

KENDELSE

i

Faglig voldgiftssag FV 2018.0163

FOA

som mandatar for

A

(advokat Berit Lassen)

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

som mandatar for

X

(jurist Michaela Strand)

1. Tvisten

Sagen angår, om det var berettiget at bortvise A, og om klager har udvist passivitet.

2. Påstande

Klager har nedlagt påstand om, at indklagede, X, til A skal betale 88.468,24 kr. i erstatning for manglende løn i opsigelsesperioden med procesrente fra den 28. juni 2016.

Indklagede har påstået frifindelse.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 29. maj 2019 kl. 10.00 med højesteretsdommer Marianne Højgaard Pedersen som formand og opmand og som sidedommere juridisk konsulent Mathilde Bak og juridisk konsulent Camilla Bolvig Cazal, begge udpeget af klager, og chefkonsulent, advokat Katja Holbech Mårtensen og advokat Jesper Hollegaard, begge udpeget af indklagede.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af A, klagers tidligere kollega B, faglig konsulent i FOA, C, og daglig leder hos indklagede D.

Da der ikke kunne opnås flertal for en afgørelse af sagen under voteringen, er afgørelsen truffet af opmanden.

Parterne er enige om, at sagen kan afsluttes ved kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og fuldstændig gengivelse af forklaringerne.

4. Overenskomst

Det fremgår af § 52 om Faglig strid i Pleje og Omsorg Overenskomsten 2014-2017, indgået mellem DI Overenskomst II og FOA, og som var gældende på bortvisningstidspunktet, at Normen for behandling af faglig strid er gældende.

Af Normen fremgår indledningsvis, at DA og LO har vedtaget følgende almindelige regler for behandlingen af faglig strid.

Det er af væsentlig betydning for det danske arbejdsmarked, at uoverensstemmelser søges løst ved forhandling og mægling. DA og LO anerkender derfor, at uoverensstemmelser søges løst ved forhandling og mægling. DA og LO anbefaler derfor, at uoverensstemmelser i videst muligt omfang behandles så tæt på de involverede parter som muligt, og at der i den forbindelse kan træffes hurtige og mindelige løsninger.

Et hurtigt og effektivt partssystem nødvendiggør endvidere, at parterne tilstræber uden unødigt ophold at behandle og videreføre uoverensstemmelser, indtil der er fundet en løsning.

I § 10 om faglig voldgift er der ikke fastsat frist for begæring om faglig voldgift. I § 7, stk. 3, er der en frist på 15 arbejdsdag for afholdelse af organisationsmøde efter begæringens modtagelse i den modstående organisation.

5. Parternes argumenter

Klager har navnlig gjort gældende, at der ikke er udvist passivitet fra klagers side, da sagen er forfulgt løbende og dermed uden ugrundet ophold. Sagen har løbende været genstand for forhandlinger og har aldrig været opgivet. Klager har gjort indklagede opmærksom på kravet og viljen til at gøre kravet gældende, jf. herved Bo von Eyben: Forældelse, s 31, Jens Ravnkilde: Passivitet, s 61 og 63, kendelse af 20. februar 2019 i FV 2017.0106 og Arbejdsrettens afgørelse af 6. maj 2019 i sag AR 2018.0218. Normen for behandling af faglig strid har ikke frister for begæring om videreførelse af sager for faglig voldgift.

Det er indklagede, der har bevisbyrden for, at bortvisningen var berettiget. Som anført af Lars Svenning Andersen i Funktionærret, s 942, må der ved bortvisning med henvisning til et så alvorligt forhold ikke herske nogen tvivl om rigtigheden af det påberåbte forhold. I Faglig Voldgiftskendelse af 16. maj 1988 blev en bortvisning kendt uberettiget i en situation, hvor medarbejderen var blevet frifundet for tyveri. Der kan endvidere henvises til Faglig Voldgiftsrets kendelse af 24. februar 1986 og Tilkendegivelse i Faglig Voldgift FV 2014.0127. A er blevet frifundet for tyveri og kan derfor ikke bortvises med den begrundelse. Den indklagede virksomhed har ikke undersøgt forholdet godt nok, inden man skred til bortvisning, og virksomheden har ikke givet A tilstrækkelig mulighed for at forklare sig. Hun blev chokeret over beskyldningen og fik ikke efterfølgende mulighed for at forsvare sig.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at Normen for behandlingen af faglig strid er gældende. Selv om der ikke er en særlig frist for indbringelse for faglig voldgift, fremgår det klart af normen, at sager om uberettiget afskedigelse skal behandles uden ugrundet ophold. Det har langt fra været tilfældet i den foreliggende sag. Der kan henvises til kendelse af 24. januar 2010 i FV 2009.0150 og Østre Landsrets ankedom af 22. april 1998 i 5. afd., sag B-1461-97.

Indklagede har løftet sin bevisbyrde for, at bortvisningen var berettiget på grund af mistanke om tyveri. A gav ikke arbejdsgiveren nogen plausibel forklaring på, hvorfor hun havde en hvid bluse,

der svarede til den bluse, som en klient netop havde meldt stjålet, liggende på gulvet i arbejdsvilen, når der er uniformspligt i virksomheden. Forklaringen under den senere straffesag må anses for eftertænkning. I plejebranchen er tillid mellem plejer og borger af afgørende betydning. I kendelse af 23. september 2018 i FV 2018.0011 blev en bortvisning kendt berettiget, selv om politiet havde opgivet sigtelsen for tyveri. Subsidiært er bortvisningen berettiget, fordi A har udvist så misættelig adfærd, at arbejdsgiveren med rette har mistet tilliden til hende.

6. Opmandens begrundelse og resultat

Passivitet

A blev bortvist den 28. juni 2016. FOA gjorde kort tid efter indsigelse mod opsigelsen, og efter anmodning fra klager blev der den 11. august 2016 afholdt mæglingssmøde, uden at der blev opnået enighed. Sagen afventede herefter, at straffesagen mod A blev afgjort, hvilket skete ved byrettens dom af 1. marts 2017, hvor hun blev frifundet. Der var herefter mailkorrespondance om sagen mellem organisationerne, og den 25. september 2017 blev der afholdt lokalt møde. Det er muligt, at sagen på ny blev nævnt eller drøftet under et lokalt møde den 8. december 2017. Den 8. marts 2018 anmodede FOA om uenighedsreferat med henblik på at få videreført sagen, og det blev returneret den 23. marts 2018. Den 31. oktober 2018 (modtaget den 2. november) blev der indgivet klageskrift.

Opmanden finder, at sagen ikke fra klagers side har været fremmet ”uden unødigt ophold” som foreskrevet i Regler for behandling af faglig strid. Da der ikke i disse regler er fastsat frister for anmodning om faglig voldgift, finder opmanden imidlertid, at spørgsmålet om frifindelse på grund af passivitet må afgøres efter de almindelige principper herom. Der gik ca. et år fra det sidste møde mellem parterne om sagen, inden der blev indgivet klageskrift, og på tidspunktet for klageskriftet var der forløbet næsten 2 ½ år, fra bortvisningen fandt sted. På trods heraf finder opmanden, at der ikke fra klagers side er udvist forhold, som har kunnet bibringe indklagede den berettigede forventning, at sagen var opgivet. Passivitet kan derfor ikke føre til, at indklagede skal frifindes.

Bortvisningen

Efter bevisførelsen, herunder navnlig de afgivne forklaringer, lægges følgende til grund til bedømmelsen af berettigelsen af bortvisningen:

A har forklaret bl.a., at hun blev ansat hos X den 1. marts 2016 som S på fuld tid. Hendes arbejde bestod i at køre rundt til virksomhedens kunder og yde dem den service i form af pasning og pleje, som kunderne skulle have. Hun fik stillet en arbejdsvil til rådighed, og hun havde fået udleveret arbejdstøj bl.a. i form af T-shirts med logo.

Den 28. juni 2016 besøgte hun som den første opgave en kunde, som var hjerneskadet, og som hun skulle hjælpe med at komme op og servere morgenmad. Hun havde ikke tidligere været hos den pågældende kunde om morgenen, men vel 3-4 gange tidligere blot senere på dagen. Hun havde sin ”værktøjskasse” med de ting, hun skulle bruge i løbet af dagen, med ind til kunden. Hun havde lagt sin private hvide bluse over hanken, da den var lidt fugtig efter vask. Blusen skulle hun bruge, hvis hendes arbejdsbluse blev snavset. Hun havde ikke nået at få vasket sine øvrige arbejdsbluser og havde derfor ikke flere rene. Hun forlod herefter kunden og kørte til de næste besøg. Da hun kom ud fra et besøg, stod D og E fra firmaet og ventede på hende ved bilen. D åbnede fordøren i passagersiden og hev med det samme hendes hvide bluse frem, som lå i bunden af bilen sammen med hendes madpakke og noget slik. Mens hun kørte, havde hun taget det hele ud af sin ”værktøjskasse”

og smidt det ned i bunden af bilen, da hun skulle have fat i noget, der lå nedeunder. Hun blev chokeret, da D beskyldte hende for at have stjålet blusen hos den første kunde den pågældende morgen. Hun prøvede at forklare, at det var hendes egen bluse. Under turen tilbage til kunden, hvor kunden fik blusen af D, og videre til kontoret spurgte D hende flere gange, hvorfor hun havde gjort det. Hun husker ikke, hvad hun svarede, da hun på det tidspunkt var gået i stå og ikke sagde et ord. Efter at hun på kontoret havde afleveret nøgler mv., kørte hun direkte til FOA og talte med C. Hun kan ikke huske, hvad hun sagde til ham. Hun har ikke efterfølgende givet arbejdsgiveren den forklaring, som hun afgav under straffesagen om baggrunden for, at hendes private bluse lå i arbejdsbilen.

D har forklaret bl.a., at hun den 28. juni 2016 om morgenen blev ringet op af den kunde, som A først besøgte den pågældende dag. Kvinden havde været kunde hos dem nu 12 år og havde aldrig tidligere rettet beskyldninger mod nogen hjælper. Kunden fortalte, at hun havde fået stjålet sin hvide bluse, som hun havde skyllet op, og som havde hængt på en bøjle i soveværelset. Kunden beskrev blusen detaljeret. Hun talte med sin chef om det, og det blev besluttet, at hun og E skulle køre ud til A. De ventede ved bilen, da A kom ud fra kunden. Hun havde arbejdsbluse på og arbejdskassen i hånden. De sagde, at de skulle kigge efter en nøgle i bilen. Under en madkasse lå en hvid bluse nøjagtig magen til den, som kunden havde anmeldt stjålet, på gulvet i passagersiden. Hun sagde, at hun havde frygtet at skulle finde sådan en bluse nøjagtig svarende til den, som var angivet stjålet. A sagde ikke noget, heller ikke i bilen under den videre tur. Hun spurgte A, hvorfor hun havde gjort det, og det svarede A heller ikke på. Hun har på intet tidspunkt hørt, at der skulle være tale om skiftetøj. Da de kom til kunden, genkendte kunden blusen som sin, og hun fik den udleveret. A sagde, at hun var nødt til at gå udenfor, da de var hos kunden. I bilen på vej til kontoret sagde A, om hun var klar over, hvor mange trøjer man kunne købe hos Zizzy.

På et tidspunkt under dette forløb fik A udleveret et brev, hvorefter hun blev bortvist fra sin stilling med den begrundelse, at virksomheden var blevet ringet op af en kunde til morgen, der oplyste, at A havde begået tyveri hos hende. Samme dag skrev virksomheden et nyt brev til A med en nærmere beskrivelse af forløbet den pågældende dag.

Opmanden lægger til grund, at virksomheden den 28. juni 2016 blev ringet op af en kunde, der mente, at A den pågældende morgen havde stjålet hendes hvide bluse. To ansatte fra virksomheden opsøgte herefter A, og de fandt en bluse nøjagtig svarende til den, som var angivet stjålet i bunden af arbejdsbilen. A gav ikke nogen forklaring på, hvorfor hendes private bluse lå i bunden af hendes arbejdsbil. Selv om det er forståeligt, at hun blev påvirket af situationen, finder opmanden, at hun i løbet af den pågældende dag, hvor hun fik talt med sin faglige organisation, kunne og burde have redegjort over for arbejdsgiveren for, hvordan det kunne have sin rigtighed, at en bluse svarende til den, der var angivet stjålet, blev fundet i arbejdsbilen. Uden en sådan redegørelse fra As side finder opmanden, at virksomheden har været berettiget til at bortvise hende med den begrundelse, at kundens anmeldelse af tyveri af en bluse og fundet af en tilsvarende bluse kort tid efter i bunden af arbejdsbilen udgjorde et alvorligt tillidsbrud. Det kan ikke føre til en anden bedømmelse, at A efterfølgende af flertallet i en domsmandsret blev frifundet for tyveri med den begrundelse, at disse dommere fandt, at det ikke med den til domfældelse tilstrækkelige sikkerhed var godtgjort, at hun havde stjålet blusen.

Indklagede frifindes derfor.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Dansk Erhverv Arbejdsgiver som mandatar for X, frifindes.

Hver af parterne skal betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 7. juni 2019

Marianne Højgaard Pedersen