



VESTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 31. maj 2021

Sag BS-3513/2020-VLR
(6. afdeling)

AarBus
(advokat Elsebeth Aaes-Jørgensen)

mod

FOA - Fag og Arbejde som mandatar for
A
(advokat Peter Breum)

Biintervenient for appellanten:
KL
(advokat Elsebeth Aaes-Jørgensen)

Biintervenient for indstævnte:
Forhandlingsfællesskabet
(advokat Peter Breum)

Retten i Aarhus har den 13. januar 2020 afsagt dom i 1. instans (sag BS-6595/2017-ARH).

Landsdommerne Annette Dellgren, Helle Korsgaard Lund-Andersen og Maria Porsborg (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, AarBus (tidligere Busselskabet Aarhus Sporveje, herefter Busselskabet), har gentaget sin påstand for byretten om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb end det i byretten idømte.

Indstævnte, FOA - Fag og Arbejde som mandatar for A (herefter A), har påstået dommen stadfæstet.

Biintervenienten KL er indtrådt til støtte for Busselskabets påstande.

Biintervenienten Forhandlingsfællesskabet er indtrådt til støtte for A's påstand.

Supplerende sagsfremstilling

Der er for landsretten fremlagt et hjælpebilag til illustration af A's sygefravær, og det fremgår heraf, at han havde følgende sygefravær på arbejdsdage i perioden fra den 2. september 2013 til den 7. juni 2017:

| År | Sygedage | Antal sygedage på arbejdsdage | Antal sygeperioder |
|-------------|-------------------------------|-------------------------------|--------------------|
| 2013 | 02.09 | 1 | |
| | 14.12 – 27.12 | 11 | |
| | Total | 12 | 2 |
| 2014 | 22.04 – 25.04 | 4 | |
| | 21.05 – 23.05 (+24.-25.05) | 3 | |
| | 24.09 – 07.10 | 10 | |
| | 29.10 | 1 | |
| | 13.11 | 1 | |
| | Total | 19 | 5 |

| | | | |
|--------------|---------------|-----------|----------|
| | | | |
| 2015 | 02.02 – 05.02 | 4 | |
| | 01.06 | 1 | |
| | 05.08 | 1 | |
| | 11.09 | 1 | |
| | 22.09 – 29.09 | 6 | |
| | 01.12 – 02-12 | 2 | |
| Total | | 15 | 6 |
| | | | |
| 2016 | 09.03 | 1 | |
| | 13.03 | 1 | |
| | 16.03 – 18.03 | 3 | |
| | 17.05 | 1 | |
| | 26.05 – 27.05 | 2 | |
| | 23.09 | 1 | |
| | 07.11 – 09.11 | 3 | |
| Total | | 12 | 7 |
| | | | |
| 2017 | 06.02 – 09.02 | 4 | |
| | 06.06 – 07.06 | 2 | |
| Total | | 6 | 2 |

Der er desuden for landsretten fremlagt udtræk af de ansatte hos AarBus' sygefravær, og det fremgår heraf blandt andet, at der blandt de chauffører, der var ansat i hele kalenderår i 2013 – 2017, var et sygefravær på i gennemsnit pr. år fra 5,42 til 7,77 dage. Der er ikke medregnet sygedage for afløserne. Af en oversigt vedrørende driftscenterets 8 medarbejdere fremgår, at A's sygefravær udgjorde 75 dage fordelt på 21 perioder ud af det samlede fravær på 157 dage fordelt på 47 perioder.

Yderligere er der for landsretten fremlagt en udskrift fra sundhed.dk vedrørende A, hvoraf det blandt andet fremgår, at han blev opereret den 13. december 2013 og den 24. september 2014. Det fremgår videre, at han den 22. september 2015 fik foretaget en psykomotorisk test.

Forklaringer

B, A, C og D har afgivet supplerende forklaring.

B har forklaret, at der i gengivelsen af hans forklaring for byretten en række steder fejlagtigt er skrevet "Midttrafik" i stedet for "Busselskabet". Det er således f.eks. Busselskabet, der sørger for, at busserne kommer ud at køre, og det er også Busselskabet, der får penge pr. køreplanstime og som skal betale bod, hvis busserne ikke kører. Overenskomsten med KL er lidt dyrere end overenskomsten på det private område, men det er ikke en "reminiscens" af en tidligere kommunal overenskomst som anført i byrettens dom.

Det er disponeringen, der sørger for, at der dagligt er chauffører til de planlagte ruter. Planlægningen står kun for den mere langsigtede planlægning.

Han var ikke ansat i 1996 og har ikke for byretten forklaret om forholdene på det tidspunkt. Han blev ansat i 2003. Fra 2006 og frem har det været et krav, at de personer, der er ansat i driftscenteret, kan køre bus, så de ansatte kan bevare kendskabet til chaufførernes hverdag. I dag kører alle ansatte i driftscenteret bus som en del af deres vagtrul. Der er altid to, der møder ind om morgenen, og hvis der ikke er forfald, kører den, der er i overskud, f.eks. en ekstrabus. Er der en chauffør, der er syg eller har sovet over sig, kan den ene af de ansatte i driftscenteret starte ruten op, mens driftscenteret finder en afløser. Det er derfor driftsmæssigt vigtigt, at der ikke er sygefravær, selv om der møder to ind på ar-bejde.

Han formoder, at Busselskabet også før 2003 har haft fokus på sygefraværet. De har ikke faste skabeloner for, hvornår "nok er nok" med hensyn til sygefravær. Det vurderes konkret. Et vigtigt element er vurderingen af risikoen for fremtidigt fravær. Der er forskel på vurderingen, når der er tale om en række fraværperioder af forskellige årsager og en enkel lang sygdomsperiode af en given årsag.

Busselskabet forelægger ikke sagerne for Helbredsnet, men nogle gange ber de om lægeerklæringer. Selv om et sygefravær ligger op til eller efter fridage, tror han ikke, at der er tale om pjæk.

E søgte og fik den ledige stilling i driftscenteret. Da hun fik stillingen, vurderede Busselskabet på deres fremtidige personalebehov i disponeringen. Blandt andet var G blevet oplært i et nyt IT-program, hvilket betød, at de ikke længere havde samme personalebehov.

På chaufførsiden er den årlige personaleomsætning på 50-60 personer. Der er ikke længere så mange, der går på efterløn. I 2011 og 2017 havde de store sparerunder, der resulterede i afskedigelser. Aarhus Kommune overtager forpligtelsen til at betale aktuel egen pension til en afskediget tjenestemand. Kommunen har ikke på noget tidspunkt rejst kritik af deres praksis på afskedigelsesområdet. Busselskabet har ikke nogen fordel ved at skille sig af med tjenestemænd, der passer deres arbejde.

Letbanen blev forsinket, så Busselskabet havde god tid til at tilpasse personalebehovet. Det begyndte de vist på allerede i 2016. I 2017 betalte Busselskabet ikke mange tusinde kroner i bod, da alle gør en helhjertet indsats for at få busserne ud at køre. Han tror ikke, at A's fravær har været årsag til en bod.

A har forklaret, at han i forbindelse med sygefravær i 2015 fik taget en psykomotorisk test hos lægen for at se, om han havde dybereliggende psykiske problemer, men det var ikke tilfældet.

De skiftende arbejdstider har påvirket hans helbred, navnlig efter at han er blevet ældre. Allerede i 2013 ønskede han og E at bytte plads, og de kunne uden problemer overtage hinandens arbejdsopgaver. Han fik aldrig oplyst, hvorfor det ikke blev til noget.

Hans sygefravær har ikke været pjæk, og det er der heller ingen, der har beskyldt ham for. Han er aldrig blevet bedt om en lægeerklæring, heller ikke i forbindelse med at afskedigelses sagen blev indledt. Han er heller ikke blevet spurgt til årsagen til sygefraværet i februar 2017.

C har forklaret, at han i dag er stationsleder på station vest og nord. Han var driftsleder fra 2011 og frem til udgangen af maj 2017. I den sidste del af perioden var han både driftsleder og stationsleder.

A havde sagt, at han ikke ville køre bus, og på morgenvagter var det derfor altid kollegaen, der skulle køre bus, hvis der var forfald.

Hvis A meldte sig syg, skulle der derfor altid indkaldes en kollega, da driftscenteret skulle være bemanded.

A blev behandlet på samme måde, som hvis det var en chauffør, der havde meget sygefravær.

D oplyste ikke, hvorfor E og A ikke kunne bytte plads, og han spurgte heller ikke. Han har helt sikkert meddelt A at han ikke kunne bytte med E. Han blev inddraget i A's afskedigelsessag, da han havde været chef for ham i en lang periode. Han ved ikke, hvorfor der gik fra februar til maj 2017, før man besluttede at indlede en afskedigelsessag. Han ved ikke, hvad fraværet i februar skyldtes. Der er en fast procedure for, hvordan man håndterer fraværssager, men der er forskel på alle sager. Han husker ikke, om han var inddraget i at lave prognosen for A's fremtidige fravær. Når fraværet når et niveau, hvor han vurderer, at det giver driftsmæssige problemer, indstiller han til afsked. Det er en helhedsvurdering, og der vurderes ofte på en periode over flere år. Han ved ikke, hvorfor man ikke i de tidligere år, hvor A's fravær var større, indledte afskedigelsessag.

D har forklaret, at A inden afskedigelsen i juli 2017 havde haft 6 sygedage i 2017. De øvrige 9-10 ansatte i driftscenteret havde til sammen haft 19 sygedage i samme periode.

I forbindelse med afskedigelsen kiggede man på mønsteret i A's fravær i årene forinden. Der var mange perioder og mange dage, og det var upåregneligt, hvornår fraværet kom. Det er ikke rigtigt, at fraværet var faldende, men der var muligvis et forudgående år, hvor der var mere fravær. Det er ikke afgørende, om medarbejderen aktuelt er sygemeldt. Hver 3-4 måned kigger de på fraværstatistikkerne. Under "sindetsamtalen" spurgte hun ikke direkte til, om der var noget, Busselskabet kunne gøre anderledes. Hun deltager typisk ikke under sygefraværssamtalerne, men først under afskedigelsessamtalen. Der er mange chauffører, der slet ikke har fravær. De statistikker, der er fremlagt ekstrakten side 450, vedrører også langtidssygemeldte, men ikke hvis de er fratrukket i løbet af året. Statistikken side 452 omfatter også de personer, der er fratrukket i løbet af året.

Busselskabet skelner ikke mellem, om man er overenskomstansat eller tjenestemandsansat, da det giver de samme driftsmæssige problemer. Der har aldrig været rejst en sag vedrørende Busselskabets afskedigelser af overenskomstansatte på grund af sygefravær, og det har heller aldrig været problematiseret, at afskedigelsen fandt sted på et tidspunkt, hvor medarbejderen ikke aktuelt var sygemeldt. I den konkrete sag har der ikke været anmodet om en lægeerklæring. Medarbejderen bliver altid spurgt, om der er noget, Busselskabet kan gøre

for at få bragt sygefraværet ned. Hvis der er tale om langtidssygemeldinger, indhentes der typisk en lægeerklæring. Med det fraværsmønster, som A havde, var det ikke relevant at indhente en lægeerklæring. Der var ingen rød tråd i sygefraværet, og der var derfor ingen grund til at tro, at det ville ændre sig i fremtiden. Det var ikke muligt for dem at tilbyde ham et job med mere almindelige arbejdstider.

Allerede i 2015 vurderede hun, at hun ikke ville gøre brug af A i disponeringen på grund af de udfordringer, der havde været med ham. Den medarbejder, der senere afløste E bruger ikke fuld tid på disponeringen, idet hun også har nogle økonomiske opgaver. Busselskabet kunne derfor heller ikke i 2017 tilbyde A en stilling i disponeringen.

Man kan udtrække fraværstatistikker på mange forskellige måder, men dem, der er fremlagt i denne sag, er valide. Afgørende for, hvornår en fridag i forbindelse med sygefravær registreres som en sygedag, er, hvornår medarbejderen raskmelder sig. Medarbejderen skal raskmelde sig, så man ved, om vedkommende kan indgå i planlægningen igen. Optællingen af A's sygefravær har aldrig været anfægtet.

A og F ønskede i 2012 at få det holddriftstillæg, som driftsassistenterne, der også kørte bus, fik. Det var hendes forudsætning for at give dem tillægget, at de fremadrettet skulle køre bus, men det ønskede de ikke, så det blev aldrig til noget. F kører også bus i dag.

Den efteruddannelse, som A skulle have taget, men som han droppede ud af ret hurtigt, var kommunomuddannelsen. Den manglende efteruddannelse indgik ikke i vurderingen af, om han skulle afskediges. Det gjorde holddriftstillægget heller ikke.

Da de skulle reducere personalet i forbindelse med, at letbanen kom i drift, havde de i god tid inden indført ansættelsesstop og indgået en række frivillige fratrædelsesaftaler. Hun mener ikke, at de afskedigede nogen i den forbindelse.

Foreholdt stillingsopslag ekstrakten side 318 har vidnet forklaret, at praktisk erfaring kunne indgå i vurderingen af, hvem der var bedst kvalificeret, men den person, der blev ansat i stillingen, havde en universitetsuddannelse.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

Landsrettens begrundelse og resultat

Efter § 26, 1. pkt., i tjenestemandregulativ af 2008 for kommuner inden for KL's forhandlingsområde, der svarer til tjenestemandslovens § 28, stk. 1, 1. pkt., kan en tjenestemand afskediges uden ansøgning med 3 måneders varsel. Den skønsmæssige afskedigelsesret, der følger af bestemmelsen, er imidlertid undergivet de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger for udøvelse af administrativt skøn, herunder kravene om saglighed og proportionalitet.

Det fremgår af Busselskabets brev af 7. juli 2017, at afskedigelsen af A var begrundet i hans høje fravær, der gav driftsmæssige udfordringer for Busselskabet.

Ved vurderingen af, om en afskedigelse er saglig og dermed rimeligt begrundet i arbejdsgiverens eller arbejdstagerens forhold, indgår en række momenter, herunder virksomhedens driftsmæssige forhold, sygdommens karakter, prognosen for arbejdstagerens arbejdsevne og tilbagevenden, arbejdstagerens alder og anciennitet og fraværsperioderne.

A var på afskedigelsestidspunktet 59 år og havde 21 års anciennitet. Der er for landsretten fremlagt et hjælpebilag, hvoraf det blandt andet fremgår, at A i årene 2014, 2015, 2016 og 2017 (indtil sin fratreden med udgangen af oktober 2017) havde henholdsvis 19, 15, 12 og 6 sygedage på arbejdsdage.

A blev den 17. november 2015 indkaldt til en sygefraværssamtale, og det fremgår af mødereferatet, at han blev gjort bekendt med, at det var nødvendigt, at fraværet blev mindre for fremtiden.

Den 4. oktober 2016 blev der på ny afholdt en sygefraværssamtale med A. Han havde på det tidspunkt i 2016 haft 9 sygedage fordelt på 6 perioder. Han blev på mødet gjort bekendt med, at et fortsat fravær ville kunne få arbejdsretlige konsekvenser, herunder at hans ansættelse i Busselskabet kunne blive overvejet.

Efter samtalen havde A i resten af 2016 3 fraværsdage i perioden 7.-9. november.

I 2017 havde A 4 fraværsdage i perioden 6.-9. februar.

Ved brev af 6. juni 2017 blev A indkaldt til en samtale vedrørende påtænkt afskedigelse på grund af sit fravær. A havde herefter to sygedage den 6.-7. juni 2017.

Da Busselskabet den 6. juni 2017 indledte afskedigelsessag, havde A således i de forudgående næsten 7 måneder alene haft 4 fraværsdage i februar 2017, og han har forklaret, at dette fravær skyldtes influenza. Siden den seneste sygefraværssamtale den 4. oktober 2016 havde A alene haft i alt 7 fraværsdage fordelt på 2 perioder.

Uanset, at A's sygefravær efter det oplyste har ligget over de øvrige ansattes gennemsnitlige sygefravær, finder landsretten efter en samlet vurdering, at i hvert fald fraværet efter den seneste sygefraværssamtale den 4. oktober 2016 ikke har haft et sådant omfang, at det ud fra driftsmæssige grunde har været nødvendigt og forholdsmæssigt at afskedige ham på grund af fravær. Busselskabet har således heller ikke godtgjort, at A's arbejde har haft en sådan særlig karakter, at det ikke har været muligt at afdække hans sygefravær. Landsretten tiltræder derfor, at den diskretionære afskedigelse af A på grund af fraværssuegnethed ikke har været sag-lig.

Efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder, herunder A's anciennitet, tiltræder landsretten, at han er berettiget til en godtgørelse, og at godtgørelsen skønsmæssigt kan fastsættes til 250.000 kr.

Landsretten stadfæster derfor byrettens dom.

Efter sagens udfald skal Aarbus i sagsomkostninger for landsretten betale 50.000 kr. til FOA – Fag og Arbejde som mandatar for A. Beløbet er til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens omfang og forløb, hovedforhandlingens varighed og sagens betydning.

I forholdet mellem biintervenienten KL og FOA – Fag og Arbejde som mandatar for A og i det indbyrdes forhold mellem KL og Forhandlingsfællesskabet ophæves sagens omkostninger.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Aarbus inden 14 dage betale 50.000 kr. til FOA – Fag og Arbejde som mandatar for A. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

I forholdet mellem biintervenienten KL og FOA – Fag og Arbejde som mandatar for A og i det indbyrdes forhold mellem KL og Forhandlingsfællesskabet ophæves sagens omkostninger.