

Sammanfattning

I en tvist om avskedande uppkommer bl.a. frågan om rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträffat beträffande en arbetstagares anspråk på lön och semesterersättning avseende tiden före avskedandet.

ARBETSDOMSTOLENDOM
2009-04-29
StockholmDom nr 34/09
Mål nr A 100/08**KÄRANDE**

Hotell och Restaurang Facket, Box 1143, 111 81 Stockholm
Ombud: förbundsjuristen Carolina Öhrn, LO-TCO Rättsskydd AB,
Box 1155, 111 81 Stockholm

SVARANDE

1. Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare, Box 1158, 111 81 Stockholm (för ej talan)
2. Röda rutan Aktiebolag, 556516-2566, Kista Galleria, 164 91 Kista
Ombud för bolaget: advokaten Allan Nyren, Advokatfirman Fylgia KB,
Box 55555, 102 04 Stockholm

SAKEN

ogiltigförklaring av avskedande m.m.

Mellan Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare och Hotell och Restaurang Facket (förbundet) föreligger kollektivavtal. Röda rutan Aktiebolag (bolaget) är genom medlemskap i Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare bundet av kollektivavtalet.

H.C. är medlem i förbundet. Den 28 april 2007 avskedades han från sin anställning hos bolaget. Mellan parterna råder tvist om bolaget haft laga grund för avskedandet. Vidare råder tvist om vilken lön eller ekonomiskt skadestånd H.C. är berättigad till med anledning av ett eventuellt felaktigt avskedande. Det är även tvistigt om H.C. har rätt till lön för tid före avskedandet och om rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträtt beträffande denna fordran.

Tvisteförhandlingar har ägt rum utan att parterna har kunnat enas.

Förbundet har bl.a. yrkat att Arbetsdomstolen ska ogiltigförklara avskedandet av H.C. samt utge lön och allmänt skadestånd.

En fullständig redogörelse för förbundets yrkanden, såsom talan slutligt bestämts, i första, andra och sista hand återfinns i bilaga till denna dom.

Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare har förklarat att organisationen inte för talan i målet.

Bolaget har bestritt käromålet. Bolaget har vitsordat beräkningen av yrkade belopp avseende lön och ekonomiskt skadestånd samt vitsordat ränteyrkandena såsom skäliga i sig.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Till utveckling av sin talan har parterna anfört i huvudsak följande.

Förbundet

Bolaget bedriver restaurangverksamhet på lunchtid och kvällstid i Kista Galleria i Stockholm och har cirka femton anställda. H.C., som kommer från USA, flyttade till Sverige år 2004. I slutet av år 2004 påbörjade H.C. en anställning i en restaurangrörelse i Kista Galleria som bedrevs av Hollywood Kista AB. Under tiden han arbetade där erhöll han även anställning hos bolaget och inledningsvis arbetade han hos bolaget när behov av arbetskraft förelåg. I juni 2006 fick han en tillsvidareanställning som kock hos bolaget. Den 28 april 2007 avskedades han från sin anställning.

Från och med juni månad 2006 var H.C:s ordinarie arbetstid måndag till och med fredag. Det förekom emellertid även att han, efter överenskommelse, arbetade på helger. Från och med oktober månad 2006 arbetade H.C. efter arbetstidsmålet heltid hos bolaget. H.C. erhöll i augusti 2006 ett anställningsbevis, vilket för arbetsgivarens räkning var undertecknat av bolagets dåvarande chef M.R. Eftersom H.C. ansåg att anställningsbeviset innehöll felaktigheter begärde och fick han ett nytt sådant daterat den 19 december 2006. Av detta anställningsbevis framgår att han hade en tillsvidareanställning hos bolaget och att hans genomsnittliga veckoarbetstid var heltid. I oktober 2006 blev H.C. medlem i förbundet. I samband därmed skickades ett arbetsintyg, daterat den 17 oktober 2006, in till förbundets arbetslöshetskassa av vilket framgår att H.C. sedan 1 juni 2006 var tillsvidareanställd som kock på heltid med en arbetstid om 45 timmar per vecka. Vidare anges i ett arbetsgivarintyg utfärdat av bolaget den 23 augusti 2007, alltså efter det att H.C. avskedats, att H.C. hade varit anställd hos bolaget under perioden den 1 juni 2006 till och med den 30 april 2007 och att hans arbetstid hade varit heltid, 40 timmar per vecka. Av detta arbetsgivarintyg framgår det antal timmar som H.C. faktiskt arbetat hos bolaget. Det framgår att han arbetat heltid i oktober och november 2006 (168 resp. 166 timmar). För december 2006 har angetts endast 103 timmar. Den månaden var emellertid H.C. föräldraledig i omkring tio arbetsdagar. Det är därför inte korrekt att utgå från faktiskt arbetade timmar och utbetald lön när det gäller december månad 2006 för att bedöma vilket arbetstidsmål han haft. Oavsett hur mycket han faktiskt har arbetat har han rätt till arbetstidsmålet heltid enligt det enskilda anställningsavtalet och kollektivavtalet.

Schemalagningen gick till på det sättet att arbetsledaren, som fram till och med januari månad 2007 var M.R., satte upp ett arbetstidsschema i restaurangens lokaler senast 14 dagar i förväg. Förbundet vill här framhålla att regler om fastställande av arbetstidsschema finns i 3 kap. 9 § i kollektivavtalet. I den bestämmelsen anges att arbetsgivaren ska upprätta ett skriftligt arbetstidsschema samt samråda med berörda anställda senast 14 dagar innan arbetstidsschemat börjar gälla.

I slutet av januari 2007 fick H.C. besked av M.R. om att bolaget skulle få nya ägare och att han inte var välkommen att arbeta hos bolaget från och med den 1 februari 2007. H.C. vände sig då till ombudsmannen L.M. på förbundet som uppfattade bolagets agerande som ett avskedande. L.M. tillskrev bolaget med begäran om förhandling och det förekom därefter vissa kontakter mellan förbundet och bolaget. Parterna enades om att H.C. skulle få komma tillbaka till arbetet och han började arbeta igen den 9 mars 2007.

När H.C. kom tillbaka till arbetet i mars var det D.H. som var arbetsledare för verksamheten. H.C. fick då inte schema på samma sätt som tidigare och han fick inte heller arbeta de timmar som han hade rätt till enligt det enskilda anställningsavtalet och kollektivavtalet. H.C., som hade försörjningsansvar för två små barn och kostnader för bostadsrättslån, hamnade i en besvärlig situation. Han vände sig därför återigen till förbundet. Förhandling avseende H.C:s anställningsvillkor hölls på förbundets initiativ den 20 mars 2007. Vid denna förhandling ställde förbundet krav på att H.C. skulle erhålla lön för hela februari månad och första veckan i mars 2007 samt att han skulle få bli schemalagd utifrån ett arbetstidsmått om heltid och arbeta enligt detta. Förbundet erinrade vidare bolaget om att H.C. var anställd på heltid och att han hade rätt till lön för heltid även om bolaget inte gav honom arbete i enlighet med detta. Inte heller efter förhandlingen den 20 mars 2007 fick H.C. schema som tidigare eller rätt att arbeta heltid. Det fastställdes aldrig något schema i samråd med H.C. efter det att D.H. tog över arbetsledningen i bolaget. Det schema som bolaget har åberopat i målet har H.C. inte sett. Det framgår inte heller vilken tidsperiod som avses med det åberopade schemat. Förbundet har efterfrågat besked om detta men inte fått något svar.

Från och med oktober 2006 har H.C. arbetat enligt arbetstidsmättet heltid hos bolaget. Det bestrids att H.C. och bolaget skulle ha träffat en överenskommelse som avsåg oregelbunden arbetstid beroende på arbetstillgången. Det har inte utfärdats något anställningsbevis med det innehållet. I 2 kap. 6 § kollektivavtalet stadgas att nytt anställningsbevis ska utfärdas vid ändringar i anställningsförhållandet.

Parterna är överens om att H.C. hade en timlön om 100 kr fram till och med 30 april 2007 och att hans timlön från och med 1 maj 2007 skulle ha varit 104,92 kr. I det mellan parterna gällande kollektivavtalet stadgas i 3 kap. 8 § att ordinarie arbetstid för heltidsanställd är 40 timmar i genomsnitt per vecka. H.C:s genomsnittliga arbetstidsmått har för heltidsanställningen varit 173 timmar per månad, vilket motsvarar en månadslön om 17 300 kr till och med april månad 2007. Från och med den 1 maj 2007 skulle han ha haft rätt till en månadslön om 18 151 kr.

För det fall domstolen skulle finna att H.C:s arbetstidsmått inte motsvarar 40 timmar i veckan görs gällande att hans arbetstidsmått är 92 timmar per månad. Hans månadslön skulle då ha varit 9 200 kr till och med april månad och 9 653 kr från och med den 1 maj 2007.

Förbundet har yrkat att bolaget ska förpliktas att utge lön och semesterersättning till H.C. avseende tiden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007. Förbundet gör gällande att rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträtt beträffande denna lönetvist. I en förhandling som ägde rum den 20 mars 2007 har förbundet hävdad att H.C. har rätt till lön i enlighet med det arbetstidsmått som hans enskilda anställningsavtal och kollektivavtalet stadgar. Vidare har förbundet genom brev till bolaget den 17 april 2007, den 26 april 2007 och den 14 maj 2007 framfört H.C:s krav på lön. Bolaget besvarade inte förbundets brev av den 17 april 2007. På grund härav får förhandlingen den 20 mars 2007 anses avslutad när förbundet på nytt tillskrev bolaget den 26 april 2007. Förbundets krav har framställts på ett tillräckligt tydligt sätt. I vart fall innehåller det brev som förbundet skickade den 14 maj 2007 ett tillräckligt preciserat krav. Förbundet har också, trots att det inte krävs att bestämmelsen i 35 § medbestämmandelagen uttryckligen åberopas, framfört att bestämmelsen är tillämplig. Bolaget har haft en annan ståndpunkt än förbundet. Denna ståndpunkt har i vart fall framgått genom att bolaget inte besvarat förbundets brev. Om arbetsgivaren i en situation som den förevarande har en avvikande uppfattning åligger det arbetsgivaren, för att undgå rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen, att påkalla förhandling respektive väcka talan i domstol. Bolaget har inte gjort detta.

Eftersom bolaget har underlåtit att påkalla förhandling enligt 35 § medbestämmandelagen är bolaget skyldigt att utge det omtvistade beloppet. H.C:s lönekrav är inte oskäligt eftersom förbundet har utgått från det enskilda anställningsavtalet och kollektivavtalet vid beräkningen av ersättningen.

Grunder

H.C. har enligt sitt enskilda anställningsavtal och gällande kollektivavtal rätt att arbeta heltid. Bolaget har från och med januari 2007 schemalagt H.C. på så sätt att han blivit inkallad för arbete vid behov, vilket resulterat i att han inte har fått möjlighet att arbeta det antal timmar som han har rätt att arbeta. H.C. har under den tid han inte arbetat men skulle ha haft rätt att göra det, stått till bolagets förfogande för arbete, dvs. fram till tidpunkten för avskedandet den 28 april 2007. Bolaget har emellertid inte betalat lön till H.C. för den tiden. Bolagets underlåtenhet att betala lön till H.C. för den tid han har haft rätt till arbete utgör ett brott mot kollektivavtalet. Bolaget är därför skyldigt att utge lön till H.C. samt allmänt skadestånd till H.C. och förbundet.

H.C. har inte heller erhållit semesterersättning för det arbete som han har utfört och för den tid som han har stått till bolagets förfogande för att utföra arbete under tiden från och med januari 2007 och fram till avskedandet. Enligt kollektivavtalet uppgår semesterersättningen till 12,72 procent av beräkningsunderlaget. Anställningen avslutades den 28 april 2007 och semesterersättning skulle ha betalats senast den 28 maj 2007. H.C. är därför även berättigad till semesterersättning samt allmänt skadestånd för brott mot semesterlagen.

Alternativt görs gällande att rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen har inträtt beträffande H.C:s fordran på lön och semesterersättning. Förbundet har vid förhandling och genom skrivelser framställt krav för H.C:s räkning. Eftersom bolaget enligt 35 § medbestämmandelagen har underlåtit att påkalla förhandling eller väcka talan vid domstol är bolaget skyldigt att utge det omtvistade beloppet. H.C:s krav är inte oskäligt.

H.C. har avskedats från sin anställning utan att det ens föreligger saklig grund för uppsägning. Avskedandet ska därför förklaras ogiltigt och H.C. är berättigad till lön och allmänt skadestånd.

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att det inte föreligger laga grund för avskedande men väl saklig grund för uppsägning är bolaget skyldigt att utge ekonomiskt skadestånd motsvarande uppsägningslön samt allmänt skadestånd till H.C.

I beskedet om avskedande angavs inte vad H.C. hade att iaktta för det fall han ville göra gällande att avskedandet var ogiltigt eller yrka skadestånd med anledning av avskedandet. Bolaget har därför brutit mot 19 § anställningsskyddslagen och är därmed skyldigt att utge allmänt skadestånd till H.C.

Bolaget har inte heller underrättat H.C. eller varslat förbundet enligt 30 § anställningsskyddslagen varför bolaget även är skyldigt att på den grunden utge allmänt skadestånd till H.C. och förbundet.

Bolaget

H.C. erhöll en tillsvidareanställning hos bolaget som restaurangbiträde sommaren 2006. Hans arbetstidsmätt varierade och berodde helt och hållet på arbetstillgången. Han hade timlön och fick således betalt för den tid han arbetade.

R.Y. förvärvade aktierna i bolaget per den 1 februari 2007 och sedan dess är det han som har drivit restaurangverksamheten i bolaget. D.H. har varit restaurangchef. Med anledning av att restaurangen skulle byta ägare höll bolagets företrädare någon gång i slutet av januari 2007 ett möte med personalen, vid vilket man informerade om den fortsatta verksamheten. H.C. deltog inte i detta möte.

Efter en tid infann sig emellertid H.C. och ville arbeta. Detta accepterade bolaget och H.C. fick utföra arbete på samma villkor som övrig personal, dvs. han fick arbeta när bolaget hade behov av arbetskraft och han fick lön för arbetad tid. H.C. godtog att arbetstiden anpassades efter bolagets behov av arbetskraft. H.C. och bolaget enades därefter om när denne skulle arbeta. Arbetschema för de anställda i köket upprättades av den köksansvarige A.Z., och de tider som H.C. arbetade noterades i ett arbetstidsschema. Att H.C. var införstådd med anställningsavtalets innebörd får stöd av innehållet i de lönespecifikationer och lönebesked som H.C. fått avseende hösten 2006. Av dessa framgår tydligt att H.C. inte arbetat heltid. Någon anmärkning har inte framförts från H.C:s sida trots att det var uppenbart att arbetstidsmålet varierade högst väsentligt. – Det är riktigt att det står att anställningen avser heltid i de anställningsbevis och arbetsgivarintyg m.m. som förbundet har åberopat. Uppgifterna har emellertid inte den betydelse som förbundet hävdar utan är endast en upplysning om den maximala arbetstiden.

Det visade sig emellertid omgående att H.C. inte iakttog de arbetstider som bolaget hade föreskrivit. Han uteblev utan att höra av sig och dök upp när han kände för att arbeta. Han uppträdde vidare provocerande mot arbetsledningen och personalen samt vägrade att följa instruktioner från arbetsledningen. Restaurangens bemanning i köket utgörs under kvällstid av en kock och ett biträde. Behovet av arbetskraft styrs bl.a. av beställningar och förväntat antal gäster. Vid de tillfällen då H.C. uteblev från sina arbetspass kunde restaurangen inte servera gästerna på utsatt tid, vilket medförde att gästerna lämnade restaurangen med åtföljande ekonomisk förlust. Arbetsledningen förklarade för H.C. att det var viktigt för restaurangen att han infann sig till de överenskomna arbetspassen. H.C:s sätt att uppträda ledde till att bolaget avskedade honom den 28 april 2007.

Bolaget åberopar som grund för avskedandet följande händelser och agerande från H.C:s sida.

Det görs gällande att H.C. uteblev från arbetet den 4, 13 och 18 mars 2007 utan giltigt skäl. Det har ålegat H.C. att anmäla frånvaron antingen till arbetsledaren D.H. eller till bolagets ägare R.Y. H.C. underlät emellertid att anmäla frånvaron. Bolaget har inte, såsom förbundet påstått, fått något besked från H.C. om att han under perioden den 13 mars till och med den 16 mars 2007 var hemma på grund av vård av sjukt barn.

Vidare har H.C. under sina arbetspass vid upprepade tillfällen lämnat arbetsplatsen iklädd arbetskläder för att träffa vänner och bekanta eller för att göra inköp i Kista Centrum. Arbetskamraterna har då tvingats att lämna arbetsplatsen för att gå ut och leta efter honom.

H.C. har också vägrat att sortera avfall på ett sådant sätt att avfallet kunde hämtas av avfallsentreprenören. Bolagets personal har därför tvingats transportera bort avfallet till avfallscentralen. Det bestrids att D.H. på sätt förbundet gjort gällande instruerat H.C. att lägga bolagets kartonger i annan hyresgästs förvaringsutrymme.

Bolaget åberopar som grund för avskedandet även att H.C. haft ett provocerande beteende och förhållningssätt gentemot arbetsledning och arbetskamrater. Så t.ex. har H.C., när han fått instruktioner av arbetsledaren om hur arbetet ska utföras, vänt ryggen till och uttalat ord som "fuck you". Han har därefter gjort som han själv har velat.

H.C:s sätt att förhålla sig till överenskomna arbetstider och till arbetsledningen var för bolaget ohållbart och resulterade i att H.C. fick tre skriftliga varningar.

Grunder

H.C. hade enligt sitt anställningsavtal rätt att arbeta endast när bolaget hade behov av arbetskraft och rätt att få betalt bara för den tid han hade arbetat. Han har fått lön och semesterersättning avseende den tid han arbetat. Bolaget har därför inte gjort sig skyldigt till något brott mot kollektivavtalet och något allmänt skadestånd ska följaktligen inte utgå här för. För den händelse skadeståndsskyldighet i och för sig skulle anses föreligga är det på grund av omständigheterna skäligt att skadeståndet bortfaller eller i vart fall nedsättes väsentligt. För det fall H.C:s arbetstidsmåt inte skulle anses vara beroende av arbetstillgången vitsordar bolaget att ett arbetstidsmåt om 92 timmar per månad läggs till grund för beräkningen av en eventuell ersättning.

Bolaget bestrider att rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträtt beträffande de krav som avser tiden före avskedandet i första hand på den grunden att det inte vid den lokala förhandlingen eller i de efterföljande breven framställts något preciserat krav enligt 35 § medbestämmandelagen som bolaget tagit ställning till. Om 35 § medbestämmandelagen skulle anses tillämplig är omständigheterna kring H.C:s anställnings- och lönevillkor sammantaget sådana att kravet är oskäligt. Det har vidare förevarit centrala förhandlingar som ägt rum vid sammanlagt sju tillfällen under tiden den 6 september 2007 till och med den 24 april 2008. Vid dessa centrala förhandlingar har parterna diskuterat samtliga frågor som målet rör utan att 35 § medbestämmandelagen åberopats eller aktualiserats. Förbundet har därför förlorat rätten att åberopa 35 § medbestämmandelagen.

H.C. har grovt åsidosatt sina åligganden i anställningen och uppträtt på ett sådant sätt som en arbetsgivare inte ska behöva tolerera. Det har därför förelegat laga grund för bolaget att avskeda H.C. I vart fall har bolaget haft saklig grund för uppsägning. För den händelse bolaget skulle vara skyldigt att utge ekonomiskt skadestånd ska det jämkas med hänsyn till att H.C. inte aktivt sökt arbete och medverkat till att begränsa sin skada. Det vitsordas att H.C. hade en månads uppsägningstid. När det gäller det allmänna skadeståndet ska detta jämkas med hänsyn till att H.C., trots bolagets varningar, fortsatt att uppträda provocerande och att beteendet utgjort en avgörande omständighet för arbetsgivarens beslut att avskeda H.C.

Bolaget medger att det inte uppfyllt bestämmelserna i 19 § andra stycket och 30 § anställningsskyddslagen. Ett allmänt skadestånd för dessa brott bör dock

jämkas med hänsyn till att omständigheterna i detta fall varit sådana att det inte förelegat någon risk för rättsförlust.

Förbundet

Bolaget har som grund för avskedandet åberopat att H.C. varit olovligen frånvarande, att han avvikit från arbetsplatsen, att han uppträtt provocerande och att han inte följt arbetsgivarens instruktioner. Förbundet bestrider att H.C. agerat på sätt bolaget påstått. Förbundet gör gällande att det verkliga skälet till att H.C. avskedades var att bolaget ville bli av med honom eftersom han hade vänt sig till förbundet och till förbundet framfört sitt krav på att få arbeta heltid hos bolaget. H.C. avskedades nämligen två dagar efter det att förbundet skickat ett brev till bolaget med uppmaning om att omedelbart betala fordran på full lön m.m.

Bolaget har gjort gällande att H.C. varit olovligt frånvarande den 4 mars, den 13 mars och den 18 mars 2007. Det bestrids att H.C. haft någon olovlig frånvaro. Under perioden den 13 mars till och med den 16 mars var H.C. hemma med sjukt barn vilket han ringde och anmälde till den köksansvarige tidigt på morgonen den 13 mars. När det gäller den 4 mars och den 18 mars var båda dessa dagar söndagar. H.C. skulle inte ha arbetat då eftersom han normalt inte arbetade på söndagar. Det bestrids att bolaget lidit någon ekonomisk förlust på grund av att H.C. var frånvarande. När det gäller rutinerna för att anmäla frånvaro gick det till på det sättet att den anställda ringde till den köksansvarige som fanns på arbetsplatsen från klockan 07.00. Den köksansvarige försökte därefter få tag på en vikarie. När arbetsledaren kom till restaurangen rapporterade den köksansvarige frånvaron till arbetsledaren. H.C. har således anmält sin frånvaro enligt den rutin som gällde. Det har under alla omständigheter ålegat bolaget att höra av sig till H.C. för att reda ut eventuella missförstånd. Bolaget har emellertid inte försökt komma i kontakt med H.C., trots att denne kunde nås på hemtelefon eller mobiltelefon.

Det bestrids vidare att H.C. skulle ha vägrat att sortera avfall. Klädbutiken Indiska bedriver verksamhet i Kista Galleria. D.H. instruerade H.C. att lägga kartonger från bolagets verksamhet i klädbutikens förvaringsställe för kartonger som ska återvinnas. H.C. gjorde som han blivit tillsagd, men klädbutikens chef påpekade då för H.C. att förvaringsstället tillhörde klädbutiken och att han inte fick lägga bolagets kartonger där.

Förbundet bestrider att H.C. uppträtt provocerande eller agerat på sätt bolaget hävdar när han fått instruktioner av arbetsledaren. Det bestrids även att H.C. skulle ha avvikit från arbetsplatsen under arbetstid.

De varningar som bolaget åberopat fick H.C. se först den 26 mars 2007. Syftet med dessa varningar har inte varit att få honom att ändra sitt beteende.

H.C. har således inte grovt åsidosatt sina åligganden och inte heller misskött sig på ett sådant sätt att det föreligger laga grund för avskedande eller ens saklig grund för uppsägning.

H.C. har sedan avskedandet varit inskriven vid Arbetsförmedlingen. Han har försökt minimera sin skada genom att stå till arbetsmarknadens förfogande och söka arbete. Han har besökt arbetsförmedlingen i Kista varje måndag och sökt omkring sex eller sju arbeten i veckan inom restaurangbranschen. Först i januari 2009 erhöll han arbete. Hans inkomster från detta arbete har avräknats från yrkandet om lön avseende januari och februari 2009. Han har under tiden han varit arbetslös inte haft någon annan inkomst än ersättning från arbetslöshetskassa.

Domskäl

Tvisten

H.C. anställdes som kock eller köksbiträde hos bolaget i juni 2006. Den 28 april 2007 avskedades han från sin anställning.

I målet uppkommer flera tvistefrågor. En fråga är om bolaget haft rätt att skilja H.C. från hans anställning genom avskedande eller uppsägning. Parterna är också oense om vilket arbetstidsmåt H.C. har haft rätt till enligt sitt anställningsavtal och således vilken lön eller ekonomiskt skadestånd han är berättigad till för det fall bolaget inte haft rätt att skilja honom från hans anställning. Tvisten gäller också om H.C. har rätt till lön och semesterersättning avseende tiden före avskedandet och om rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträffat beträffande detta anspråk.

Utredningen i målet

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. Vid denna har på förbundets begäran hållits förhör under sanningsförsäkran med H.C. samt vittnesförhör med socionomen E.H. och ombudsmannen L.M. På bolagets begäran har hållits förhör under sanningsförsäkran med ställföreträdaren i bolaget R.Y. samt vittnesförhör med restaurangchefen D.H., kocken A.Z. och förbundsjuristen vid Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare T.G. Parterna har även åberopat skriftlig bevisning.

Har bolaget haft laga grund för avskedandet eller saklig grund för uppsägning?

Som skäl för avskedandet har bolaget åberopat att H.C. upprätt på ett sätt som inneburit att han allvarligt åsidosatt vad som ålegat honom i anställningen. Förbundet har bestritt vad som påståtts och gjort gällande att det verkliga skälet till att H.C. avskedades var att bolaget ville bli av med honom eftersom han vänt sig till förbundet, vilket medförde att förbundet framställde krav mot bolaget på att han skulle få arbeta de timmar han enligt sitt anställningsavtal hade rätt till, dvs. motsvarande heltid.

Arbetsdomstolen kommer i det följande att behandla de händelser och det agerande från H.C:s sida som bolaget lagt till grund för avskedandet.

Olovlig frånvaro

Bolaget har gjort gällande att H.C. uteblev från arbetet den 4, 13 och 18 mars 2007 utan att ha giltigt skäl och utan att anmäla frånvaron. Förbundet har bestritt påståendet.

H.C. har inför Arbetsdomstolen uppgett följande. Han skulle inte arbeta söndagen den 4 mars och söndagen den 18 mars eftersom han normalt inte arbetade på helgerna. När det gäller frånvaron den 13 mars var han hemma för vård av sjukt barn under tiden den 13 mars till och med den 16 mars. I enlighet med bolagets rutiner anmälde han tidigt på morgonen den 13 mars frånvaron till M.S., som var köksansvarig den dagen. M.S. skulle rapportera frånvaron till D.H.

Av ett besked om ersättning från Försäkringskassan framgår att H.C. uppbar föräldrapenning under tiden 13 mars till och med den 16 mars 2007.

Arbetsdomstolens finner att det framgår av utredningen i målet att H.C. var hemma för vård av sjukt barn den 13 mars 2007. Någon utredning som motsäger hans uppgift om att han anmälde frånvaron på sätt som var brukligt har inte lagts fram från bolagets sida. När det gäller frånvaron den 4 och 18 mars 2007 stöds inte bolagets uppgifter om att han skulle arbeta dessa dagar av någon bevisning. Mot H.C:s bestridande kan det därför inte anses visat att han skulle arbeta de angivna dagarna. Arbetsdomstolen finner således att bolaget inte har styrkt sina påståenden i denna del.

Misskötsamhet genom att avvika från arbetspass

Bolaget har gjort gällande att H.C. under sina arbetspass vid upprepade tillfällen lämnat arbetsplatsen för att träffa vänner och bekanta i Kista Centrum och att arbetskamraterna tvingats leta efter honom vid dessa tillfällen. H.C. har förnekat detta. Av R.Y:s, D.H:s och A.Z:s uppgifter framgår emellertid att det förekom att H.C. avvek från arbetsplatsen, att han då var borta under en halvtimme till en timme och att arbetskamrater och arbetsledning tvingades leta efter honom. Bolagets påstående om att H.C. avvikit från arbetsplatsen under arbetstid får således anses styrkt. När det gäller omfattningen härav har lämnats olika uppgifter. Det går enligt Arbetsdomstolens uppfattning inte att med någon säkerhet bedöma hur vanligt förekommande det varit att H.C. betett sig på detta sätt. Domstolen kommer i det följande att ta ställning till vilka slutsatser som kan dras av vad som framkommit om H.C:s misskötsamhet i detta avseende.

Vägran att sortera sopor

Bolaget har gjort gällande att H.C. vägrat att sortera avfall på ett sådant sätt att avfallet kunde hämtas av avfallsentreprenören och att bolagets personal därför tvingades transportera bort avfallet till avfallscentralen.

H.C. har förnekat bolagets påstående och uppgett följande. D.H. instruerade honom att lägga sopor i klädbutiken Indiskas förvaringsutrymme för sopor.

När han skulle göra som han blev tillsagd kom chefen för Indiska och påpekade att det var butikens förvaringsutrymme för sopor och att butiken hade betalt för utrymmet. När han berättade detta för D.H. sa denne åt honom att han trots detta skulle ha lämnat soporna på den angivna platsen.

D.H. har inte bemött H.C:s uppgifter i denna del. Bolaget har inte heller fört någon annan bevisning om händelsen. Domstolen finner mot denna bakgrund att H.C:s förklaringar till varför han inte lämnade soporna i sopusutrymmet får godtas och att han inte kan klandras för att inte ha följt arbetsgivarens instruktioner.

Provocerande uppträdande

Bolaget har slutligen åberopat att H.C. haft ett provocerande beteende och förhållningssätt gentemot arbetskamrater och arbetsledning. D.H. har härvid berättat att H.C. uppträdde respektlöst mot arbetsledning och övrig personal genom att bl.a. säga fula ord på engelska. H.C. har förnekat detta. A.Z. har berättat att han inte lagt märke till att H.C. upprätt provocerande mot någon eller att förhållandet mellan H.C. och D.H. var dåligt. Bolaget kan med hänsyn till vad som framkommit genom utredningen inte anses ha styrkt sitt påstående i denna del.

Sammanfattande bedömning

För att en arbetstagare ska kunna avskedas förutsätts enligt 18 § anställnings- skyddslagen att arbetstagaren har grovt åsidosatt sina åligganden mot arbets- givaren. Därmed avses enligt lagens förarbeten ett sådant avsiktligt eller grovt vårdslöst förfarande som inte rimligen ska behöva tålas i något rätts- förhållande.

Av de händelser som bolaget åberopat till grund för avskedandet har dom- stolen inte funnit styrkt att H.C. varit olovligt frånvarande den 4, 13 och 18 mars 2007. Det har inte heller funnits anledning att klandra H.C. för hans agerande i samband med sophantering. Bolaget har endast kunnat styrka påståendet om att H.C. vid ett antal tillfällen avvikit från arbetsplatsen under ett arbetspass. Det är naturligtvis inte acceptabelt att arbetstagaren utan tillåtelse lämnar arbetsplatsen under arbetstid och det finns därför anledning att rikta kritik mot H.C. för detta agerande. Det är emellertid inte visat i målet att H.C. på ett tydligt sätt erinrats om att det var oacceptabelt att bete sig på det sättet och att han riskerade att skiljas från sin anställning om han inte upphörde med beteendet. De varningar som utfärdats av bolaget gällde den påstådda olovliga frånvaron de ovan angivna hela dagarna i mars samt vägran att följa arbetsledningens instruktioner avseende hantering av sopor och berörde alltså inte avvikandet från arbetsplatsen. Bolaget förefaller mot denna bakgrund inte ha sett så allvarligt på det sistnämnda. H.C:s otillåtna tillfälliga frånvaro kan enligt Arbetsdomstolens uppfattning under sådana förhållanden inte anses vara av så allvarlig beskaffenhet att den kan motivera ett avskedande eller ens en uppsägning. Arbetsdomstolen finner således att bolagets avskedande av H.C. ska ogiltigförklaras.

Förbundets yrkanden om lön och allmänt skadestånd med anledning av det felaktiga avskedandet m.m.

Förbundet har yrkat att bolaget ska utge lön och allmänt skadestånd på grund av det felaktiga avskedandet. Vidare har förbundet yrkat att bolaget ska förpliktas utge allmänt skadestånd till H.C. på grund av brott mot 19 och 30 §§ anställningsskyddslagen, och till förbundet för brott mot 30 § samma lag.

Bolaget har bestritt att utge ekonomiskt skadestånd i första hand på grund av att H.C. endast haft rätt till lön för faktiskt utfört arbete, och i andra hand på grund av att han inte genom att söka arbete aktivt medverkat till att begränsa sin skada. Enligt bolaget bör det allmänna skadeståndet jämkas med hänsyn till att H.C. trots varningar fortsatt att uppträda provocerande. Det allmänna skadeståndet för de av bolaget medgivna brotten mot 19 och 30 §§ anställningsskyddslagen bör enligt bolaget jämkas.

Bolagets huvudinvändning mot löneyrkandet är således att H.C. inte har rätt till lön med yrkat belopp eftersom han, på samma sätt som övriga anställda, endast haft rätt att arbeta när bolaget hade behov av arbetskraft och rätt att få betalt för de timmar han hade arbetat. Enligt bolaget har H.C. genom att inställa sig på arbetsplatsen och arbeta de timmar bolaget schemalagt honom accepterat ett sådant arbetstidsmått.

Förbundet har mot detta invänt att H.C. varit anställd på heltid och faktiskt arbetat heltid sedan oktober 2006. Enligt förbundet har mellan bolaget och H.C. inte ingåtts något avtal med innebörden att H.C. endast ägde rätt att arbeta och få betalt för den tid bolaget hade behov av arbetskraft och H.C. har inte heller accepterat ett sådant arbetstidsmått.

Frågan om vilken lön H.C. är berättigad till är således beroende av vilket arbetstidsmått H.C. har haft rätt till i sin anställning hos bolaget.

Arbetsdomstolen gör i denna del följande bedömning.

Av utredningen i målet framgår att H.C. anställdes som kock eller restaurangbiträde hos bolaget i juni 2006. I ett anställningsbevis utfärdat i augusti 2006 av bolagets dåvarande arbetsledare M.R. anges beträffande anställningsform att det är fråga om en "extra anställning". Av H.C:s uppgifter i målet framgår emellertid att han, efter att ha påpekat att uppgifterna i detta anställningsbevis inte var korrekta, erhöll ett nytt anställningsbevis daterat den 19 december 2006. I det anställningsbeviset anges att H.C:s anställning är en tillsvidareanställning och att arbetstiden är heltid. Att H.C. hade en anställning avseende heltid anges även i ett arbetsgivarintyg utfärdat av R.Y. den 23 augusti 2007. Utgångspunkten måste enligt domstolens uppfattning vara att informationen i de två senare handlingarna återger det rätta förhållandet.

Bolaget har emellertid anfört att uppgiften om heltid i dessa handlingar endast utgör en upplysning om den maximala arbetstiden. Av kollektivavtalet följer att ordinarie arbetstid för en heltidsanställd är 40 timmar i genom-

snitt per vecka. Bolagets förklaring är således inte förenlig med den innebörd arbetstidsmålet heltid har enligt kollektivavtalet och saknar vidare stöd i hur begreppet används i allmänt språkbruk. Att begreppet "heltid" i de ovan nämnda handlingarna skulle ha den innebörd som bolaget påstår kan inte anses visat.

Bolaget har till styrkande av att H.C:s arbetstid varierade och att det inte var fråga om någon anställning på heltid även åberopat lönespecifikationer avseende hösten 2006. Av lönespecifikationerna framgår att H.C. har fått betalt för omkring 158 timmars arbete i oktober, 166 timmars arbete i november och 103 timmars arbete i december 2006. Arbetsdomstolen kan konstatera att H.C. således inte fått betalt för 173 timmars arbete per månad vilket ostridigt är den genomsnittliga arbetstiden per månad för heltidsarbete enligt kollektivavtalet. När det gäller oktober månad 2006 framgår emellertid av det av förbundet åberopade arbetsgivarintyget som R.Y. undertecknat i augusti 2007 att H.C. hade arbetat 168 timmar och beträffande december månad 2006 har H.C. förklarat att han varit föräldraledig sammanlagt tio dagar och därför arbetat färre timmar än vanligt. Enligt Arbetsdomstolens uppfattning går det inte att bortse från dessa uppgifter. Den av bolaget åberopade bevisningen ger således inte något särskilt starkt stöd för att det i H.C:s anställning förekommit väsentliga avvikelser från ett arbetstidsmål om heltid under hösten 2006 och ger därmed inte heller stöd för påståendet att H.C. skulle ha accepterat ett annat arbetstidsmål än det av förbundet hävdade.

Utredningen i målet utvisar vidare att H.C. vände sig till förbundet strax efter det att han i mars 2007 börjat arbeta för R.Y., eftersom han ansåg att han inte fick arbeta tillräckligt många timmar. Det är således inte styrkt i målet att H.C. genom konkludent handlande accepterat att endast få arbeta när bolaget hade behov av personal. Av det hittills anförda måste enligt Arbetsdomstolens mening dras den slutsatsen att H.C. haft en heltidsanställning. Vad som i övrigt förekommit i målet ändrar inte denna bedömning. H.C:s anställningsavtal får således anses ha inneburit att han haft en arbetstid om 40 timmar i genomsnitt per vecka, dvs. heltidsarbete. Följaktligen har han haft rätt att få betalt härför under förutsättning att han också stått till förfogande för arbete på heltid.

Med den bedömning Arbetsdomstolen gjort är bolaget skyldig att utge såväl lön som allmänt skadestånd enligt 38 § anställningsskyddslagen. Utredningen visar inte annat än att H.C. försökt minimera den ekonomiska skada han lidit. Han har således rätt till lön för tiden från avskedandet och till dagen för huvudförhandling i målet med yrkade belopp, som är vitsordade. Det allmänna skadeståndet för brott mot avskedandebestämmelsen i 18 § anställningsskyddslagen bör bestämmas till 100 000 kr.

Det råder inte någon tvist om att bolaget i samband med avskedandet har underlåtit att lämna s.k. fullföljdshänvisning enligt 19 § anställningsskyddslagen samt underlåtit att underrätta H.C. och varsla förbundet i enlighet med 30 § samma lag. Bolaget har därför ådragit sig skyldighet att utge allmänt skadestånd till H.C. och förbundet. Skadeståndet till förbundet bör i denna

del bestämmas till 10 000 kr och skadeståndet till H.C. bestämmas till 10 000 kr för den uteblivna fullföljdshänvisningen och 10 000 kr för den uteblivna underrättelsen.

Yrkandet om lön och semesterersättning avseende tiden före avskedandet samt frågan om rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträtt beträffande denna fordran m.m.

Förbundet har yrkat att bolaget ska förpliktas att utge lön och semesterersättning till H.C. avseende tiden från och med den 1 januari till och med den 27 april 2007. Förbundet har även gjort gällande att rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträtt beträffande denna fordran. – Vidare har förbundet hävdat att bolaget gjort sig skyldigt till kollektivavtalsbrott genom att inte utge lön i enlighet med kollektivavtalet.

Bolaget har bestritt att betalningsskyldighet föreligger. Vad gäller rättverkan enligt 35 § har bolaget i första hand anfört att förbundet inte framställt något tillräckligt klart och tydligt krav som bolaget tagit ställning till och att det därför inte uppstått någon rättstvist som kan utlösa betalningsskyldighet. I andra hand har bolaget gjort gällande att det mot bolaget riktade kravet i vart fall måste anses oskäligt. Bolaget har även hävdat att förbundet förlorat rätten att åberopa tolkningsföretråde enligt 35 § medbestämmandelagen eftersom parterna fört centrala tvisteförhandlingar beträffande samtliga frågor i målet utan att förbundet åberopat bestämmelsen under dessa förhandlingar. Bolaget har vidare hävdat att H.C. i vart fall inte är berättigad till lön under tiden den 1 februari till fram till 9 mars 2007 eftersom han inte stått till förfogande för arbete under den tiden. – Vid den bedömning domstolen gjort ifråga om H.C:s arbetstidsmått får bolaget anses ha vidgått att det gjort sig skyldigt till brott mot kollektivavtalet.

35 § medbestämmandelagen – rättsliga utgångspunkter

Om det mellan en arbetsgivare och en arbetstagarorganisation, som är bundna av samma kollektivavtal, uppkommer en rättstvist om lön eller annan ersättning till en medlem i organisationen, är arbetsgivaren enligt 35 § medbestämmandelagen skyldig att utge ersättning enligt organisationens mening, om han inte inom de tidsfrister som framgår av 35 och 37 §§ påkallar förhandling och, om enighet inte uppnås, därefter väcker talan mot organisationen. Om arbetsgivaren har underlåtit detta kan han undvika betalningsskyldighet bara om han lyckas visa att kravet är oskäligt.

För att rättsverkan ska inträda enligt 35 § medbestämmandelagen fordras det inte att arbetstagarorganisationen uttryckligen åberopar sin rätt enligt paragrafen, utan det är tillräckligt att organisationen till arbetsgivaren har framfört ett klart och tydligt krav på betalning grundat på en regel i lag eller avtal och att arbetsgivaren visar att han intar en annan ståndpunkt i frågan. Detta ståndpunktstagande ska ha skett på ett sådant sätt att en utgångspunkt erhålls för tidsfristerna i paragrafen. Ståndpunktstagandet kan ske genom att arbetsgivaren till organisationen eller på annat sätt ger uttryck åt sin avvikande uppfattning i tvisten. Man torde även ha att räkna med att arbetsgivarens ståndpunktstagande kan framgå underförstått, såsom genom utbetalning av ett lägre ersättningsbelopp än arbetstagarorganisationen krävt eller genom underlåtenhet att besvara organisationens brev (se AD 1977 nr 187).

Beträffande frågan om kravet är oskäligt framgår av AD 1977 nr 187 att det i första hand är det fordrade beloppets storlek i förhållande till vad som ska betalas om rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inte inträder som ska ligga till grund för prövningen av oskälighetsfrågan. Arbetsdomstolen har emellertid vid flera olika tillfällen också gett uttryck för uppfattningen att ett krav är att anse som oskäligt, om det stått klart eller borde ha stått klart för arbetstagarorganisationen att det varit grundlöst. Det är alltså endast i helt klara och entydiga fall som arbetsgivaren på denna grund kan undgå betalningsskyldighet enligt 35 § medbestämmandelagen. Fallen utmärks av att arbetstagersidan vid en bedömning på grundval av den utredning som fanns tillgänglig när den särskilda rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträdde förstod eller rimligen borde ha förstått att kravet var oriktigt.

Frågan om förbundets lönekrav varit tillräckligt klart och tydligt och om rättstvist uppstått i enlighet med 35 § medbestämmandelagen m.m.

Av utredningen i målet framgår att förbundet i en lokal förhandling som ägde rum den 20 mars 2007 hävdade att H.C. hade rätt till lön i enlighet med det arbetstidsmått som anställningsavtal och kollektivavtal stadgade samt att förbundet framförde förslag på lösning som innebar att bolaget skulle betala lön till H.C. under februari månad och första veckan i mars. Det framkommer även att bolaget begärde rådrum för att kunna ta ställning till förslaget. Vidare framgår att förbundet genom brev till bolaget den 17 april, 26 april och 14 maj 2007 framförde krav på lön till H.C. I det brev som är daterat den 17 april 2007 konstaterar förbundet att det inte hade hört något från bolaget trots att det gått nästan en månad sedan förhandlingen och

efterlyste därför besked från bolaget i frågan huruvida bolaget och förbundet kunde komma överens i ärendet. I brevet daterat den 26 april 2007 uppmanade förbundet bolaget att utan dröjsmål betala i enlighet med det i brevet framställda kravet och angav att förbundet åberopade tolkningsföreträde enligt 35 § medbestämmandelagen. Beträffande vad som därefter hände framgår av de uppgifter L.M. lämnat i förhöret med honom att förbundet kallade till överläggning den 14 maj 2007 med anledning av att H.C. hade blivit avskedad, men att bolaget hörde av sig dessförinnan och meddelade att det inte tänkte infinna sig till överläggningen. Det framgår även av L.M:s uppgifter att bolaget önskade en sammanställning över H.C:s lönekrav. I brevet daterat den 14 maj 2007 har förbundet specificerat H.C:s lönefordran och angett att H.C. har krav på lön med 2 000 kr för 20 timmar i januari, 16 000 kr för 160 timmar i februari, 17 600 kr för 176 timmar i mars och 16 800 kr för 168 timmar i april, sammanlagt 52 400 kr. I brevet har angetts att beloppen är semesterlönegrundande och att redan utbetalda lönebelopp för mars och april 2007 ska dras av.

Enligt Arbetsdomstolens uppfattning har förbundet i vart fall genom brevet daterat den 14 maj 2007 till bolaget framfört ett klart och tydligt krav på betalning. Av utredningen i målet framgår inte att bolaget tagit uttrycklig ståndpunkt i tvistefrågan. Bolagets ståndpunktstagande får emellertid ha framgått underförstått genom att det underlät att besvara förbundets brev och genom att inte betala lön i enlighet med kravet. Det anförda innebär att rättstvist har uppkommit enligt 35 § medbestämmandelagen.

Det är sedan ostridigt att bolaget därefter varken begärt förhandling eller väckt talan inom de tidsfrister som anges i 37 §. Vad bolaget anför om att förbundet förlorat rätten att åberopa tolkningsföreträde enligt 35 § medbestämmandelagen eftersom bestämmelsen inte åberopades under de centrala förhandlingarna mellan parterna under hösten 2007 och våren 2008 saknar betydelse.

Som framgår av domsbilagan har förbundet för den nu aktuella tiden yrkat lön med 36 570 kr, varav 3 900 kr för januari, 17 300 kr för februari, 8 500 kr för mars och 6 870 kr för april 2007.

Vid en jämförelse mellan de lönekrav som framförts i brevet den 14 maj 2007 och de i målet yrkade beloppen framgår att förbundets yrkanden i målet innebär en utökning av lönekravet motsvarande 19 timmar för januari och 13 timmar för februari månad 2007. Förbundet har alltså utökat yrkandet beträffande dessa månader till att avse lön för sammanlagt 32 timmar mer än vad som angetts i det nyss nämnda brevet. Arbetsdomstolen finner att rättsverkan beträffande januari och februari månad 2007 endast kan anses ha inträtt i enlighet med det i brevet av den 14 maj 2007 framförda kravet. Beträffande yrkade belopp för övriga månader har avdrag gjort för utbetald lön och de i målet yrkade beloppen understiger därmed kraven i brevet av den 14 maj 2007. För övrig tid har således rättsverkan inträffat med i målet yrkat belopp. Sammanfattningsvis har rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträtt avseende H.C:s krav på lön och semesterersättning för

tiden den 1 januari till och med den 27 april 2007 med sammanlagt 33 370 (36 570 – 32 x 100) kr samt semesterersättning beräknad på detta belopp.

Frågan om kravet är oskäligt

Det framgår av utredningen att förbundets krav på lön för H.C. är grundat på dennes enskilda anställningsavtal och gällande kollektivavtal. Domstolen har tidigare funnit att H.C. haft en heltidsanställning hos bolaget och således i princip rätt att få betalt efter en arbetstid om 40 timmar i genomsnitt per vecka. Det är i målet inte visat annat än att H.C. har stått till förfogande för arbete hela januari månad 2007 samt under tiden den 9 mars 2006 till och med den 27 april 2007. Det av förbundet framställda kravet avseende denna period är därför inte oskäligt.

När det gäller perioden den 1 februari till och med den 8 mars 2007 är bolagets inställning, som Arbetsdomstolen uppfattat den, att kravet är oskäligt med hänsyn till att H.C. inte stått till förfogande för arbete. Förbundets uppfattning synes emellertid vara att H.C. inte gick till arbetet eftersom han ansåg att han blivit skild från sin anställning. Av H.C:s uppgifter framgår att han den 25 januari 2007, av bolagets dåvarande arbetsledare M.R., fick besked om att företaget skulle få en ny ägare den 1 februari 2007 och att den nye ägaren ansåg att det fanns för många anställda i bolaget och att några, bl.a. H.C., inte kunde få arbeta kvar i restaurangen efter den sista januari 2007. Det framgår vidare av utredningen att H.C. härefter vände sig till förbundets lokalavdelning och att förbundet tog kontakt med bolaget, som förnekade att H.C:s anställning hade avslutats av bolaget. Bolagets uppfattning var i stället att H.C. utan orsak hade uteblivit från arbetet sedan den 1 februari 2007. Det är ostridigt att bolaget vid kontakterna med förbundet förklarade att H.C. kunde komma tillbaka till arbetet och att denne också gjorde det från och med den 9 mars 2007. Det är även ostridigt att H.C. inte inställde sig för att arbeta under tiden den 1 februari till och med den 8 mars 2007. Bolaget borde visserligen under sådana förhållanden ha kontaktat H.C. och efterhört orsaken till frånvaron samt klargjort att han hade kvar sin anställning. Enligt Arbetsdomstolens mening måste emellertid H.C. anses ha varit skyldig att inställa sig för arbete under den aktuella perioden och inte bara utan vidare ta fasta på de uppgifter som lämnades honom vid hans samtal med M.R. den 25 januari 2007. Med hänsyn härtill finner Arbetsdomstolen att H.C. inte stått till förfogande för arbete på ett sådant sätt att han är berättigad till lön under den nu aktuella tiden. Det framgår att förbundet kände till de nu redovisade omständigheterna och det borde därmed rimligen ha förstått att kravet var oriktigt. Kravet avseende lön under perioden 1 februari till och med den 8 mars 2007 är därför oskäligt i den mening som avses i 35 § medbestämmandelagen. Det anförda leder till att förbundets yrkande avseende lön för denna period ska avslås.

Förbundets tolkningsföretråde avser även kravet på semesterersättning för tiden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007. Arbetsdomstolen har även att ta ställning till om detta krav är oskäligt.

Domstolen har funnit att avskedandet av H.C. ska ogiltigförklaras. Innebörden av att ett avskedande ogiltigförklaras är att anställningen består på samma villkor som tidigare. H.C. har således rätt till sina vanliga anställningsförmåner såsom semester och andra semesterförmåner. Yrkandet om semesterersättning för den nu aktuella tiden är därför inte lagligen grundat. Utredningen i målet visar att förbundet redan hade begärt att avskedandet av H.C. skulle ogiltigförklaras när kravet specificerades den 14 maj 2007. Mot denna bakgrund måste det ha stått klart för förbundet att kravet skulle ha underkänts vid en rättslig prövning. Domstolen finner därmed att förbundets krav avseende semesterersättning i sin helhet får anses oskäligt. Yrkandet om semesterersättning samt allmänt skadestånd för brott mot semesterlagen ska därför avslås.

Mot bakgrund av den bedömning som domstolen nu gjort är bolaget således skyldigt att utge 2 000 kr avseende lön under tiden den 1 januari till och med den 31 januari 2007. För tiden den 9 mars till och med den 31 mars 2007 ska bolaget utge 3 700 kr, vilket utgör det i målet yrkade beloppet om 8 500 kr för hela mars med avdrag för lön under sex arbetsdagar tiden den 1 mars till och med den 8 mars, dvs. 4 800 kr (6x8x100 kr). Bolaget är vidare skyldigt att utge 6 870 kr avseende tiden den 1 april till och med den 27 april 2007. Sammanlagt är bolaget således, på grund av bestämmelserna i 35§ medbestämmandelagen, skyldigt att till H.C. som lön utge 12 570 kr (=2 000+3 700+6 870 kr).

Krav som inte omfattas av rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen

När det gäller förbundets yrkande om lön som överstiger de belopp som framgår av kravet den 14 maj 2007 gör Arbetsdomstolen följande bedömning.

Förbundet har i målet beträffande januari 2007 yrkat lön för ytterligare 19 timmar och för februari 2007 med ytterligare 13 timmar, dvs. sammanlagt 3 200 kr ([19+13] tim x 100 kr) mer än vad som omfattas av rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen. Semesterersättning grundad på dessa belopp har också yrkats.

Domstolen har tidigare funnit att H.C. haft en heltidsanställning hos bolaget och därför borde ha erbjudits arbete i enlighet med en arbetstid om 40 timmar i genomsnitt per vecka och få betalt härför. Domstolen har vidare funnit visat att H.C. har stått till förfogande för arbete hela januari månad 2007. Det av förbundet framställda kravet avseende lön för ytterligare 19 timmar rörande januari 2007 ska därför bifallas. Beträffande yrkandet om semesterersättning har förbundet inte anfört några omständigheter till stöd för att sådan ersättning ska utgå för det fall avskedandet ogiltigförklaras. Yrkandet härom ska följaktligen avslås.

När det gäller kravet för februari månad 2007 har domstolen enligt vad som framgår ovan funnit att H.C. inte kan anses ha stått till bolagets förfogande för arbete. Yrkandet om lön och semesterersättning avseende februari månad 2007 ska därför avslås.

Bolaget är således skyldigt att utge ytterligare 1 900 kr (=19 tim x 100 kr) avseende lön under januari månad 2007.

Brott mot kollektivavtalet

Bolagets underlåtenhet att betala lön till H.C. för den tid han enligt sitt anställningsavtal haft heltidsanställning och stått till bolagets förfogande för arbete utgör ett brott mot kollektivavtalet. Bolaget har därför ådragit sig skyldighet att utge allmänt skadestånd till H.C. och förbundet. Skadeståndet till förbundet bör i denna del bestämmas till 40 000 kr och skadeståndet till H.C. bestämmas till 20 000 kr.

Sammanfattning

Arbetsdomstolen har i det föregående funnit att avskedandet av H.C. saknat laga grund och därför ska ogiltigförklaras. Bolaget ska vidare på grund av det felaktiga avskedandet förpliktas att utge allmänt skadestånd med 100 000 kr samt lön från tiden för avskedandet till huvudförhandlingen i målet med yrkat belopp, 384 747 kr. Eftersom beskedet om avskedandet inte följt de formella föreskrifterna i 19 § anställningsskyddslagen ska bolaget utge allmänt skadestånd till H.C. med 10 000 kr. Han ska också erhålla allmänt skadestånd med samma belopp för bolagets underlåtenhet att i förväg underrätta honom om det tilltänkta avskedandet. Bolaget ska också utge allmänt skadestånd till förbundet med 10 000 kr för att det inte varslats om avskedandet.

Arbetsdomstolen har vidare, beträffande de krav på lön och semesterersättning för tid före avskedandet som förbundet framställt för H.C:s räkning, funnit att rättsverkan enligt 35 § medbestämmandelagen inträtt, men att kraven inte till alla delar kan bedömas som skäliga. H.C. har också haft rätt till viss lön som inte omfattas av rättsverkan enligt nyss nämnda bestämmelse. Sammantaget innebär Arbetsdomstolens bedömning i denna del att H.C. haft rätt till ytterligare 14 470 kr (=12 570+1 900 kr) i lön.

Genom att inte betala ut lön i enlighet med den heltidsanställning som H.C. får anses ha haft har bolaget även gjort sig skyldigt till kollektivavtalsbrott och ska utge skadestånd till förbundet med 40 000 kr och till H.C. med 20 000 kr.

Rättegångskostnader

Förbundet får anses ha vunnit målet till största delen. Bolaget ska därför ersätta förbundet för rättegångskostnader. Arbetsdomstolen finner med hänsyn till målets art och omfattning att förbundet får anses skäligen tillgodosett med en ersättning om 200 000 kr avseende ombudsarvode. Beträffande övriga belopp råder inte tvist.

Domslut

1. Arbetsdomstolen förklarar att Röda rutan Aktiebolags avskedande av H.C. är ogiltigt.

2. Arbetsdomstolen förpliktar Röda rutan Aktiebolag att till H.C. utge lön med fjortontusenfyrahundrasjuttio (14 470) kr för perioden den 1 januari 2007 till och med den 31 januari 2007 och perioden den 9 mars 2007 till och med den 27 april 2007 jämte ränta enligt 6 § räntelagen på beloppet från den 27 april 2007 tills betalning sker samt utge trehundraåttiofyrtusensjuhundrafyrtiosju (384 747) kr för perioden den 28 april 2007 till och med den 4 mars 2009, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på 18 151 kr från den 27:e i envar av månaderna maj 2007 till och med december 2008, på 11 343 kr från den 27 januari 2009, på 6 656 kr från den 27 februari 2009 och på 3 724 kr från den 27 mars 2009, allt till dess betalning sker.

3. Arbetsdomstolen förpliktar Röda rutan Aktiebolag att till H.C. utge allmänt skadestånd med etthundrafyrtiotusen (140 000) kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 7 maj 2008 tills betalning sker.

4. Arbetsdomstolen förpliktar Röda rutan Aktiebolag att till Hotell och Restaurang Facket utge allmänt skadestånd med femtiotusen (50 000) kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 7 maj 2008 tills betalning sker.

5. Arbetsdomstolen förpliktar Röda rutan Aktiebolag att utge ersättning för Hotell och Restaurang Fackets rättegångskostnader med tvåhundraelvtusentrehundratre (211 303) kr, varav 200 000 kr i ombudsarvode, jämte ränta på det förstnämnda beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Inga Åkerlund, Dag Ekman, Christer Måhl, Peter Jeppsson, Kent Johansson, Staffan Holmertz och Margareta Zandén. Enhälligt.

Sekreterare: Kristina Andersson

Domsbilaga**Yrkanden i första hand**

För det fall domstolen skulle finna att H.C. avskedats från sin anställning utan att det ens förelåg saklig grund för uppsägning har förbundet framställt följande yrkanden.

Arbetstidsmått heltid

Förbundet har yrkat att Arbetsdomstolen

1. förklarar att avskedandet av H.C. är ogiltigt,
2. förpliktar bolaget att till H.C. utge 363 024 kr i lön för perioden den 28 april 2007 till och med den 27 december 2008,
3. förpliktar bolaget att till H.C. utge 11 343 kr i lön, för perioden den 28 december 2008 till och med den 15 januari 2009,
4. förpliktar bolaget att till H.C. utge 6 656 kr i lön, för perioden den 16 januari 2009 till och med den 15 februari 2009,
5. förpliktar bolaget att till H.C. utge 3 724 kr i lön, för perioden den 16 februari 2009 till och med dag för huvudförhandling i målet, den 4 mars 2009,
6. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 150 000 kr för brott mot anställningsskyddslagen,
7. förpliktar bolaget att till H.C. utge 36 570 kr avseende perioden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007, varav 3 900 kr avser lön för januari 2007, 17 300 kr avser lön för februari 2007, 8 500 kr avser lön för mars 2007 och 6 870 kr avser lön för perioden den 1 april 2007 till och med den 27 april 2007,
8. förpliktar bolaget att till H.C. utge 8 582 i semesterersättning för perioden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007,
9. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 40 000 kr för brott mot kollektivavtalet,
10. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 10 000 kr för brott mot semesterlagen (1977:480),
11. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 19 § andra stycket anställningsskyddslagen,
12. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 30 § anställningsskyddslagen,

13. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med 100 000 kr för brott mot kollektivavtalet samt

14. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med trettio tusen 30 000 kr för brott mot 30 § LAS.

Ränta har yrkats enligt 6 § räntelagen när det gäller yrkandet under punkten 2 på 18 151 kr från den 27:e i envar av månaderna maj 2007 till och med december 2007, på beloppet under punkten 3 från den 27 januari 2009, på beloppet under punkten 4 från den 27 februari 2009, på beloppet under punkten 5 från den 27 mars 2009, på beloppet under punkten 7 från den 27 april 2007, på allmänt skadestånd från dagen för delgivning av stämning (den 7 maj 2008) samt på semesterersättning från den 28 maj 2007, allt till dess betalning sker.

Arbetstidsmått 92 timmar i månaden

För det fall Arbetsdomstolen finner att H.C:s arbetstidsmått inte är heltid, men väl 92 timmar per månad har förbundet yrkat att Arbetsdomstolen

1. förklarar att avskedandet av H.C. är ogiltigt,
2. förpliktar bolaget att till H.C. utge 193 060 kr i lön för perioden den 28 april 2007 till och med den 27 december 2008,
3. förpliktar bolaget att till H.C. utge 6 023 kr i lön för perioden den 28 december 2008 till och med den 15 januari 2009,
4. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 150 000 kr för brott mot anställningsskyddslagen,
5. förpliktar bolaget att till H.C. utge 9 600 kr i lön avseende perioden den 1 februari 2007 till och med den 31 mars 2007, varav 9 200 kr avser lön för februari 2007 och 400 kr avser lön för mars 2007,
6. förpliktar bolaget att till H.C. utge 4 745 kr i semesterersättning för perioden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007,
7. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 40 000 kr för brott mot kollektivavtalet,
8. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 10 000 kr för brott mot semesterlagen,
9. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 19 § andra stycket anställningsskyddslagen,
10. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 30 § anställningsskyddslagen,

11. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med 100 000 kr för brott mot kollektivavtalet samt

12. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 30 § anställningsskyddslagen.

Ränta har yrkats enligt 6 § räntelagen när det gäller yrkandet under punkten 2 på 9 653 kr från den 27:e i envar av månaderna maj 2007 till och med december 2007, på beloppet under punkten 3 från den 27 januari 2009, på beloppet under punkten 5 från den 27 mars 2007, på allmänt skadestånd från dagen för delgivning av stämning (den 7 maj 2008) samt på semesterersättning från den 28 maj 2007, allt till dess betalning sker.

Yrkanden i andra hand

För det fall domstolen skulle finna att det inte förelegat grund för avskedande men väl saklig grund för uppsägning har förbundet framställt följande yrkanden.

Arbetstidsmått heltid

Förbundet har yrkat att Arbetsdomstolen

1. förpliktar bolaget att till H.C. utge ekonomiskt skadestånd avseende en månads uppsägningslön med 20 460 kr, varav 18 151 kr avser lön och 2 309 kr avser semesterersättning, för perioden den 28 april 2007 till och med den 27 maj 2007,

2. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 120 000 kr för brott mot anställningsskyddslagen,

3. förpliktar bolaget att till H.C. utge 36 570 kr avseende perioden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007, varav 3 900 kr avser lön för januari 2007, 17 300 kr avser lön för februari 2007, 8 500 kr avser lön för mars 2007 och 6 870 kr avser lön för perioden den 1 april 2007 till och med den 27 april 2007,

4. förpliktar bolaget att till H.C. utge 8 582 kr i semesterersättning för perioden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007,

5. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 40 000 kr för brott mot kollektivavtalet,

6. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 10 000 kr för brott mot semesterlagen,

7. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 19 § andra stycket anställningsskyddslagen,

8. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 30 § anställningsskyddslagen,

9. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med 100 000 kr för brott mot kollektivavtalet samt

10. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 30 § anställningsskyddslagen.

Ränta har yrkats enligt 6 § räntelagen på beloppet 18 151 kr under punkten 1 från den 27 maj 2007, på beloppet under punkten 3 från den 27 april 2007, på allmänt skadestånd från dagen för delgivning av stämning (den 7 maj 2008) samt på semesterersättning från den 28 maj 2007, allt till dess betalning sker.

Arbetstidsmått 92 timmar i månaden

För det fall Arbetsdomstolen finner att H.C:s arbetstidsmått inte motsvarar 40 timmar i veckan, men väl 92 timmar per månad har förbundet yrkat att Arbetsdomstolen

1. förpliktar bolaget att till H.C. utge ekonomiskt skadestånd avseende en månads uppsägningslön med 10 881 kr, varav 9 653 kr avser lön och 1 228 kr avser semesterersättning, för perioden den 28 april 2007 till och med den 27 maj 2007,

2. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 120 000 kr för brott mot anställningsskyddslagen,

3. förpliktar bolaget att till H.C. utge 9 600 kr, avseende perioden den 1 februari 2007 till och med den 31 mars 2007 varav 9 200 kr avser lön för februari 2007 och 400 kr avser lön för mars 2007,

4. förpliktar bolaget att till H.C. utge 4 745 kr i semesterersättning för perioden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007,

5. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 40 000 kr för brott mot kollektivavtalet,

6. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 10 000 kr för brott mot semesterlagen,

7. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 19 § andra stycket anställningsskyddslagen,

8. förpliktar bolaget att till H.C. utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 30 § anställningsskyddslagen,

9. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med 100 000 kr för brott mot kollektivavtalet samt

10. förpliktar bolaget att till *förbundet* utge allmänt skadestånd med 30 000 kr för brott mot 30 § anställningsskyddslagen.

Ränta har yrkats enligt 6 § räntelagen på beloppet 9 653 kr under punkten 1 från den 27 maj 2007, på beloppet under punkten 3 från den 27 mars 2007, på allmänt skadestånd från dagen för delgivning av stämning (den 7 maj 2008) samt på semesterersättning från den 28 maj 2007, allt till dess betalning sker.

Yrkande i sista hand

För det fall domstolen skulle finna att H.C. endast har rätt till lön för arbetad tid har förbundet yrkat att Arbetsdomstolen förpliktar bolaget att till H.C. utge 3 523 kr avseende semesterersättning för perioden den 1 januari 2007 till och med den 27 april 2007.

Ränta yrkas enligt 6 § från den 28 maj 2007, allt till dess betalning sker.