

K E N D E L S E

i

faglig voldgiftssag FV 2018.0139

FH

for

3F

(advokat Rune Asmussen)

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

for

X-virksomhed

(advokat Jesper Schäfer Munk)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår, om det var berettiget, at den indklagede virksomhed den 12. april 2018 bortviste to medarbejdere med den begrundelse, at de var udeblevet fra en sygefraværssamtale, samt om klagerne er forpligtet til at tilbagebetale modtaget sygeløn.

2. Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1: Indklagede skal til A betale 71.131,84 kr. med rente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Påstand 2: Indklagede skal til B betale 89.422,47 kr. med rente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Klagers betalingskrav angår efterbetaling af løn i de overenskomstmæssige opsigelsesvarsler. Klager har over for indklagedes selvstændige påstande nedlagt påstand om frifindelse.

Indklagede har påstået frifindelse over for klagers påstande 1 og 2 og har nedlagt følgende selvstændige påstande:

Påstand 1: A skal til indklagede tilbagebetale 19.163,39 kr. med rente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Påstand 2: B skal til indklagede tilbagebetale 26.003,67 kr. med rente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

3. Sagens behandling ved faglig voldgift

Opmanden afsagde den 2. november 2020 følgende formalitetskendelse:

”Klager har anmodet om, at to vidner med bopæl i Rumænien under hensyn til corona-situationen afhøres med brug af telekommunikation med billede.

Indklagede har protesteret herimod med henvisning til, at vidneforklaringerne må forventes at ville have central betydning for afgørelsen i voldgiftssagen.

Hovedforhandling er berammet til den 16. december 2020.

Opmanden udtaler:

Da de pågældende vidneforklaringer vil kunne have væsentlig betydning for afgørelsen i voldgiftssagen, findes det under de foreliggende omstændigheder ikke hensigtsmæssigt og forsvarligt mod indklagedes protest, at afhøring af de to vidner finder sted med brug af telekommunikation med billede. Klagers anmodning herom imødekommes derfor ikke.

Spørgsmål om fordeling af sagsomkostninger mv. vil blive afgjort i forbindelse med afgørelsen af voldgiftssagen.”

Sagen blev mundtligt forhandlet den 16. december 2020 med højesteretsdommer Lars Hjortnæs som formand og opmand og med følgende sidedommere: Rasmus Kruse og Jesper Havn, som begge er udpeget af klager, og Steffen Kjøller Houllind og Anton Kraev, som begge er udpeget af indklagede.

Som rumænsk-dansk tolk medvirkede Florian Jensen, Tolkegruppen.

Der blev afgivet forklaring af A, B, C, D og E. Der blev endvidere bl.a. afspillet en lydoptagelse foretaget af E af dele af en telefonsamtale den 5. marts 2018 mellem ham og B.

Da der efter procedure og votering ikke var flertal for et resultat blandt de partsudpegede dommere, skal afgørelsen træffes af opmanden. Der var enighed om, at kendelsen kan udformes uden gengivelse af vidneforklaringer og fuld gengivelse af parternes argumenter.

4. Sagsfremstilling

Ægteparret A og B blev i 2012 ansat som rengøringsmedarbejdere hos den indklagede virksomhed. Ansættelseskontrakterne blev fornyet den 23. oktober 2017.

Ved enslydende breve dateret den 10. november 2017 blev de begge opsagt til fratræden den 14. marts 2018 ”grundet omlægning”. Parterne er enige om, at opsigelserne er tilbagedateret, og at opsigelserne reelt først skete i marts 2018.

Der er fremlagt billede af en SMS sendt fra daværende serviceleder i den indklagede virksomhed E til B den 5. marts 2018 kl. 5.53, hvori det hedder: ”I have papers for you”.

Som nævnt ovenfor er der under hovedforhandlingen afspillet en lydfil med en del af en telefonsamtale den 5. marts 2018 mellem E og B, og der er under sagen fremlagt en transskription heraf foretaget af E. Af transskriptionen fremgår bl.a.:

”B: Oh maybe if 3F they want nothing more but they can not they say it only to scare us or something like this

E: Yeah, but but I couldn’t tell them that I just did what you wanted me to do, so, and I told F we made the papers we signed the papers there was nothing wrong but

B: Yes of course

E: 3F says that it was a wrongful firing because you didn’t understand what you were signing, you told them

B: yeah, yes, the thing like uh, the like uh, the last time when he had told you that uh, uh you remember this, you tried to scare me or something like this

E: yeah ok

B: (*Utydeligt*) I tell you, I tell you exactly what I want to do E nothing more we make an agreement with you and with D

...

E: Ok, but we, we proceed with the firing? we continue firing?

B: Yes, yes

E: Yes, ok

B: Yes, yes, yes, yes it will exactly how we speak of not any problem

E: OK super, then I call F and say that he should just tell 3F to fuck off.

B: Is it the he must eh before you call F you must know exactly what to say because I tell you from the first time uhh, soon I will take this 3 months from 3F, you know , to go to Romania, and uhh normally he must say, I think like this, that it’s ok what’s happening, I don’t know and maybe E he forgot to tell me something the paper is something normal

E: Ok super

B: Yes it’s normal to speak like this oh this is not true or something like this I say to him I receive one in the mailbox because and one because I don’t find in time E’s yes but do you remember what you take or something like this sometimes I think it’s the paper, no?

E: Ok super

B: They try to make maybe something more money or I don’t know or they don’t pay me because I maybe they think I will stay home if I will take money from them no I can not stay home I will be to sick to stay home and to do nothing

E: Ok super but I’ll call F and talk to F and say we proceed with the firing.

B: Yes of course

...”.

I brev af 6. marts 2018 fra en faglig sekretær i 3F, C, til den indklagede virksomhed hedder det bl.a.:

”Krav om tilbagekaldelse af ikke forkyndt opsigelse dateret d. 10/11 2017 til afdelingens medlemmer B og A:

Jeg er i dag blevet kontaktet af ovenstående medlemmer, der oplyser, at de i går er blevet kontaktet af serviceleder E ang. det forhold, at de angiveligt i november måned sidste år skulle være blevet sagt op.

B oplyser, at hun mandag d. 5/3 kl. ca. 10 blev ringet op af E der spurgte til hende og hendes mands hjælp til oplæring af de nye ansatte på deres pladser, idet de nu her om 10 dage havde sidste arbejdsdag.

B blev meget overrasket over at høre at de ikke længere skulle arbejde for X-virksomhed og spurgte derfor E hvad årsagen til dette var.

E svarede, at de for lang tid siden havde modtaget en opsigelse med posten, hvilket B afviste.

E meddelte derefter at han var i besiddelse af virksomhedens kopi af opsigelsen som han ville komme forbi med om eftermiddagen på en af deres arbejdspladser.

...

3F kræver på baggrund af ovenstående hændelsesforløb, at der ses bort fra opsigelserne”.

I brev af 14. marts 2018 fra 3F's faglige sekretær til den indklagede virksomhed hedder det bl.a.:

”Anmodning om lokal forhandling ang. opsigelser dateret d. 10/11 2017, udleveret d. 5/3 2018, af afdelingens medlemmer B og A:

...

3F fastholder at opsigelserne hverken er rettidigt forkyndt eller sagligt begrundede, hvorfor 3F betragter ansættelsesforholdene som bestående.

På grund af ovenstående stiller B og A fortsat deres arbejdskraft til rådighed for X-virksomhed.

...”

Der er under sagen fremlagt et telefonnotat af 14. marts 2018 udarbejdet af faglig sekretær C om en telefonsamtale samme dag med F fra den indklagede virksomhed. I notatet hedder det bl.a.:

”F oplyser, at han er meget forvirret over alt dette her. Ifølge ham har B og A selv kontaktet virksomheden og bedt dem om at udfærdige en opsigelse således at de kan gå på dagpenge og rejse tilbage til Rumænien som jobsøgende.

F indrømmer blankt at opsigelsen er tilbagedateret og reelt først er udfærdiget mandag d. 5/3.

C oplyser at han har et møde med B og A klokken 13 hvor han vil foreholde dem det af X-virksomhed oplyste.

...

C ringer til F og oplyser at han nu har fået talt med B og A om hvorledes sagen forholder sig.

C oplyser, at B og A begge nægter at de skulle have bedt X-virksomhed om en tilbagedateret opsigelse og blev meget oprevet over beskyldningerne.

C uddyber med at oplyse, at B til serviceleder E og den områdeansvarlige D har oplyst, at hun og A er særdeles trætte og stressede over den behandling X-virksomhed har udvist over for dem siden 3F anlagde sag om manglende løn og pension. Hun husker at hun flere gange til E har sagt, at såfremt X-virksomhed giver hende og A et papir på at de er fyret vil hun ikke protestere da de ikke kan holde det ud længere.

...”

Der er under sagen fremlagt billede af en SMS sendt fra B til E den 14. marts 2018 kl. 15.15, hvori det hedder:

”I have to Say that Today me and A can not come to whork due to be sick severe stress from accusations made be X-virksomhed about me end A doing fraud”.

I enslydende breve af 15. marts 2018 fra X-virksomhed til B og A hedder det bl.a.:

”Du har sygemeldt dig d. 14. marts 2018. Henset til forløbet op til sygemeldingen betvivler vi rigtigheden af sygdommen.

Jeg skal bede dig dokumentere sygdommen ved at indhente en friattest (den tidligere lægeerklæring) fra din læge og aflevere den til mig.

Lægen skal beskrive, hvor længe sygdommen skal vare.

Hvis den ikke er mig i hænde senest onsdag den 21. marts 2018 kl. 12.00, vil det få ansættelsesretlige konsekvenser, ...

Nærværende brev er sendt med anbefalet post samt som quickbrev dags dato. Desuden bliver brevet afleveret i din postkasse/brevsprække personligt dags dato.”

I enslydende lægeerklæringer af 20. marts 2018 udarbejdet af læge G vedrørende B og A hedder det under punktet ”Journaltekst”:

”Sygemelding

Pt. sygemeldes med 1. sygedag d. 14/3-2018. Forventet varighed 8 uger.”

I enslydende breve af 7. april 2018 til B og A om indkaldelse til sygesamtale hedder det bl.a.:

Du har den 14. marts fuldtidssygemeldt dig. Du har fuldtidssygemeldt dig samme dag som din kollega, og I har begge uopfordret fremsendt lægeerklæring med sygemelding 8 uger fra den samme læge. Vi finder dette hændelsesforløb særdeles påfaldende, og vi stiller spørgsmålstejn ved, om du reelt er uarbejdsdygtig på grund af sygdom, hvilket er en betingelse for ret til fravær med løn.

Vi indkalder dig derfor til en sygesamtale torsdag den 12. april 2018 kl. 14:00. På sygesamtalen vil vi drøfte, hvad vi kan gøre for at afhjælpe sygefraværet, herunder om der er nogle arbejdsopgaver, du kan varetage, samt den forventede varighed.

Under samtalen vil vi sammen udfylde en mulighedserklæring med ovennævnte punkter, som du efterfølgende skal have attesteret af din læge. I mulighedserklæringen vil vi endvidere bede din læge om en vurdering af, om du reelt er uarbejdsdygtig på grund af sygdom.

Vi skal herved opfordre dig til allerede nu at kontakte din læge for at få aftalt en tid, idet vi forventer at modtage den attesterede mulighedserklæring retur senest den 18. april 2018. Modtager vi ikke mulighedserklæringen vil vi, henset til hændelsesforløbet, bortvise dig med øjeblikkelig virkning.

Hvis ikke du er i stand til at møde op til sygesamtalen, kan vi tage den telefonisk. Vi skal i så fald bede dig inden den 12. april 2018 at give os besked herom, og du vil endvidere ved lægeerklæring skulle dokumentere, at du ikke er i stand til at deltage fysisk i sygesamtalen. Udebliver du fra sygesamtalen, vil du, henset til hændelsesforløbet, blive bortvist med øjeblikkelig virkning.”

I enslydende breve af 12. april 2018 til B og A vedrørende bortvisning hedder det bl.a.:

”Du har den 14. marts fuldtidssygemeldt dig. Du har fuldtidssygemeldt dig samme dag som din kollega, og I har begge uopfordret fremsendt lægeerklæring med sygemelding 8 uger fra den samme læge. Vi finder dette hændelsesforløb særdeles påfaldende, og vi stiller spørgsmålstejn ved, om du reelt er uarbejdsdygtig på grund af sygdom, hvilket er en betingelse for ret til fravær med løn.

På baggrund af ovenstående blev du indkaldt til en sygesamtale med brev af 7. april 2018, som blev afleveret til din adresse den 10. april 2018. Sygesamtalen skulle afholdes i dag den 12. april 2018 kl. 14:00.

Du blev oplyst, at såfremt du ikke kunne give møde, skulle du meddele os det inden den 12. april 2018. Vi har intet hørt fra dig.

Du blev oplyst, at såfremt du udeblev fra mødet den 12. april 2018 kl. 14:00, ville du blive bortvist. Idet du ikke er mødt til samtalen, er du derfor bortvist fra arbejdspladsen fra dags dato.”

Klager har forud for hovedforhandlingen fremlagt en korrespondance med læge G om indkaldelse af ham til at afgive vidneforklaring under hovedforhandlingen. I brev af 1. december 2020 fra 3F til G hedder det bl.a.:

”Årsagen til at du bliver indkaldt er, at arbejdsgiverorganisationen, Dansk Erhverv, på vegne af en medlemsvirksomhed, X, til trods for at der foreligger lægelig dokumentation fra dig om lovligt fravær grundet sygdom, betvivler rigtigheden af sygdommen for 2 af dine tidligere patienter. B og A.”

I mail af 3. december fra 3F til G hedder det bl.a.:

”...hvis det ikke er muligt for dig at give møde til voldgiften, vil det være en stor hjælp i sagen, såfremt du kunne sende et kort skriftligt notat med hvad du kan huske om konsultationerne med det rumænske ægtepar i perioden 16-20/3 2018.”

I mail af 4. december fra G til 3F hedder det bl.a.:

”1) De kan bekræftes, at begge omtalte personer gav fremmøde i konsultationen d. 19. og 20/3 2018.

2) Undersøgelsen d. 19/3 var en samtale konsultation, relateret til belastningsreaktion med overvejende symptomer på forsænket stemningsleje, søvnproblemer og udmattelse. Symptomer fuldt foreneligt med en stressreaktion.

Det skal tilføjes, at denne/de konsultationer var kulminationen på et forløb, som strækker sig helt tilbage til 22/9-2014, hvor pt 1. gang henvender sig med symptomer på stress og udmattelse. På daværende tidspunkt oplyses det, at B, og som jeg forstår det, også hendes mand, A, gennem en længere periode har arbejdet uden ferie og kun om natten.”

5. Parternes argumenter

Klager har anført navnlig, at bortvisningen af A og B var uberettiget, fordi det var en uproportional reaktion på at udeblive fra en enkelt sygefraværssamtale. Udeblivelsen burde højst have medført en advarsel.

Ud over at udeblivelse fra en enkelt samtale ikke er nok til at begrunde bortvisning, må det indgå i vurderingen, at der foreligger en række formildende omstændigheder, navnlig *at* klagerne først blev bekendt med indkaldelsen efterfølgende, og det er mindre dadelværdigt ikke at sørge for at få læst sin post end at udeblive forsætligt, *at* de ikke kan læse danske tekster sammenholdt med, at

udeblivelse fra en sygefraværssamtale er mindre alvorligt end ikke at opfylde sin arbejdsforpligtelse, at de blev indkaldt til samtalen med kun 2 dages varsel, at klagerne ikke tidligere under ansættelsesforholdet havde været sygemeldt og derfor ikke vidste, at man kunne blive indkaldt til en formel samtale, og at arbejdsgiveren burde have sikret sig, at indkaldelsen kom frem til de ansatte på andre måder, som de var vant til at bruge, f.eks. sms eller mail.

Over for indklagedes selvstændige påstande har klager anført navnlig, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte lægeerklæringen, hvorefter A og B var syge med stresssymptomer. Indklagede har endvidere udvist passivitet ved først at fremsætte modkravet i august 2019.

Indklagede bør pålægges at betale udgifterne ved, at A og B har måttet rejse til Danmark for at afgive forklaring for voldgiftsretten.

Indklagede har anført navnlig, at det var berettiget at bortvise A og B den 12. april 2018. Indkaldelsen af dem til sygefraværssamtale den 12. april kom frem til dem den 10. april, og det var i indkaldelsen anført, hvad konsekvensen ville blive, hvis de udeblev, men de mødte ikke frem og meldte ikke afbud. Det kan ikke kræves, at indkaldelsen til sygefraværssamtale skulle være kommet til deres kundskab, idet der var tale om et påkrav. Indkaldelsesbrevet blev udleveret til deres danske udlejer, og de var i løbende kontakt med 3F, som kunne have hjulpet, hvis de havde svært ved at forstå indkaldelsen. 2 dages frist er ikke for kort, men hverken fristens længde eller affattelsen på dansk har haft nogen betydning, allerede fordi klagerne ikke åbnede indkaldelsesbrevet før efter, at fristen var udløbet. Indklagede havde i øvrigt grund til at tro, at A og B ikke havde problemer med at reagere på breve, idet de havde fremskaffet friattester på baggrund af et brev af 15. marts 2018. Det kan allerede derfor ikke bebrejdes indklagede, at indkaldelsen til sygefraværssamtale ikke også blev sendt pr. sms, mail eller anden måde.

Bortvisning var ikke en uproportional reaktion på udeblivelsen. Forløbet forud for den 12. april 2018 gav indklagede grund til at formode, at klagerne ikke reelt var syge, og indklagede indkaldte til sygefraværssamtalen for at få efterprøvet sygemeldingen. Der var grund til at tro, at sygemeldingen alene skyldtes klagernes ønske om at rejse tilbage til Rumænien. Sygemeldingen fremkom kun 49 minutter efter, at indklagede havde tilbagekaldt opsigelserne, og lægeerklæringen beskriver kun subjektive symptomer. Deres intention om at rejse tilbage var blevet forpurret ved, at

3F havde interveneret, således at den forudgående opsigelse af dem var blevet trukket tilbage, og de dermed stadig havde en arbejdsforpligtelse over for indklagede.

Indklagede har til støtte for den selvstændige påstand anført navnlig, at der er grundlag for at tilsidesætte A og B's lægeerklæringer, idet det er utroværdigt, at de kan have fået en stressreaktion som følge af at være blevet beskyldt for at have været involveret i de forudgående opsigelser, eftersom de selv havde ønsket at blive opsagt. Der er tale om svig. Indklagede har ikke udvist en passivitet, som er retsfortabende. Klagerne skal derfor tilbagebetale uberettiget modtaget sygeløn.

Klagernes rejseudgifter fra Rumænien er klagernes egen omkostning, jf. herved arbejdsretslovens § 31. Endvidere er der ikke bevist et tab af arbejdsindtægt.

6. Opmandens begrundelse og konklusion

Indklagede bortviste A og B den 12. april 2018 med den begrundelse, at de var udeblevet fra en sygefraværssamtale, som skulle have været afholdt samme dag. Klager har ikke nedlagt påstand om godtgørelse for uberettiget afskedigelse, og spørgsmålet er for så vidt angår denne del af sagen alene, om bortvisning var en berettiget reaktion på udeblivelsen.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at indkaldelsen af de to medarbejdere til sygefraværssamtale var kommet frem senest den 10. april 2018. Det fremgår af indkaldelsesbrevene, at samtalen kunne afvikles telefonisk, hvis medarbejderne ønskede det. Det var endvidere klart tilkendegivet i brevene, at udeblivelse fra samtalen ville medføre bortvisning.

Det kan efter bevisførelsen ikke antages, at de to medarbejders vanskeligheder med det danske sprog var til hinder for, at de med evt. hjælp kunne reagere i tide på indkaldelsen, bl.a. i lyset af, at de kort tid forinden havde været i stand til at få indhentet og fremsendt lægeerklæringer inden den frist, som indklagede havde meddelt i breve herom, som også var affattet på dansk. På den anden side foretog virksomheden sig ikke yderligere for at sikre sig, at de to medarbejdere havde modtaget og forstået indkaldelsen, skønt det efter bevisførelsen bl.a. kan lægges til grund, at virksomheden var vant til løbende at kommunikere med de to på engelsk via sms.

Sygemeldte medarbejderes pligt til at deltage i sygefraværs- og mulighedssamtaler har sammenhæng med medarbejderes generelle pligt til loyalt at medvirke til at få afklaret mulighederne for at genoptage arbejdet.

Det fremgår imidlertid af virksomhedens indkaldelsesbreve af 7. april 2018, at grunden til, at de to medarbejdere blev indkaldt til samtalerne den 12. april var, at virksomheden ikke troede på, at de var for syge til at arbejde. Virksomheden annoncerede også, at man med kort frist ville kræve en ny lægeerklæring, hvor lægen skulle forholde sig til, om de faktisk var syge.

Det fremgår også af indkaldelsesbrevene, at virksomheden ville bortvise de to medarbejdere, hvis de ikke leverede den ønskede lægeerklæring, eller hvis de udeblev fra samtalen, og i begge tilfælde begrundes truslen herom med: ”henset til hændelsesforløbet”, hvilket kun kan forstås som de efter virksomhedens opfattelse utroværdige sygemeldinger.

Virksomhedens selvstændige interesse i samtalerne den 12. april 2018 var således ikke primært at tilrettelægge de to medarbejderes tilbagevenden i jobbet efter sygdom – uanset enkelte udsagn i den retning i indkaldelsesbrevene – men at kontrollere deres sygemeldinger.

Afskedigelsen af de to medarbejdere blev som nævnt alene begrundet med, at de var udeblevet fra sygefraværssamtalen den 12. april 2018, ikke at de ikke var lovligt sygemeldt.

På den anførte baggrund findes det efter en samlet vurdering ikke at have været en proportional reaktion at bortvise de to medarbejdere med den begrundelse, at de var udeblevet fra sygefraværssamtalen den 12. april 2018.

Klager skal derfor have medhold i de nedlagte påstande, hvorved bemærkes, at der er enighed om beløbene.

Indklagedes selvstændige påstande angår tilbagebetaling af sygeløn. Kravene er begrundet med, at de to medarbejdere efter indklagedes opfattelse ikke reelt var syge. Der er imidlertid efter den bevisførelse, der har fundet sted, ikke et tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte læge G's erklæringer herom af 20. marts 2018.

Indklagedes selvstændige påstande kan således ikke tages til følge.

Med hensyn til sagens omkostninger, herunder udgifterne vedrørende A's og B's rejse til Danmark for at afgive forklaring, findes der ikke at være grundlag for at fravige udgangspunktet efter arbejdsretslovens § 31, og hver part skal således bære egne sagsomkostninger.

Thi bestemmes

Indklagede skal til A betale 71.131,84 kr. med rente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Indklagede skal til B betale 89.422,47 kr. med rente fra de enkelte ydelsers forfaldstid.

Parterne skal betale egne sagsomkostninger og skal hver betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 5. januar 2021

Lars Hjortnæs