Covid-19-pandemien. Afskedigelsen var i strid med de politiske udmeldinger om, at der skulle udvises tilbageholdenhed med at afskedige frontpersonale.

Bortset fra de første 5 uger i april og maj 2021 var A på intet tidspunkt fuldtidssygemeldt, og herved adskiller sagen sig fra anden praksis om afskedigelse på grund af sygefravær. Det er Kommune 1, der har bevisbyrden for, at der allige-

vel var grundlag for afskedigelse, og for at løfte denne bevisbyrde må kommunen fremlægge konkret dokumentation for de påberåbte driftsmæssige problemer. Det er ikke sket, idet kommunens anbringender grundlæggende beror på Bs formodninger og gætterier om situationen i Daginstitution 1 under As delvise fravær.

Det må lægges til grund, at A under sin delvise sygemelding passede sine ledelsesmæssige opgaver, og at han herunder var tilgængelig på telefon både før og efter den tid på dagen, hvor han var i institutionen. Der er ikke fremsat kritik af As person eller af hans ledelse, og Kommune 1 har ikke villet fremlægge den trivselsundersøgelse, som er omtalt i sagen, eller tilsynsrapporten for institutionen for 2021. Faldet i antallet af børn, der var indskrevet i institutionen, kan ikke tilskrives A eller hans sygemelding, men den omstændighed, at institutionen stod over for at skulle flytte.

De mails vedrørende Covid-19-håndtering, som er fremlagt, fyldte i realiteten ganske lidt, og der er ikke eksempler på, at de ikke blev korrekt håndteret. De forældreklager, som Kommune 1 har fremdraget, adskiller sig hverken i antal eller indhold fra, hvad der er normalt i tilsvarende institutioner, og ingen af dem havde med A personligt at gøre. A var ikke noget ledelsesmæssigt "tyndt papir", og der er kun fremlagt et enkelt eksempel på konflikter i personalet.

Det må herudover tillægges betydning, at Kommune 1 ikke ønskede at indhente en mulighedserklæring, ikke tog skridt til at undersøge, om der var alternativer til afskedigelse, og ikke søgte at afbøde virkningerne af As fravær. F.eks. drøftede B ikke på noget tidspunkt med ham, om der var pædagoger i institutionen, som kunne være egnet til midlertidigt at overtage hans ledelsesopgaver. Det blev heller ikke undersøgt, om man fra andre institutioner i klyngen kunne stille en leder til rådighed i de resterende timer om ugen.

A var på afskedigelsestidspunktet 67 år og ville alt andet lige blive ramt særligt hårdt af en afskedigelse. Godtgørelsen bør herefter fastsættes til et beløb svarende til 6 måneders løn.

Kommune 1 har overordnet anført, at afskedigelsen af A var begrundet i den betydning og konsekvens, som hans omfattende hele og delvise sygefravær havde for driften og den pædagogiske udvikling i Daginstitution 1. Det må lægges til grund, at A er smittet med Covid-19 i privat sammenhæng, men dette har ikke haft betydning for kommunens sagsbehandling.

As sygefravær udgjorde helt og delvist 141 dage fordelt på fire perioder i tidsrummet 14. august 2020 – 20. september 2021, og hverken han selv eller hans læge kunne oplyse en tidshorisont for, hvornår han ville være i stand til at genoptage arbejdet på fuld tid. Det må lægges til grund, at omfanget af sygemeldingen afspejler det antal timer, som han faktisk var i stand til at arbejde. Lægeerklæringen af 2. august 2021 taler om "gradvis tilbagevenden til arbejde på fuld tid" og kan ikke forstås således, at A efter 3-6 måneder faktisk kunne være tilbage som fuldtidsleder.

As sygefravær medførte omfattende gener for driften og den pædagogiske udvikling i Daginstitution 1, bl.a. fordi der var stort behov for at håndtere spørgsmål som følge af Covid-19. Stillingen som pædagogisk leder er også herudover særligt vigtig i en klyngestruktur som den foreliggende og kræver en høj grad af stabilitet og tilstedeværelse. I Daginstitution 1 var der stort behov for pædagogisk udviklingsarbejde, da der var tale om en nystartet institution med en tilsvarende ny personalegruppe, som havde brug for en tilstedeværende leder. Situationen var således skrøbelig. Hertil kommer, at institutionen stod over for flere udfordringer, herunder det markant faldende børnetal, den forestående flytning og det udestående arbejde med opfølgning på tilsynsrapporten for 2020. Efter 14 uger med delvist fravær måtte Kommune 1 konstatere, at situationen var uholdbar, herunder at det pædagogiske udviklingsarbejde var blevet for sømt.

Der kunne ikke have været gjort mere med hensyn til at finde alternative løsninger. Ingen af de øvrige pædagoger var egnede til at træde ind som ledere, og det var ikke muligt at koble en leder på fra andre institutioner i klyngen, idet der allerede andre steder var brug for ledelseskraft. Det var heller ikke muligt at placere A i andre institutioner, idet disse institutioner var større og alt andet lige havde brug for mere ledelseskraft end Daginstitution 1. Der kan ikke lægges vægt på de politiske udmeldinger om afskedigelse af medarbejdere, der var smittet med Covid-19. Disse udmeldinger gik på andre grupper af medarbejdere end A.

Hvis afskedigelsen af A ikke anses for sagligt begrundet, må en godtgørelse under de foreliggende omstændigheder fastsættes til et symbolsk beløb.

8. Opmandens begrundelse og resultat

Sagen angår, om Kommune 1 har haft sagligt grundlag for at afskedige A fra hans stilling som pædagogisk leder på grund af senfølger efter smitte med Covid-19.

Det er ikke muligt at fastslå, hvordan A i foråret 2021 blev smittet med Covid-19. Hans SMS af 3. april 2021 til B kan tyde på, at han blev smittet i privat sammenhæng, men det må antages, at han lige så godt kan være smittet under sit arbejde i institutionen. Jeg finder i alle tilfælde, at As arbejde ikke havde en karakter, der indebærer, at det skal have betydning, om han blev smittet i den ene eller anden sammenhæng. Jeg bemærker, at det ikke er gjort gældende, at eventuel smitte i institutionen skyldes forhold, som Kommune 1 er ansvarlig for.

As hele og delvise sygefravær i perioden 3. april – 5. juli 2021 gav ikke B anledning til særlige ledelsesmæssige initiativer, og opmærksomheden må derfor samle sig om perioden efter, at A vendte tilbage fra sommerferie. På dette tidspunkt havde A – bortset fra i selve ferien – været helt eller delvist sygemeldt i godt 3 måneder, og Kommune 1 var berettiget til at anmode om en lægevurdering af, hvornår han kunne forventes at vende tilbage til arbejde på fuld tid.

Af lægeerklæringen af 2. august 2021 fremgår, at A fortsat havde følger efter sin Covid-19-infektion, og at han ikke følte sig i stand til at arbejde mere end 20 timer om ugen. Det fremgår også, at lægen forventede en ”gradvis bedring inden for 3-6 måneder og dermed gradvis tilbagevenden til arbejde på fuld tid”, men det blev understreget, at dette var et ”usikkert skøn”.

I tilfælde, hvor der er tale om en fuldtidssygemeldt ansat, vil der af hensyn til institutionens drift ofte – men afhængig af den enkelte sag – være sagligt grundlag for afskedigelse, hvis der først kan forventes gradvis tilbagevenden til arbejde inden for 3-6 måneder. Det skyldes, at det i sådanne tilfælde ofte vil være til væsentlig driftsmæssig gene for institutionen helt at måtte undvære en ansat i en så lang periode.

I den foreliggende sag var A på tidspunktet for indkaldelsen til tjenstlig samtale ikke fuldtidssygemeldt, men arbejdede i 20 timer om ugen. Han var dagligt i institutionen fra kl. 9-13, og det må lægges til grund, at han om morgenen bl.a. administrerede sygemeldinger, og at han efter kl. 13 i nødvendigt omfang var tilgængelig telefonisk for såvel institutionens personale som forældrene til børn i institutionen. Dette var ikke i sig selv til hinder for afskedigelse, idet en konkret vurdering kunne føre til, at det ikke var holdbart at undvære As ledelseskraft på fuld tid i muligvis adskillige måneder endnu. Den omstændighed, at A i betydelig grad varetog sit arbejde, må imidlertid skærpe kravene til kommunens dokumentation for, at det var nødvendigt at afskedige ham. Det må i den forbindelse også indgå, at der efter det oplyste ikke var problemer med As sygefravær, inden han blev smittet med Covid-19.

Efter Bs forklaring lægger jeg til grund, *at* der efter sommerferien 2021 var en vis uorden på As kontor, *at* der i en vis udstrækning manglede opfølgning på tilsynsrapporten fra 2020, og *at* der var et antal handleplaner for børn, som der manglede at blive fulgt op på. Jeg lægger samtidig til grund, *at* der ikke var flere forældreklager, end hvad der er normalt, *at* ingen af klagerne angik As ledelse, *at* ingen af de øvrige ansatte i institutionen henvendte sig om problemer som følge af As delvise fravær, og *at* B ikke selv – før hun indkaldte A til en tjenstlig samtale – tog initiativ til en nærmere afdækning af mulige problemer i den forbindelse, herunder en samtale med A. Jeg må således lægge til grund, at den tjenstlige samtale var den første egentlige samtale, B havde med A om problemer i forbindelse med hans sygefravær.

Efter Cs forklaring og efter referatet af den tjenstlige samtale lægger jeg endvidere til grund, at B ikke under samtalen konkret redegjorde for de problemer, som hun mente at kunne konstatere, med henblik på f.eks. at afdække, om de kunne løses ved ændrede prioriteringer fra As side i den tid, han var i stand til at arbejde. I den forbindelse lægger jeg – også efter Bs egen forklaring – til grund, at B kun i meget begrænset omfang kom i institutionen, og at hendes vurdering af behovet for at afskedige A i betydelig grad byggede på fornemmelser og antagelser om forholdene.

Sammenfattende finder jeg, at der er tale om et grænsetilfælde. Efter en samlet vurdering er det imidlertid min opfattelse, at det grundlag, som Kommune 1 har tilvejebragt, er for usikkert og ukonkret til, at det under de i øvrigt foreliggende omstændigheder kunne danne grundlag for afskedigelse af A. Jeg finder derfor, at afskedigelsen var uberettiget.

Jeg bemærker, at jeg – hvis der i øvrigt havde været grundlag for afskedigelse – efter de foreliggende oplysninger ikke kan lægge til grund, at Kommune 1 havde haft mulighed for at afhjælpe situationen ved indkaldelse af ansatte fra andre institutioner eller lignende personalemæssige dispositioner.

A er efter det anførte berettiget til en godtgørelse, jf. overenskomstens § 9, sammenholdt med funktionærlovens § 2 b. Godtgørelsen kan, bl.a. i lyset af As begrænsede anciennitet i Kommune 1, passende fastsættes til 50.000 kr., svarende til ca. en måneds løn.

T h i b e s t e m m e s:

Kommune 1 skal inden 14 dage til A betale 50.000 kr. med procesrente fra den 10. november 2021.

Parterne skal betale egne sagsomkostninger og skal hver betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 25. oktober 2022

Jørgen Steen Sørensen