

**Tilkendegivelse**

**i**

**faglig voldgift nr. FV2016.0090**

**KA Pleje**

**(advokat Steen Elkjær Jørgensen)**

**mod**

**FOA**

**(advokat Peter Nisbeth)**

## 1. Tvisten

Det fremgår af § 40, stk. 3, i overenskomsten mellem KA Pleje og FOA, at tillidsrepræsentanten – såfremt en sygemeldt medarbejder indkaldes til en sygefraværssamtale – efter medarbejderens ønske skal indkaldes som bisidder i samtalen.

Sagen angår, om denne bestemmelse udtømmende gør op med, hvilken person en medarbejder kan vælge som bisidder under en sygefraværssamtale, eller om medarbejderen har ret til at tage en bisidder efter eget valg, f.eks. en repræsentant fra den lokale FOA-afdeling, med under sygefraværssamtalen.<sup>1</sup>

Sagen udspringer efter det oplyste af en konkret sag, hvor et medlem af FOA ikke ønskede sin tillidsrepræsentant men derimod en repræsentant fra den lokale FOA-afdeling som bisidder til en sygefraværssamtale.

## 2. Påstande

Klager, KA Pleje, har nedlagt påstand om, at FOA skal anerkende, at medarbejdere på virksomheder omfattet af overenskomsten mellem KA Pleje og FOA ikke har krav på at kunne medbringe bisidder efter eget valg ved sygefraværssamtaler.

---

<sup>1</sup>Det falder uden for denne sag at tage stilling til, om de forvaltningsretlige regler og grundsætninger, herunder forvaltningslovens § 8 om repræsentanter og bisiddere mv., gælder for den pågældende virksomhed. Jeg bedømmer derfor ikke spørgsmålet om ret til bisidder efter disse regler og grundsætninger. Om forvaltningslovens anvendelsesområde henvises til lovens § 1. Jeg henviser endvidere til § 43, stk. 1, i lov om retssikkerhed og administration på det sociale område, hvor det hedder bl.a.:

”Når en myndighed overlader opgaver efter lov om aktiv socialpolitik, lov om aktiv beskæftigelsesindsats, dagtilbudsloven, lov om sygedagpenge, lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel og lov om social service til andre end offentlige myndigheder, er disse omfattet af reglerne i forvaltningsloven og lov om offentlighed i forvaltningen ... i forhold til den opgave, der udføres. ...”

Parterne er enige om, at voldgiftsretten skal fortolke sygedagpengelovens § 7 a med hensyn til spørgsmålet, om en medarbejder har ret til at have en bisidder efter eget valg med til en sygefraværssamtale, og at voldgiftsretten i øvrigt skal bedømme spørgsmålet efter ansættelsesretlige og kollektivarbejdsretlige regler og grundsætninger mv., herunder ved en fortolkning af parternes overenskomst.

Indklagede, FOA, har påstået frifindelse.

### **3. Sagens behandling**

Sagen blev mundtligt forhandlet den 30. november 2016 hos FOA, Stauning Plads 1-3, 1790 København V, for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: Juridisk konsulent Rikke Nissen Foss og advokat Inge Therese Bilgrav Stisen.

Udpeget af indklagede: Chefjurist, advokat Ettie Trier Petersen og konsulent Michaela Strand.

Som opmand deltog højesteretsdommer Oliver Talevski.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af Bjørn Carlsen, Mumme Thing, Kim Herping Andersen og Susanne Yesilmen. Det er aftalt med parterne, at forklaringerne ikke gengives i denne tilkendegivelse.

Sagen blev fra klagers side procederet af advokat Steen Elkjær Jørgensen og fra indklagedes side af advokat Peter Nisbeth.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller et flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten. Jeg tilkendegav herefter mundtligt min opfattelse af sagen, hvorefter indklagede ville blive frifundet, hvis der skulle afsiges kendelse i sagen. Tilkendegivelsen blev taget til efterretning, og kendelse blev frafaldet. Parterne anmodede om, at min tilkendegivelse (med fornøden begrundelse) blev udformet skriftligt.

### **4. Retsgrundlag mv.**

#### *4.1. Overenskomsten*

I § 40 i parternes overenskomst er der fastsat følgende:

”§ 40. Sygdom

### Stk. 1 – Månedslønnede

Månedslønnede medarbejdere er omfattet af funktionærlovens § 5.

### Stk. 2 – Timelønnede

Timelønnede medarbejdere er omfattet af sygedagpengeloven.

### Stk. 3 – Bisidder

Såfremt en sygemeldt medarbejder indkaldes til en sygefraværssamtale, skal tillidsrepræsentanten efter medarbejderens ønske indkaldes som bisidder i samtalen.”

Bestemmelsen i stk. 3 kom ind i overenskomsten i 2014 efter ønske fra FOA. I protokollat nr. 15 af 28. april 2014 om tillidsrepræsentanter står der bl.a.:

”Det er afgørende for overenskomstens praktiske anvendelse, at tillidsrepræsentantinstitutionen fungerer godt, og at rammerne beforder et godt samarbejde mellem ledelsen og tillidsrepræsentanten.

På virksomheder, hvor der vælges en tillidsrepræsentant, skal parterne derfor snarest efter valget aftale vilkårene for hvervets nærmere udøvelse. Ledelsen og tillidsrepræsentanten opfordres i den sammenhæng til at drøfte samarbejdsform, forventet tidsforbrug samt anvendelse af nødvendige arbejdsredskaber. Såfremt der ikke kan opnås enighed ved drøftelsen, kan tillidsrepræsentanten inddrage den lokale FOA-afdeling.”

Dette protokollat blev indsat i overenskomsten (§ 51, stk. 4).

#### 4.2. Sygedagpengeloven mv.

Ved lov nr. 480 af 12. juni 2009 blev der i sygedagpengeloven indsat et kapitel 5 a om arbejdsgivers opfølgning, og i § 7 a blev der fastsat følgende:

”§ 7 a. Arbejdsgiveren skal indkalde en sygemeldt lønmodtager til en personlig samtale om, hvordan og hvornår lønmodtageren kan vende tilbage til arbejdet. Samtalen skal holdes senest 4 uger efter den første sygedag. Arbejdsgiveren skal på baggrund af samtalen give oplysninger til kommunen, jf. stk. 4.

*Stk. 2.* Giver sygdommen eller praktiske omstændigheder ikke mulighed for en personlig samtale, holdes samtalen så vidt muligt telefonisk. Lønmodtagerens manglende medvirken i samtalen har ikke konsekvenser for retten til sygedagpenge.

*Stk. 3.* Arbejdsgiveren har ikke pligt til at indkalde til samtale, hvis lønmodtageren er i opsagt stilling og fratræden sker inden 8 uger efter den første sygedag.

*Stk. 4.* Beskæftigelsesministeren fastsætter regler om anvendelsen af stk. 1-3, herunder om, hvilke oplysninger arbejdsgiveren skal give til kommunen, og om, hvornår og hvordan oplysningerne skal gives.

*Stk. 5.* Der kan ved kollektiv overenskomst eller aftale fastsættes retningslinjer for afholdelsen af de personlige samtaler, der er nævnt i stk. 1, herunder retningslinjer, der fraviger stk. 2, 1. pkt., og stk. 3.”

Ved lov nr. 154 af 28. februar 2012 blev § 7 a, stk. 1, 3. pkt., og § 7 a, stk. 4, ophævet. § 7 a, stk. 5, blev herefter § 7 a, stk. 4.

Af bemærkningerne til § 7 a, stk. 5 (nu stk. 4) fremgår bl.a. (lovforslag nr. L 165 af 12. marts 2009):

”Med bestemmelsen ændres der ikke ved gældende ansættelsesretlig regulering. Eksempelvis vil overenskomstbestemmelser om sygemelding, arbejdsgivers adgang til at kræve lægeerklæring mv. samt helbredsoplysningslovens bestemmelser om, hvad en arbejdsgiver kan anmode om af oplysninger om sygdom og symptomer herpå, således fortsat være gældende. Medarbejderen vil ligeledes under samtalen kunne lade sig bistå af tillidsrepræsentant eller anden bisidder.”

I et notat af 13. marts 2009 om høringssvarene vedrørende et udkast til forslag til lov om ændring af lov om sygedagpenge mv. skriver Beskæftigelsesministeriet bl.a. (notatet s. 10):

”Forslaget ændrer ikke på gældende ansættelsesretlig regulering. De ansættelsesretlige regler gælder således parallelt – som hidtil – uafhængig af reglerne i sygedagpengeloven. Det betyder fx, at lønmodtageren kan lade sig bistå af tillidsrepræsentant eller anden bisidder i sygefraværssamtalen. Det findes ikke hensigtsmæssigt at referere de ansættelsesretlige regler i lovforslaget. Det er dog taget med i bemærkningerne som et eksempel, at lønmodtageren under samtalen kan lade sig bistå af tillidsrepræsentant eller anden bisidder.”

KA Pleje har under sagen ved brev af 8. juni 2016 rettet henvendelse til Beskæftigelsesministeriet med anmodning om svar på to spørgsmål. Henvendelsen skete uden aftale med FOA, som derfor ikke har haft indflydelse på formuleringen af henvendelsens indhold.

I et svar af 2. september 2016 fra Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering (STAR) hedder det bl.a.:

”STAR kan i anledningen af spørgsmålet [spørgsmål 1] oplyse, at det, som det også fremgår af lovbemærkninger, ikke var intentionen med bestemmelsen at

ændre den gældende ansættelsesretlige regulering, herunder reguleringen af retten til at benytte bisidder ved sygefraværssamtaler.

...

STAR kan i anledningen af spørgsmålet [spørgsmål 2] oplyse, at det efter styrelsens opfattelse ikke efter gældende ansættelsesretlig regulering er nogen generel ret for medarbejdere til at kræve bistand af en bisidder ved en sygefraværssamtale. Styrelsen skal gøre opmærksom på, at en sådan ret kan følge af speciel lovgivning, fx efter forvaltningsretlig regulering for så vidt angår ansættelser i det offentlige, eller af aftale, fx af en kollektiv overenskomst.”

## **5. Parternes anbringender i hovedtræk**

*KA Pleje* har anført navnlig, at det kræver hjemmel, hvis en medarbejder efter eget valg skal have en bisidder med til en sygefraværssamtale.

Sygedagpengelovens § 7 a indeholder ikke en sådan hjemmel. Det, som er anført i forarbejderne til sygedagpengelovens § 7 a, stk. 4, kan ikke føre til et andet resultat.

Et ansættelsesforhold er af personlig karakter, og det er derfor alene ansættelsesforholdets parter, der som udgangspunkt kan deltage i møder vedrørende ansættelsesforholdet. Det følger endvidere af ledelsesretten og af den private ejendomsrets ukrænkelighed, at en virksomhed bestemmer, hvem der skal deltage i en sygefraværssamtale, og hvem der skal have adgang til virksomhedens lokaler. En fravigelse heraf må kræve en klar og utvetydig hjemmel.

Det er *KA Plejes* medlemsvirksomheders fælles erfaring, at deltagelse af en ansat fra en fagforening i en sygefraværssamtale kan skabe et modsætningsforhold og kan være kontraproduktivt.

Overenskomstens § 40, stk. 3, skal herefter forstås således, at medarbejderen kun kan kræve tillidsrepræsentanten som bisidder ved afholdelse af sygefraværssamtaler.

FOA har anført navnlig, at det er en grundlæggende rettighed for en medarbejder at vælge bisidder i samtalsituationen, navnlig når medarbejderen er særlig sårbar på grund af en sygemelding.

Denne rettighed for medarbejderen er også kommet til udtryk i bl.a. forarbejderne til sygedagpengelovens § 7 a, stk. 4.

Det er ikke meningen med overenskomstens § 40, stk. 3, at indskrænke medarbejdernes ret til frit at vælge bisidder til en sygefraværssamtale. Bestemmelsen udspringer af ønske fra FOA, og det har ikke under forhandlingerne mellem parterne været nævnt, at bestemmelsen udtømmende regulerer, hvem der kan møde som bisidder for medarbejderen under en sygefraværssamtale.

Generelt følger det af overenskomstens regler om fredspligt og loyalitetspligt samt almindelig foreningsfrihed, at medarbejderen har ret til at organisere sig og lade sig repræsentere af sin organisation.

Det er forkert og en helt ubegrundet antagelse, at FOA's afdelinger har optrådt kontraproduktivt under sygefraværssamtaler.

## **6. Opmandens begrundelse og resultat**

6.1. Sagen angår, om § 40, stk. 3, i overenskomsten mellem KA Pleje og FOA, udtømmende gør op med, hvilken person en medarbejder kan vælge som bisidder under en sygefraværssamtale. Efter bestemmelsen skal tillidsrepræsentanten – såfremt en sygemeldt medarbejder indkaldes til en sygefraværssamtale – efter medarbejderens ønske indkaldes som bisidder i samtalen.

6.2. Bestemmelsen i § 40, stk. 3, har tilknytning til de regler om afholdelse af en sygefraværssamtale, der er fastsat i sygedagpengelovens § 7 a.

I sygedagpengelovens § 7 a er der ikke fastsat udtrykkelige regler om en medarbejders ret til at medtage en bisidder til en sygefraværssamtale. I § 7 a, stk. 4 (tidligere stk. 5), er det fastsat, at der ved kollektiv overenskomst eller aftale kan fastsættes retningslinjer om afholdelse af personlige samtaler. I bemærkninger-

ne til bestemmelsen er det anført, at der med bestemmelsen ikke ændres ved den gældende ansættelsesretlige regulering, og at medarbejderen ”ligeledes under samtalen [vil] kunne lade sig bistå af tillidsrepræsentant eller anden bisidder”. I Beskæftigelsesministeriets høringsnotat af 13. marts 2009 er det anført, at forslaget ikke ændrer på den ansættelsesretlige regulering, og at de ansættelsesretlige regler således – som hidtil – gælder parallelt uafhængigt af reglerne i sygedagpengeloven. Det tilføjes, at dette f.eks. betyder, at lønmodtageren kan lade sig bistå af tillidsrepræsentant eller anden bisidder i sygefraværssamtalen.

Jeg finder herefter, at sygedagpengelovens § 7 a ikke regulerer, om medarbejderen har ret til at lade sig bistå af en bisidder under en sygefraværssamtale. Det, som er anført i forarbejderne og i høringsnotatet, er således efter min mening alene en beskrivelse af, at det efter den ansættelsesretlige regulering mv. kan følge, at medarbejderen har ret til at have en bisidder med til sygefraværssamtalen.

6.3. Jeg finder, at § 40, stk. 3, i overenskomsten mellem parterne ikke udtømmende gør op med, hvem der efter ønske fra arbejdstageren kan deltage som bisidder i en sygefraværssamtale.

Jeg har navnlig lagt vægt på, at dette ikke fremgår af bestemmelsens ordlyd, og på, at det efter de foreliggende oplysninger om baggrunden for bestemmelsen ikke har været meningen udtømmende at gøre op medarbejderens ret til at vælge en bisidder under en sygefraværssamtale. Ifølge forklaringerne fra Bjørn Carlsen, Mumme Thing og Susanne Yesilman blev dette spørgsmål således ikke drøftet under overenskomstforhandlingerne i 2014.

6.4. En medarbejder, der er syg, kan ofte være i en sårbar situation og kan derfor have behov for, at en bisidder deltager i sygefraværssamtalen. Bisidderen kan være tillidsrepræsentanten, således som det fremgår af overenskomstens § 40, stk. 3. Men det kan ikke afvises, at medarbejderen kan have behov for, at en anden person deltager som bisidder i stedet for tillidsrepræsentanten, f.eks. en repræsentant for den lokale FOA-afdeling, som medarbejderen har tillid til.



Dette behov er selvsagt til stede i de tilfælde, hvor der er ingen tillidsrepræsentant på arbejdspladsen.

Efter min opfattelse vil det i almindelighed ikke være særligt belastende eller byrdefuldt for en arbejdsgiver at imødekomme en medarbejders ønske om at have en anden end tillidsrepræsentanten med til sygefraværssamtalen, f.eks. en repræsentant for den lokale FOA-afdeling.

Efter det anførte og henset til det forhold, at parterne i et ansættelsesforhold og i en kollektiv overenskomst har pligt til at tage rimeligt hensyn til hinandens interesser (gensidig loyalitetspligt), er det – i overensstemmelse med det, som er kommet til udtryk i forarbejderne til sygedagpengelovens § 7 a – min opfattelse, at en arbejdsgiver, der er omfattet af overenskomsten mellem KA Pleje og FOA, som udgangspunkt skal imødekomme et ønske fra en medarbejder om at tage en anden person end tillidsrepræsentanten med som bisidder til en sygefraværssamtale, f.eks. en repræsentant for den lokale FOA-afdeling. Dette udgangspunkt kan dog undtagelsesvis fraviges, eksempelvis hvis arbejdsgiveren kan påvise, at der består et sådant modsætningsforhold mellem arbejdsgiveren og den person, som medarbejderen ønsker at tage med som bisidder, at formålet med sygefraværssamtalen vil blive forspildt. I dette tilfælde må arbejdsgiveren dog imødekomme medarbejderens ønske om en anden bisidder, hvor det nævnte modsætningsforhold (eller en anden særlig grund for at modsætte sig en person som bisidder) ikke gør sig gældende.

6.5. Jeg tager herefter FOA's påstand om frifindelse til følge.

## **7. Konklusion**

FOA frifindes.

Hver part skal bære egne omkostninger ved sagens behandling og skal betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 5. december 2016

Oliver Talevski