

**Udskrift
af
Arbejdsrettens dom af 24. maj 2019**

I sag nr.: AR 2018.0071
Fagbevægelsens Hovedorganisation
for
Dansk El-Forbund
og
Fagligt Fælles Forbund
(advokat Jeppe Wahl-Brink)
mod
Dansk Arbejdsgiverforening
for
DI
for
JKS A/S
(advokat Søren Møller-Rasmussen)

Dommere: Poul F. Hansen, Lars Hjortnæs (retsformand), Morten Schønning Madsen, Benny Rosberg, Thomas Rønnow, Simon Tøgern og Nicolai Westergaard.

Indledning

Sagen angår, om JKS A/S' sygefraværspolitik udgør misbrug af ledelsesretten i strid med Hovedaftalens § 4, stk. 1.

Parternes påstande

Klageren, Fagbevægelsens Hovedorganisation for Dansk El-Forbund og Fælles Fagligt Forbund,
har nedlagt følgende påstande:

1. Indklagede, JKS A/S, skal anerkende at have misbrugt ledelsesretten efter Hovedaftalens § 4, stk. 1.
2. Indklagede skal betale en efter Arbejdsrettens skøn fastsat bod.

Indklagede, Dansk Arbejdsgiverforening for DI for JKS A/S, har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

JKS A/S' sygefraværspolitik, som denne sag angår, blev efter det oplyste indført i 2009. JKS er et vikarbureau med 38 lokalafdelinger, ca. 3.000 kundevirksomheder og ca. 16.000 medarbejdere i løbet af et år, hvoraf ca. 3.500 af gangen er beskæftiget i et vikariat. Af JKS' vikarhåndbog fremgår om sygefravær bl.a.:

”SYGDOM

Hvis du er så uheldig at blive syg, skal du meddele dette til både din kontaktperson på arbejdsstedet og JKS Staffing. Du skal ringe på hovedkontorets sygemeldingstelefon på nr. ...

Sygemelding skal ske inden for disse tidspunkter:

På hverdage

Ved arbejde på daghold, mødetid senest kl. 07.00:
Fraværet meddeles mellem kl. 06.00 og 07.00

Ved arbejde på daghold, mødetid efter kl. 07.00:
Fraværet meddeles mellem 07.00 og 08.00

Ved arbejde på eftermiddags- eller aftenhold:
Fraværet meddeles mellem kl. 13.00 og 14.00

Ved arbejde på nathold:
Fraværet meddeles mellem kl. 17.00 og 18.00.

...

Der er ofte travlt på telefonen, og særligt om morgenen kan der være lidt ventetid. Men det er vigtigt, at du bliver på linjen, også selvom du har et højt nummer i køen. Som regel går det ret hurtigt, og det bliver snart din tur.

Ringer du senere end ovenstående tidspunkter, er sygemeldingen ikke rettidig, og vi kan desværre ikke udbetale sygeløn for den pågældende dag. Det betyder, at du skal ringe til os igen næste dag, hvis du fortsat er syg. Er du syg flere dage i træk, skal du sygemelde dig hver dag i de ovenfor angivne tidsrum.

...

Sygemelding kan ikke foretages via SMS, mail eller telefonisk til din lokalafdeling.”

A indgik den 16. november 2016 en tilknytningsaftale med JKS A/S. I tilknytningsaftalen hedder det bl.a.:

”2. Ansættelsesvilkår

Denne aftale er gældende for hvert enkelt vikariat, som medarbejderen ansættes i gennem JKS. Til det enkelte vikariat vil der i tillæg til denne aftale blive udarbejdet en jobordre. Nærværende tilknytningsaftale og efterfølgende jobordre(r) udgør tilsammen medarbejderens ansættelsesvilkår. ...

4. Sygemelding

Sygdom skal altid meddeles både til arbejdspladsen og til JKS. Medarbejderen er forpligtet til at meddele fraværet til JKS på hovedkontorets sygemeldingstelefon: ...

Hvis medarbejderen er syg flere dage i træk, skal medarbejderen sygemelde sig hver dag indenfor de angivne tidsrum. Sygemelding kan ikke foretages via SMS, mail eller telefonisk til din lokalafdeling.”

Af A's jobordrer, som er fremlagt under sagen, fremgår bl.a.:

”Sygdom og andet fravær

...

... Af hensyn til kundevirksomheden, skal fravær af mere end én dags varighed meldes dagligt.”

I en fremlagt mail af 16. oktober 2017 til JKS' administrationschef C vedrørende en unavngiven medarbejder hos JKS hedder det bl.a.:

”Ovenstående medarbejder har meldt sig syg i dag ... hos [...] ... og forventer at være tilbage igen.

...

Sygedagshistorik:

...

Kommer ikke hele ugen.”

Det fremgår af JKS' statistik vedrørende sygefravær mv. for 2017, at der i løbet af året var 11.665 sygemeldinger, og at der i 8.578 tilfælde var et ønske fra kundevirksomhederne om, at der blev sendt en erstatningsvikar, hvilket lykkedes for JKS i 2.679 tilfælde.

Overenskomstgrundlag

§ 4, stk. 1, i Hovedaftalen mellem Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening af 31. oktober 1973 med ændringer pr. 1. januar 1993, lyder således:

”§ 4. Arbejdsgiverne udøver ledelsesretten i overensstemmelse med de i de kollektive overenskomster indeholdte bestemmelser og i samarbejde med arbejdstagerne og deres tillidsrepræsentanter i henhold til de mellem Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening til enhver tid gældende aftaler.”

Forklaringer

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

A har forklaret bl.a., at han blev udlært som elektriker i oktober 2015. Han blev i efteråret 2016 kontaktet af en medarbejder fra JKS. Efterfølgende deltog han i en ansættelsessamtale i virksomheden, hvor bl.a. hans erhvervs erfaring blev drøftet.

Den 17. november 2016 sendte JKS ham første gang ud til et job. Jobbet var hos Kemp & Lauritzen, der udførte elektrikerarbejde for Novo Nordisk.

Anden gang JKS sendte ham ud i et job, var jobbet også hos Kemp & Lauritzen. Jobbet bestod i at udføre elektrikerarbejde i forbindelse med nyopførelse af en fabriksbygning for Novo Nordisk. Jobbet krævede ikke specialviden. Han fik fortalt, hvad der skulle gøres, og så gjorde han det. Han skulle have en sikkerhedsinstruks for at være på byggepladsen, og den fik han af Novo Nordisks sikkerhedsfolk.

Han har haft sygefravær fem gange under sin ansættelse hos JKS. Når han skulle melde sig syg, skulle han ringe til en kontaktperson hos den virksomhed, han var i job hos, og derefter til JKS.

Medarbejderen hos JKS spurgte hver gang, om han ville være rask næste dag. Hvis han ikke vidste det, blev han ringet op om eftermiddagen og spurgt, om han stadig var syg næste dag. Hvis det var tilfældet, blev han opsagt. Han blev ansat igen, når han var blevet rask. Raskmelding skete ved, at han mødte op hos den virksomhed, som han var i job hos, og dernæst ringede til JKS og meddelte, at han var rask.

Han er nu blevet ansat hos Kemp & Lauritzen, hvor der ikke er krav om daglig sygemelding.

Han ved ikke, om JKS ville have krævet daglig sygemelding, hvis han havde haft sygdom, der var længerevarende.

B har forklaret bl.a., at han er underdirektør i JKS, og at han har været i virksomheden siden 1. april 1996. JKS er et vikarbureau med 38 lokalafdelinger over hele landet. Virksomheden har omkring 3.000 kunder, der både er store og små virksomheder. JKS har omkring 16.000 medarbejdere i løbet af et år, hvoraf ca. 3.500 på ethvert tidspunkt er beskæftiget i et vikariat. Medarbejderne bliver ofte fastansat hos kundevirksomheden i forlængelse af vikariaterne.

Vikarbranchen er kendetegnet ved, at der er fokus på fleksibilitet og omstillingsparathed. Branchen er ligeledes præget af hård konkurrence. Den gennemsnitlige vikarperiode er blevet kortere over de sidste 20-25 år, og i dag er mere end halvdelen af vikariaterne dag-til-dag vikariater.

Når JKS skal ansætte medarbejdere, gennemgår virksomheden ansøgernes profiler og sammenholder dem med virksomhedens forventede behov. Derefter indkalder lokalafdelingerne de enkelte ansøgere til en samtale, hvor ansøgerens kompetencer og ønsker til job afdækkes. JKS indgår i forlængelse heraf en tilknytningsaftale med medarbejderen. Tilknytningsaftalen er den grundlæggende ansættelseskontrakt mellem JKS og medarbejderen. JKS sender i forbindelse med de enkelte vikariater en jobordre til den enkelte medarbejder, der beskriver indholdet af det pågældende vikariat.

Når medarbejderen er blevet sendt ud i det første job, foretager JKS opfølgende samtaler med medarbejderen for at sikre et godt match mellem kundevirksomheden og medarbejderen.

Før reglen om daglig sygemelding blev indført, skulle medarbejderne ringe til JKS' lokalafdelinger og sygemelde sig. Det medførte nogle problemer, fordi lokalafdelingerne kun var bemandet i tidsrummet 9-16, mens medarbejderne ofte skulle møde hos kundevirksomheden kl. 7 eller 8. JKS havde heller ikke tilstrækkeligt overblik over, om en sygemeldt medarbejder var raskmeldt, hvilket medførte, at der ofte mødte to vikarer op hos kundevirksomheden, fordi erstatningsvikaren ikke nåede at blive afløst. Det medførte, at kunderne klagede, og det medførte også et tab for JKS, idet

kundevirksomhederne naturligvis ikke ville betale for mere end den ene vikar, kundevirksomheden havde bestilt.

JKS indførte derfor for ca. 10 år siden reglen om daglig sygemelding via en central sygemeldingslinje for at kunne yde ensartet og bedre kundeservice.

Når sygemeldingsteamet modtager en sygemelding, sender teamet en sms til medarbejderen med en bekræftelse af, at sygemeldingen er modtaget. Derefter sender teamet en mail til lokalafdelingen om, at medarbejderen har sygemeldt sig.

Lokalafdelingen forsøger at skaffe en erstatningsvikar, hvis lokalafdelingen på forhånd ved, at kundevirksomheden ønsker en sådan, men det lykkes ikke altid. Hvis lokalafdelingen ikke ved, om kundevirksomheden ønsker en erstatningsvikar, kontakter lokalafdelingen kundevirksomheden og finder ud af det.

Det beror på en konkret vurdering, om kravet om daglig sygemelding skal håndhæves. Hvis medarbejderen oplyser, at vedkommende er syg i længere tid, giver det ikke mening, at vedkommende skal ringe ind hver dag. Det er den person i sygemeldingsteamet, der modtager opkaldet, der foretager den konkrete vurdering. Der er ikke nogen skriftlig vejledning vedrørende den konkrete vurdering. Medarbejderne i sygemeldingsteamet skal bruge deres sunde fornuft.

Det var tidligere muligt for medarbejderne at melde sig syge via sms, men ordningen fungerede ikke godt, idet der ofte opstod tvivlsspørgsmål, der så affødte opfølgende spørgsmål. Det har medført større klarhed, at der er personlig kontakt i forbindelse med sygemeldingerne.

Reglen om daglige sygemelding har medført, at kundetilfredsheden er steget, og at sygefraværet er faldet. JKS har ikke oplevet de problemer, som virksomheden tidligere havde, efter reglen blev indført. Medarbejderne har heller ikke klaget over reglen.

Såfremt JKS ikke kan fastholde reglen, der i øvrigt er normal kutyme i vikarbranchen, vil virksomheden få mindre overblik over sin kapacitet, og det vil medføre, at virksomheden vil miste ordrer.

Formålet med reglen er alene at skabe overblik over, hvor mange medarbejdere, der er ude i vikariater hos virksomhedens kunder. Formålet er ikke at presse medarbejderne til at raskmelde sig. Det ville heller ikke være godt for JKS at gøre, fordi kundevirksomhederne naturligvis ikke ville acceptere, at de vikarer, der mødte op, var syge.

C har forklaret bl.a., at hun er administrationschef hos JKS, og at hun har været i virksomheden i 14 år.

Reglen om daglig sygemelding blev indført, fordi virksomheden kunne servicere sine kunder bedre, hvis virksomheden havde overblik over, hvor mange af dens medarbejdere, der var ude i vikariater. Der er behov for reglen om daglig sygemelding, fordi det giver JKS mulighed for at finde en erstatningsvikar, hvis kundevirksomheden ønsker det. Formålet med reglen er at gøre det muligt at planlægge og yde god kundeservice. Formålet er ikke at presse medarbejderne til at raskmelde sig.

Reglen om daglig sygemelding, der kun gælder for de medarbejdere, der er ude i vikariater, bliver administreret på den måde, at sygemeldingsteamets medarbejdere foretager en konkret vurdering af, om medarbejderen er så syg, at vedkommende skal fritages for kravet om daglig sygemelding, når medarbejderen sygemelder sig. Mailen af 16. oktober 2017 er et eksempel på en situation, hvor medarbejderen har fået at vide, at vedkommende ikke skal foretage daglig sygemelding men i stedet skal ringe til sygemeldingsteamet den følgende uge.

Det er den enkelte medarbejder i sygemeldingsteamet, der foretager den konkrete vurdering, og hvis vedkommende er i tvivl, bliver hun som administrationschef spurgt til råds.

Sygemeldingsteamet er bemanded med 4 personer hver morgen, men det kan ikke udelukkes, at der af og til er telefonkø.

D har forklaret bl.a., at hun er chef for JKS' lokalafdeling i Holbæk.

Når en medarbejder sygemelder sig, sørger hun for, at medarbejderen får besked pr. sms og pr. mail om, at virksomheden har modtaget sygemeldingen.

Hun sørger desuden for, at kundevirksomheden er orienteret om sygemeldingen. I forbindelse hermed har hun som regel en dialog med den pågældende virksomhed om, hvorvidt virksomheden ønsker at få en erstatningsvikar.

Parternes argumentation

Klager har anført navnlig, at virksomhedens sygefraværspolitik udgør et misbrug af ledelsesretten, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 1, idet kravet om daglig telefonisk sygemelding er uproportionalt.

En medarbejder, der bliver syg, har som udgangspunkt alene pligt til at sygemelde sig rettidigt og til at give meddelelse om, hvornår vedkommende forventer at kunne møde på arbejde igen. Dette udgangspunkt kan fraviges, hvis der foreligger ganske særlige produktionsmæssige forhold, jf. Arbejdsrettens dom af 16. maj 2017 i sag nr. AR2016.0467. Indklagede har bevisbyrden for, at der foreligger sådanne særlige forhold.

De to driftsmæssige formål med kravet om daglig telefonisk sygemelding, som indklagede har påberåbt sig, kan ikke begrunde kravet. Det bør være muligt at give kundevirksomhederne tilstrækkeligt klar besked om situationen, selv om man følger udgangspunktet om, at den ansatte blot skal give besked, når vedkommende er rask igen og klar til at genoptage arbejdet. Det bør også være muligt at undgå dobbeltbookning af vikarer uden at kræve daglig sygemelding. Hvis den pågældende bliver syg igen trods en raskmelding, skal der jo ringes til JKS, og derfor må det være tilstrækkeligt at gå ud fra ved planlægningen, at medarbejderen er syg, indtil vedkommende har meldt sig rask.

Hertil kommer, at syge medarbejdere bør have de bedste muligheder for hurtigt at blive raske, og dette formål modarbejdes til dels af sygefraværspolitikken, idet medarbejderne skal sætte vækkeuret hver morgen for at ringe til virksomheden på et tidspunkt, hvor virksomheden endda har erkendt, at der kan være ventetid. Sygefraværspolitikken vil således i enkelte tilfælde kunne være med til at forhale medarbejdernes helbredelse, hvilket for medarbejdere, der kun får udbetalt sygedagpenge under sygdom, kan medføre et egentligt tab.

Det er heller ikke driftsmæssigt nødvendigt at kræve, at sygemelding skal ske telefonisk og ikke må foretages pr. sms eller pr. mail, hvilket ville være mindre indgribende for medarbejderne, der bl.a. ville slippe for at vente i telefonkø.

Indklagede har anført navnlig, at bestemmelsen om daglig sygemelding ikke udgør et misbrug af ledelsesretten, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 1. Bestemmelsen er saglig, driftsmæssigt velbegrundet og proportional.

Sygefraværspolitikken blev indført for at imødekomme en utilfredshed blandt kundevirksomhederne over uklarhed om situationen ved sygdom.

At der i tilfælde, hvor det er usikkert, om en vikar vil være rask næste dag, kræves telefonisk sygemelding dagligt, er driftsmæssigt velbegrundet på grund af vikarbureauets særlige behov for at have et fuldstændigt overblik over de ressourcer, man hver dag har til rådighed. JKS' produkt består i at levere arbejdstimer, og kerneydelsen er således at kunne sende den rigtige person ud til en kundevirksomhed i rette tid og med kort varsel. Ved korte vikariater kan det ofte ikke betale sig for kunden at få en ny vikar ind, hvis den allerede udsendte, men nu sygemeldte, bliver hurtigt rask, men dette spørgsmål må hver gang afklares individuelt og konkret, og JKS har behov for at kunne have en løbende kontakt med kunden herom. Denne dialog forudsætter, at der også er en løbende kontakt med medarbejderen, medmindre det er sikkert, at vedkommende vil være sygemeldt i noget tid.

Bestemmelsen om daglig sygemelding bliver administreret på en måde, der ikke er uproportional og utilbørlig over for de ansatte, og som tager behørigt hensyn til de ansatte. Virksomheden har således siden 2009 altid administreret bestemmelsen fleksibelt og med konkret skøn i de enkelte tilfælde, sådan at der ikke kræves daglig sygemelding, hvis det er klart, at sygdommen vil vare i noget tid.

Klageren har bevisbyrden for, at der foreligger et misbrug, og denne bevisbyrde har klager ikke løftet. Klager har ikke fremdraget noget konkret eksempel på, at bestemmelsen skulle være udøvet på en måde, som er utilbørlig over for en ansat. A's tilfælde er ikke relevant i denne sammenhæng.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

Sagen angår, om en retningslinje om telefonisk daglig sygemelding, som vikarbureauet JKS A/S indførte for tilknyttede vikarer i 2009, udgør misbrug af ledelsesretten i strid med Hovedaftalens § 4, stk. 1.

Ledelsesretten skal efter arbejdsretlig praksis udøves sagligt, driftsmæssigt velbegrunder og proportionalt.

Efter bevisførelsen lægger Arbejdsretten til grund, at den omtvistede retningslinje om telefonisk daglig sygemelding blev indført af JKS for at have sikrere viden om de personaleressourcer, man fra dag til dag kan råde over i forhold til kundevirksomhederne. Det er ikke godtgjort, at retningslinjen om telefonisk daglig sygemelding er blevet indført for at presse vikarer til at møde op hos kundevirksomheder, selv om de er syge.

Arbejdsretten har i dom af 16. maj 2017 (AR 2016.0467) fastslået, at det ved sygefravær i almindelighed må anses for tilstrækkeligt ud fra hensynet til en virksomheds drift, at medarbejderne sygemelder sig på første sygedag, og at det må anses for almindeligt og naturligt, at medarbejderne meddeler arbejdsgiveren, hvornår vedkommende forventer igen at kunne møde på arbejde.

Arbejdsretten lægger efter bevisførelsen til grund, at JKS' retningslinje om, at der skulle ske daglig sygemelding, i praksis også i alt væsentligt er blevet håndhævet sådan, idet det f.eks. i tilfælde, hvor det fra starten er klart, at medarbejderen vil være syg i flere dage, er blevet aftalt, at den pågældende medarbejder ikke skal sygemelde sig dagligt. Retningslinjen om telefonisk daglig sygemelding har således reelt alene været rettet mod tilfælde, hvor det er uklart, om den pågældende vikar vil være rask og klar til at genoptage arbejdet dagen efter.

Arbejdsretten lægger til grund, at JKS i disse tilfælde har et særligt planlægningsmæssigt behov for sikker og tidligst mulig afklaring under hensyn til den nødvendige dialog med kundevirksomhederne om deres behov og ønsker. Det må endvidere lægges til grund, at telefonisk kontakt med medarbejderen i disse tilfælde er egnet til at forebygge misforståelser og undgå, at der bliver behov for opklarende henvendelser.

På den anførte baggrund finder Arbejdsretten det ikke godtgjort, at JKS ved retningslinjen om telefonisk daglig sygemelding, således som den er blevet administreret, har handlet utilbørligt over for medarbejderne og dermed misbrugt sin ledelsesret.

Arbejdsretten frifinder derfor indklagede.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Dansk Arbejdsgiverforening for DI for JKS A/S frifindes.

I sagsomkostninger skal Fagbevægelsens Hovedorganisation for Dansk EI-Forbund og Fagligt Fælles Forbund inden 14 dage efter afsigelsen af denne dom betale 2.000 kr. til Arbejdsretten.

Lars Hjortnæs