



Udskrift af Arbejdsrettens dom af 31. maj 2016

I sag nr. AR2015.0507:

Landsorganisationen i Danmark
for
Fag og Arbejde
mod
KL
for
K

Dommere: Kim Bruhn-Petersen, Marianne Dissing, Arne Grevsen, Carsten Holm, Poul Dahl Jensen (retsformand), Arne Sørensen og Nicolai Westergaard.

Indledning

Sagen angår, om K i forbindelse med afskedigelsen af social- og sundhedsassistent A har begået brud på overenskomstens regler om fuld løn under sygdom.

Påstande

Klager, Landsorganisationen i Danmark for Fag og Arbejde, har nedlagt påstand om, at K skal betale en bod til FOA.

Indklagede, Kommunernes Landsforening for K, har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagens omstændigheder

A blev pr. 1. januar 2013 ansat som månedslønnet social- og sundhedsassistent i K med C som tjenestested. I starten af december 2013 meddelte hun sin leder, B, at hun skulle opereres i sine hofter i løbet af foråret 2014.

I en mail af 4. december 2013 fra B til A var bl.a. anført:

”Du har informeret mig om, at du er tilbudt operation, engang til foråret og at dette vil betyde at du vil være sygemelding i en periode på 8 til 9 mdr. Som jeg fortalte i telefonen vil det være en så lang periode, at det er forstyrrende for driften på C på en sådan måde, at jeg vil være nød til at indstille dig til afskedigelse.
Når du får den endelige indkaldelse bedes du kontakte mig for et møde om ovenstående.”

Den 18. december 2013 blev der holdt et møde mellem A og B om sagen. I det interne referat af mødet hedder det:

”Møde mellem A og B. D deltager som bisidder.

A fortæller at hun skal opereres i foråret 2014 og at denne operation vil betyde et sygefravær på 8-9 måneder.

Jeg informerer A at hun må indstille sig på en opsigelse i perioden, da det ellers vil få store drift forstyrrelser for organisationen.

Jeg fortæller A at hun er en loyal og god medarbejder og at når hun er rask kan vende tilbage til sit job.

Vi aftaler at holde et møde lige så snart at A har modtaget dato for operation.”

Den 31. marts 2014 blev A indkaldt til indlæggelse den 28. april 2014 med henblik på en planlagt operation dagen efter. K partshørte ved brev af 10. april 2014 A om påtænkt afskedigelse. I Ks høringsbrev var bl.a. anført:

”Begrundelsen for din påtænkte afskedigelse er, at du har oplyst, at du er indkaldt til operation den 28. april 2014 med et forventet sygefravær herefter på 8-9 måneder.

På den baggrund skal K meddele dig, at et forventet sygefravær på 8-9 måneder ikke kan forenes med centrets fortsatte planlægning og drift, hvorfor en afskedigelse iværksættes.”

FOA K svarede ved brev af 24. april 2014 på As vegne. I høringsvaret var bl.a. anført:

”I begrundet den påtænkte opsigelse med et forventet sygefravær på 8-9 måneder som ikke kan forenes med centrets fortsatte planlægning og drift. Vi stiller os noget uforstående overfor denne argumentation. C har netop med As meget tidlige udmelding allerede først i december 2013 haft alle muligheder for at planlægge de driftsmæssige forstyrrelser ved at ansætte vikar m.m.

FOA finder det usagligt at K lægger vægt på, at man forventer et sygefravær på 8 til 9 måneder. På nuværende tidspunkt er dette blot et estimat fra lægernes side. Ingen kan sige noget med sikkerhed før A er opereret.”

Ved brev af 29. april 2014 blev A opsagt med 3 måneders varsel til fratræden den 31. juli 2014.

Afskedigelsen blev forhandlet lokalt på et møde den 2. juni 2014 med repræsentanter fra FOA og K. Enighed mellem parterne kunne ikke opnås.

I mail af 16. juli 2014 meddelte A B, at hun forventede at være fuldt arbejdsdygtig igen fra den 1. september 2014. På denne baggrund blev der den 13. august 2014 afholdt et møde. Af et mødereferat udarbejdet af Ks personaleafdeling fremgår bl.a.:

”Emne: Lokal forhandling om afskedigelse og genansættelse af A.

Sted: K Rådhus

Dato: 13. august 2014.

Deltagere: A, E, B og F.

A har i en mail af 16. juli 2014 meddelt, at hun er raskmeldt fra den 1. september 2014. A oplyser til dagens møde, at hendes genoptræning forløber godt og, at hun er fuld arbejdsdygtig fra 1. september 2014.

Parterne har på den baggrund drøftet vilkårene for As genansættelse på C.

Artikel i FOA-bladet

...

Vilkår for genansættelse

Parterne er enige om, at A genansættes og fortsætter sit arbejde på C fra den 1. september 2014. Den endelige vagtplan foreligger ikke på nuværende tidspunkt, men aftales nærmere mellem A og B.

A genansættes på samme vilkår, som eksisterede på fratrædelsestidspunktet den 31. juli 2014. Det betyder blandt andet, at lønniveau og optjent anciennitet bibeholdes.

Parterne er fortsat uenige om det principielle i afskedigelsen, men er enige om, at begge parter skal være loyale over for den indgåede aftale og kigge positivt fremad.

Sagen afsluttes hermed og nærværende aftale er til endelig og fuld afgørelse af alle krav parterne imellem, herunder forvaltningsretligt, ansættelsesretligt, civilretligt m.m.”

Specialkonsulent F fra K fremsendte den følgende dag mødereferatet til E, afdelingsformand for FOA K, til gennemlæsning og underskrift. I svarmail af 15. august 2014 anførte E bl.a. følgende:

”Mødereferatet fremstår som ”lokal forhandling om afskedigelse og genansættelse af A ..”, dette er misvisende, da afskedigelsen allerede har været forhandlet og er begæret indbragt for et afskedigelsesnævn. Vi drøftede heller ikke afskedigelsen på mødet den 13. august, og det fremgår da også af dit referat, at det kun er vilkårene for As genansættelse der er drøftet.

...

Der er i slutningen af referatet indskrevet, at sagen afsluttes med nærværende aftale til endelig og fuld afgørelse. Som nævnt drøftede vi på intet tidspunkt den tidligere foretagne afskedigelse, som nu behandles af hovedforbundet. Vi accepterer derfor ikke det sidste afsnit i referatet. Vores forhandling omhandlede alene genansættelsen af A.”

I en mail senere samme dag (den 15. august 2014) meddelte F, at genansættelse af A forudsatte, at sagen kunne afsluttes, og at K ikke kunne indgå en aftale om genansættelse på

nuværende tidspunkt, i det omfang FOA fortsat ønskede at videreføre sagen i et afskedigelsesnævn.

Da FOA fastholdt, at man ønskede at videreføre sagen ved et afskedigelsesnævn, strandede forhandlingerne mellem parterne.

Den 1. oktober 2014 tiltrådte A en stilling i en anden kommune.

Den 10. december 2014 blev sagen forhandlet mellem Kommunernes Landsforening, K og FOA. I referatet fra mødet hedder det bl.a.:

”FOA har ved skrivelse af 23. juni 2014 anmodet om, at Ks opsigelse af A indbringes for et afskedigelsesnævn i henhold til overenskomstens bestemmelser herom. Sagen har været lokalt forhandlet den 2. juni 2014 uden at enighed kunne opnås.

Sagens omstændigheder:

A er opsagt efter forudgående høring ved skrivelse af 29. april 2014 med et varsel på 3 måneder til fratræden med udgangen af juli måned 2014. Begrundelsen herfor er de driftsmæssige forstyrrelser hendes langvarige forventede sygefravær på anslået – efter hendes oplysninger – ca. 8-9 måneder.

Sagen forhandlede.

FOA oplyste, at man har oversendt sagen til LO idet man vurderer, at der er begået overenskomstbrud fra kommunens side i forbindelse med afskedigelsen. FOA foreslog således, at sagen burde forliges med dels en ordensbod og en godtgørelse til pågældende for usaglig opsigelse.

Enighed kunne ikke opnås.

FOA forbeholdt sig at videreføre afskedigelsen ved et afskedigelsesnævn samt ved arbejdsretten som overenskomstbrud.

KL og K afventer indkaldelse til fællesmøde fra LO samt klageskrift.”

Fællesmøde blev afholdt den 3. februar 2015. Enighed kunne ikke opnås, og LO og FOA forbeholdt sig at videreføre sagen ved henholdsvis Arbejdsretten og Afskedigelsesnævn.

Sagen er indbragt for Arbejdsretten ved klageskrift af 9. september 2015. Sagen er ikke indbragt for et afskedigelsesnævn.

Overenskomstgrundlag

Overenskomsten for social- og sundhedspersonale indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 10. Funktionærlov

For social- og sundhedspersonalegælder vilkår efter Funktionærlovens bestemmelser, medmindre der er aftalt afvigelser herfra, jf. § 21. Opsigelse og § 22. Øvrige ansættelsesvilkår (månedslønnede).

Bemærkning:

Ansatte, som ikke er omfattet af Funktionærlovens anvendelsesområde, er tillagt funktionærstatus ved aftale. Bestemmelsen betyder eksempelvis, at alle månedslønnede ansatte har ret til løn under fravær på grund af sygdom (jf. Funktionærlovens § 5), fratrædelsesgodtgørelse (jf. funktionærlovens § 2 a) samt efterløn (Jf. Funktionærlovens § 8).

...

...

§ 21. Opsigelse

...

Stk. 4

Organisationen kan kræve sagen forhandlet med afskedigelsesmyndigheden, hvis organisationen skønner, at afskedigelsen ikke kan anses for rimeligt begrundet i den ansattes eller kommunens/institutionens forhold.

Organisationen kan kræve forhandlingen afholdt inden for en frist af 1 måned efter afsendelsen af den i stk. 3 nævnte meddelelse.

Stk. 5

Hvis den ansatte har været uafbrudt beskæftiget i kommunen i mindst 8 måneder på det tidspunkt, hvor opsigelsen meddeles, kan FOA – Fag og Arbejde kræve sagen indbragt for et afskedigelsesnævn, hvis der ikke kan opnås enighed ved en forhandling efter stk. 4. Et sådant krav skal fremsættes overfor kommunen inden for 1 måned efter forhandlingen med kopi til KL.

Stk. 6

Et afskedigelsesnævn består af 5 medlemmer, hvoraf 2 udpeges af KL og 2 af FOA – Fag og Arbejde, hvorefter disse i forening peger på en opmand. ...

Stk. 7

Afskedigelsesnævnet fastsætter selv sin forretningsorden. For nævnet kan afhøres parter og vidner. Nævnet afsiger en motiveret kendelse. Hvis nævnet finder, at opsigelsen ikke er rimeligt begrundet i den ansattes eller kommunens forhold, kan det pålægges kommunen, hvis den ansatte og kommunen ikke begge ønsker ansættelsesforholdet opretholdt, at afbøde virkningerne af opsigelsen ved fastsættelse af en godtgørelse. Størrelsen af godtgørelsen fastsættes af nævnet, som skal tage hensyn til sagens omstændigheder og til, hvor længe ansættelsesforholdet har varet. Godtgørelsen kan maksimalt fastsættes til sædvanlig løn for en periode svarende til det dobbelte af arbejdsgivers opsigelsesvarsel over for den ansatte. ...”

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun fik smerter i hofterne i 2013. Det var meningen, at hun skulle opereres i begge hofter, og lægen på Rigshospitalet havde sagt, at det normalt ville tage 8-9 måneder at komme tilbage efter en operation i begge hofter. Det er rigtigt, at B på mødet den 18. december 2013 sagde, at hun kunne vende tilbage til sit job, når hun var rask igen. Hun valgte kun at blive opereret i højre hofte, og da genoptræningen også gik godt, var hun

allerede klar til at arbejde igen den 1. september 2014. D havde tidligere været sygemeldt i 1½ år uden at blive afskediget.

E har forklaret bl.a., at hun er formand for FOA, K. Hun har tidligere været ansat som sygehjælper i fysioterapien på K Sygehus. Når hun i høringssvaret af 24. april 2014 har taget forbehold for det forventede sygefravær skyldes det, at hun vidste, at tidsforløbet ville være individuelt. Afskedigelses sagen blev videresendt til FOA i København med henblik på at blive indbragt for et afskedigelsesnævn. Mødet den 13. august 2014 angik derfor kun spørgsmålet om genansættelse af A, idet afskedigelses sagen var ude af deres hænder.

F har forklaret bl.a., at han er specialkonsulent i Ks HR-afdeling. C er en arbejdsplads med ca. 60 medarbejdere, herunder 20 sosu-assistenten. Han blev involveret tidligt i sagen, formentlig allerede i december 2013. As arbejde blev de første par måneder efter sygemeldingen udført af en vikar, og efter ca. 3 måneder (i august 2014) blev arbejdet overtaget en af fast ansat sosu-assistent. Fastansatte har bl.a. i kraft af deres kendskab til beboerne en højere kvalitet i deres arbejde. Ledelsen på C var glade for A, og man ville gerne genansætte hende i en anden stilling.

Parternes anbringender

Klager, Landsorganisationen i Danmark for FOA, har gjort gældende, at afskedigelsen af A som følge af hendes forestående sygefravær er overenskomststridig og udgør et brud på overenskomstens § 10, hvorefter sygdom er lovligt forfald, og arbejdsgiver er forpligtet til at betale fuld løn under sygdom. Dette brud er uafhængigt af den individuelle godtgørelse, som kan tilkendes A ved et afskedigelsesnævn, hvis nævnet finder, at opsigelsen ikke var rimeligt begrundet, jf. overenskomstens § 21, stk. 7. Der er tale om to forskellige krænkelser på to forskellige retsgrundlag, og de bedømmes i henholdsvis den foreliggende arbejdsretssag og den sag om afskedigelses urimelighed, som er lagt an til at blive rejst ved et afskedigelsesnævn. Der kan herved henvises til Arbejdsrettens afgørelse af 12. januar 2009 i sag AR 2008.613: LO for Dansk Metal mod DA for Dansk Byggeri for KLU Materiel Nord A/S, og til Afskedigelsesnævnets kendelse af 26. juni 2009 i sag 2009.0111. Begge sager havde baggrund i samme afskedigelse, og ved Arbejdsrettens afgørelse blev KLU idømt en bod på 50.000 kr. for overenskomstbrud, og ved Afskedigelsesnævnets efterfølgende kendelse blev KLU dømt til at betale en godtgørelse på 100.000 kr. for usaglig afskedigelse.

Selve overenskomstbruddet består i, at K meddelte, at A skulle afskediges på grund af forestående sygefravær, hvis udstrækning ikke var bestemt, men samtidig tilkendegav, at hun ville blive genansat straks efter, hun blev raskmeldt. Kommunen ønskede altså at undgå at betale fuld løn under sygdom, men ønskede samtidig at gøre brug af As arbejdskraft efter sygeperiodens afslutning. FOA havde i den forbindelse gjort opmærksom på, at der ikke før operationen kunne siges noget konkret om sygefraværets varighed, og sygefraværet viste sig også reelt kun at vare 4 måneder, og ikke som først antaget 8 måneder. Sygefraværets reelle længde var klart for parterne inden udløbet af As opsigelsesvarsel. Det tilbud om genansættelse, der blev fremsat i forbindelse med opsigelsen, understøtter, at der er tale om et overenskomststridigt motiv. En arbejdsgiver må tåle gener og forstyrrelser på grund af sygdom. Dette gælder i hvert fald i et tilfælde som det foreliggende, hvor A orienterede sin arbejdsgiver om sygefraværet i god tid inden, således at der var mulighed for at tage højde for det i planlægningen.

A er ikke funktionær i funktionærlovens forstand, og hendes ret til løn under sygdom følger af overenskomstens § 10. Dette er en materiel overenskomstregel og ikke blot en neutral henvisning til en lovregel, der allerede er gældende for ansættelsesforholdet. Brud på reglen er derfor bodspådragende for K. Sygdom er ifølge overenskomsten lovligt forfald og kan derfor ikke i sig selv begrunde en afskedigelse. Det bestrides imidlertid ikke, at fravær på grund af lovligt forfald kan få et omfang, der gør en afskedigelse rimelig. Det er en bedømmelse, der foretages af et afskedigelsesnævn.

Indklagede, KL for K, har til støtte for påstanden om frifindelse gjort gældende, at det ikke er i strid med funktionærlovens § 5, stk. 1 – og dermed heller ikke i strid med overenskomstens § 10 – at afskedige en medarbejder på grund af sygdom og de driftsmæssige forstyrrelser, der er forbundet hermed. Det er heller ikke i strid med de nævnte regler at afskedige en medarbejder på grund af meddelt og forventet/skønnet væsentligt sygefravær, jf. herved Henrik Karl Nielsen: Funktionærloven, 6. udgave, 2013, side 278-280.

Efter § 21, stk. 7, i parternes overenskomst behandles spørgsmålet om retmæssigheden af en afskedigelse i et afskedigelsesnævn, og en afskediget medarbejder kan efter omstændighederne tilkendes en godtgørelse, hvis afskedigelsen har været usaglig. Dette retsmiddel gør op

med eventuelle mangler i forbindelse med en afskedigelse, jf. herved U 2009.1251 H, hvor der ved tilkendelse af en godtgørelse også var taget højde for forvaltningsretlige mangler i forbindelse med den pågældende afskedigelse. I hvert fald må det være en forudsætning for overhovedet at overveje overenskomstbrud og bod, at det ved et afskedigelsesnævn er fastslået, at afskedigelsen ikke er sagligt begrundet. Og har den afskedigede krav på godtgørelse, hvilket som nævnt afgøres ved et afskedigelsesnævn, skal der noget særligt til for yderligere at idømme arbejdsgiveren en bod, jf. herved Jens Kristiansen: Den kollektive arbejdsret, 3. udgave, 2014, side 621.

Afgørelsen af, om Ks opsigelse af A er saglig, henhører således under et afskedigelsesnævn, og hvis nævnet kommer til, at opsigelsen er saglig, følger det umiddelbart heraf, at der ikke længere skal betales løn, heller ikke løn under sygdom, når ansættelsesforholdet ved opsigelsesperiodens udløb er ophørt. Siden fællesmødet den 3. februar 2015, hvor FOA forbeholdt sig at videreføre sagen ved et afskedigelsesnævn, er der intet sket i den relation. Klager har alene indbragt sagen for Arbejdsretten, men ikke for et afskedigelsesnævn.

K har ikke omgået forpligtelsen til at betale løn under sygdom. K betalte A løn under sygdom i perioden 28. april 2014 og frem til hendes fratreden den 31. juli 2014 i overensstemmelse med overenskomstens og funktionærlovens bestemmelser herom. Det forhold, at A på mødet den 18. december 2013 fik at vide, at hun kunne blive genansat, når hun var rask igen, er udtryk for en imødekommenhed i videre grad, end K var forpligtet til, og Ks ageren kan ikke udgøre et overenskomstbrud.

Arbejdsrettens begrundelse og resultat

Parterne er enige om, at afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt afskedigelsen af A er saglig, henhører under et afskedigelsesnævn, jf. overenskomstens § 21, stk. 5-7. Arbejdsretten kan således ikke – heller ikke præjudicielt – tage stilling til retmæssigheden af afskedigelsen.

Klagers påstand om bod forudsætter således, at der kan udskilles et spørgsmål om overenskomstbrud, der kan afgøres uafhængigt af, om afskedigelsen er saglig eller usaglig.

Kernen i klagers anbringender til støtte for påstanden er, at K ved at afskedige A efter klagers opfattelse har overtrådt pligten efter overenskomstens § 10 til at betale fuld løn under sygdom.

Klager finder bevismæssigt grundlag for dette synspunkt i, at B på et møde den 18. december 2013 havde tilkendegivet, at A kunne vende tilbage til sit job, når hun blev rask igen. Klager har på den baggrund anført, at K ønskede at undgå at betale fuld løn under sygdom, men ønskede samtidig at gøre brug af arbejdskraften efter sygeperiodens afslutning.

Pligten til at betale løn under sygdom forudsætter, at der består et ansættelsesforhold. Er ansættelsesforholdet bragt til ophør, gælder pligten ikke længere. K har betalt A fuld løn under sygdom frem til opsigelsesperiodens udløb den 31. juli 2014. Som sagen foreligger for Arbejdsretten, må det lægges til grund, at ansættelsesforholdet er ophørt pr. denne dato. Det forhold, at K i forbindelse med afskedigelsen havde tilbudt A genansættelse, når hun var rask igen, ændrer ikke herpå. Det bemærkes herved, at hun ikke havde pligt til at lade sig genansætte, hvilket heller ikke skete, idet hun pr. 1. oktober 2014 tiltrådte en stilling i en anden kommune.

På den baggrund finder Arbejdsretten, at K ikke har overtrådt overenskomstens § 10 ved ikke at have udbetalt løn under sygdom til A i tiden efter den 31. juli 2014.

Indklagedes påstand om frifindelse tages allerede af den grund til følge.

Thi kendes for ret:

K frifindes.

I sagsomkostninger for Arbejdsretten skal Landsorganisationen i Danmark for Fag og Arbejde inden 14 dage efter afsigelsen af denne dom betale 2.000 kr. til Arbejdsretten.

Poul Dahl Jensen