

Kendelse

i

faglig voldgift FV 2019.585

Fagligt Fælles Forbund

for

A

(advokatfuldmægtig Camilla Nørgaard Jepsen)

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

for

B

(chefkonsulent, jurist Michaela Strand)

Afsagt den 23. juni 2021

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår, om A blev bortvist den 31. august 2018 – og i givet fald om denne bortvisning var berettiget. Sagen angår endvidere, om bortvisningen af A ved brev af 5. oktober 2018 var berettiget.

Hvis bortvisningen ikke var berettiget, angår sagen, om opsigelse af A var usaglig. I bekræftende fald er der spørgsmål om, hvorvidt der i As krav på løn i opsigelsesperioden skal ske fradrag af den kontanthjælp, hun har modtaget fra kommunen. Der er endvidere spørgsmål om, hvilken godtgørelse hun har krav på som følge af den uberettigede bortvisning, jf. § 4 i Hovedaftalen mellem DA og LO.

2. Påstande mv.

Klager, Fagligt Fælles Forbund for A, har nedlagt følgende påstande:

1. B skal til A betale 51.059,72 kr. for manglende løn i opsigelsesperioden med procesrente fra hver enkelt ydelses forfaldsdato.
2. B skal til A betale en efter voldgiftsrettens skøn fastsat godtgørelse med procesrente fra sagens anlæg.

Dansk Erhverv Arbejdsgiver for B har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Parterne er enige om, at As løn i opsigelsesperioden på tre måneder udgjorde 51.059,72 kr. som nævnt i klagers første påstand. Parterne er endvidere enige om, at "sagens anlæg" som nævnt i klagers anden påstand er den 4. maj 2021 svarende til klageskriftets datering.

Parterne har indgået en procesaftale af 21. juni 2021, hvorefter parterne er enige om, at klagers krav om renter af et eventuelt godtgørelsesbeløb, jf. klagers anden påstand, ikke behandles under denne voldgiftssag. I procesaftalen står der endvidere:

”Parterne er endvidere enige om, at et eventuelt godtgørelsesbeløb, der i sagen måtte blive tilkendt forbundets medlem, kan kræves forrentet under samme betingelser, som de, der enten måtte blive aftalt mellem FH og DA eller blive fastslået ved en sag herom mellem FH og DA i faglig voldgift sagsnr. 2021-515.”

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 21. juni 2021 hos Dansk Erhverv, Børsen, 1217 København K, for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: Advokat Rune Asmussen, FH, og konsulent Rasmus Kruse, 3F.

Udpeget af indklagede: Advokat Morten Brustad og advokat Jacob Barkfeld, begge Dansk Erhverv.

Som opmand deltog højesteretsdommer Oliver Talevski.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af A og B.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller et flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden ved kendelse.

Det er aftalt med parterne, at kendelsen ikke behøver at indeholde en sagsfremstilling eller gengivelse af forklaringer og parternes procedurer (anbringender).

4. Serviceoverenskomsten

I serviceoverenskomsten (2017-2020) er det i § 15 fastsat, at virksomhedens opsigelsesvarsel er tre måneder, når medarbejderen har været ansat i 12 måneder og mindre end tre år.

I overenskomstens § 34 hedder det:

”§ 34. Udeblivelse

Stk. 1. Finder udeblivelse sted, hvad enten det skyldes sygdom eller andre årsager, i mere end 1 dag uden meddelelse derom til virksomheden, betragtes arbejdsforholdet som ophørt.”

5. Opmandens begrundelse og resultat

5.1. Problemstillingerne

Som nævnt i afsnit 1 angår sagen i første række, om A blev bortvist den 31. august 2018 – og i givet fald om denne bortvisning var berettiget. Sagen angår endvidere, om bortvisningen af A ved brev af 5. oktober 2018 var berettiget.

Hvis bortvisningen ikke var berettiget, angår sagen, om opsigelse af A var usaglig, og i givet fald hvad As lønkrav udgør, og hvilken godtgørelse hun skal tilkendes.

I de følgende afsnit redegør jeg for sagen ud fra det foreliggende bevismateriale, hvorefter jeg tager stilling til de rejste spørgsmål i det omfang, det er nødvendigt.

5.2. Kort om virksomhedens forhold

B driver en enkeltmandsvirksomhed, som tilbyder erhvervsrengøring på bl.a. skoler. Der er ca. 25-30 ansatte i virksomheden.

I den periode, som sagen angår, var C ansat som driftsleder i virksomheden. Han varetog personalemæssige opgaver og skulle følge med i, om kvaliteten af rengøringen var i orden. B, der ejede

virksomheden, havde ansvaret for at genere kunder til virksomheden. Han foretog også kvalitetsopfølgning.

Når C var på ferie, var det B, som varetog de opgaver, som C udførte. B og C var typisk ikke på ferie på samtidig. Der skulle hele tiden være en leder til stede i virksomheden.

Virksomhedens politik for sygemelding gik ud på, at den ansatte i god tid skulle sygemelde sig ved at ringe eller skrive en sms til enten C eller B. Alle kunne blive syge, men det var vigtigt, at virksomheden i god tid fik det at vide; så kunne problemet afhjælpes ved, at der blev sendt en anden medarbejder ud til rengøringsstedet hurtigst muligt, hvis der var behov for det.

5.3. Ansættelsen

A blev ansat i virksomheden den 16. oktober 2016. Hun blev ansat gennem kommunen, og virksomheden modtog løntilskud fra kommunen.

A skulle ifølge ansættelseskontrakten gøre rent på diverse arbejdsplader. Om sygdom er det anført i ansættelseskontrakten, at ”Sygdom skal straks meddeles arbejdsgiver pr. telefon.”

5.4. Advarslen

Den 11. juni 2018 modtog A en skriftlig advarsel. Det hedder i advarslen bl.a.:

”Advarsel

Som drøftet under vores sidste telefonsamtale med, herunder senest i forbindelse med udeblivelse fra arbejdet uden at give arbejdsgiver besked.

Seneste periode hvor du er blevet væk fra arbejdet uden at give arbejdsgiver besked:

18. maj 2018.

21. – 25. maj 2018.

28. maj – 29. maj 2018.

6. juni 2018 og 7. juni 2018.

På denne baggrund skal vi derfor indskærpe følgende:

Der skal gives besked til arbejdsgiveren, C tlf ... eller B tlf. ..., såfremt du er forhindret i at komme på arbejde. Det kan være sygdom, kommer for sent på arbejde eller skal gå tidligt. Det skal gøres samme dag som du er forhindret og så hurtigt som muligt før du skal møde på arbejdspladsen.

Der er igennem en længere periode givet mundtlig advarsel til dig.

Hvis du ikke i tilfredsstillende grad forbedrer dig på ovennævnte punkt(er), må du forvente, at dit ansættelsesforhold vil blive bragt til ophør med dit opsigelsesvarsel eller – afhængigt af omstændighederne – med øjeblikkelig virkning uden varsel (bortvisning).”

A har under voldgiftssagen bestridt grundlaget for advarslen. Hun har forklaret bl.a., at hun i maj 2018 var syg i hele den omhandlede periode, og at hun meldte sig syg både hos C og B. Hun rettede henvendelse til B, som henviste hende til C. Da C var på ferie, kunne hun ikke komme i telefonisk kontakt med ham, men hun sendte ham en sms. Hun var ikke syg den 6. juni 2018; det var hendes kollega, D, der var syg den dag. A var syg den 7. juni 2018, og meldte sig syg til C via sms. Virksomheden opfordrede hende ikke til at søge rådgivning vedrørende advarslen, og hun tænkte ikke meget over den, før hun tog kontakt til 3F den 9. september 2018.

B har forklaret bl.a., at C kontaktede ham og oplyste, at A mange gange ikke havde meldt sig syg, og han derfor blev nødt til at give hende en advarsel. C udarbejdede brevet med advarslen, som B godkendte. A protesterede ikke over advarslen, hverken over for ham eller C. Det skyldtes, at alle vidste, at det forholdt sig sådan.

5.5. Hændelsesforløbet den 31. august 2018

B sendte den 31. august 2018 om morgenen en sms til A med følgende indhold:

”Godmorgen A – Jeg kan forstå at du ikke har været på arbejde hele ugen samt fredag i sidste uge uden at sygemelde dig. – Det er helt uacceptabelt Ligeledes lader du D gå alene – Igen uden at informere Du bedes omgående meddele mig hvornår du påtænker at komme tilbage samt din første sygedag.”

A svarede via sms:

”Jeg har været på arbejde hele ugen også i fredags”

Herefter skrev B endnu en sms til A, hvor der står bl.a.:

”Du var der ikke i fredags og du er gået tidligt hver dag – pga. ondt i ryggen – I går torsdag sendte du en besked til D om du ikke kom. – Jeg sidder på skolen med D og kan se alle dine beskeder. For øvrigt holder du fri hver fredag.”

A har forklaret bl.a., at det ikke er rigtigt som anført i sms’erne fra B, at hun ikke havde været på arbejde i dagene op til torsdag den 30. august 2018. Det var hun – også om fredagen ugen før. Hun var syg den 30. august 2018, og hun sygemeldte sig til C vist nok via sms. Hun tænkte ikke på at nævne det i sms-korrespondancen med B, fordi hun var rimeligt ”paf”. Hun var også syg den 31. august 2018, men hun nåede ikke at sygemelde sig, før B fyrede hende under telefonsamtalen samme dag, jf. nedenfor.

D var hendes kollega, og de havde arbejdet sammen siden oktober 2016. De havde et godt kollegialt samarbejde. D dækkede ikke over hende. Ved sygdom kontaktede hun D via sms eller telefon, hvorefter hun meldte sig syg hos C. Hun bad C om skaffe hjælp til D, så hun ikke skulle være alene.

B ringede til hende efter sms-korrespondancen. Han var godt sur. Hun blev fuldstændig mundlam. Til sidst under telefonsamtalen sagde han til hende, at ”hun ikke skulle vise sig på arbejdspladsen mere”. Hun

var lamslået. Hun blev fyret, men ordet ”bortvisning” blev ikke anvendt.

B har forklaret bl.a., at pedellen på den skole, hvor A og D gjorde rent, ringede til ham om morgenen den 31. august 2018, fordi C var på ferie. D skulle først på arbejde om eftermiddagen kl. 16, men hun var taget til skolen om morgenen for at tale med pedellen. B kom hen til skolen og så, at D græd. Hun kunne ikke klare det mere. Hun havde arbejdet ekstra for at dække over As fravær.

D viste ham sin telefon, hvor han kunne se sms-korrespondancen mellem hende og A. Det fremgik heraf, at A ikke havde været på arbejde hele ugen, og at hun heller ikke havde været på arbejde fredagen forud herfor. Han ringede til A og sagde, at han sad sammen med D, der var meget ked af det, fordi A udeblev fra sit arbejde uden at give besked. A bestred dette, men han sagde til hende, at han havde læst sms-korrespondancen mellem A og D, og det passede ikke, at A havde været på arbejde. A blev tavs og sagde, hvad ”f...” skulle hun sige til det. Han sagde til A, at hun ikke kunne fortsætte efter dette, og at ansættelsen var slut. A smed herefter røret på. Han talte ikke med hende efter dette.

5.6. Bortvisningsbrevet af 5. oktober 2018 mv.

C sendte et brev af 5. oktober 2018 til A. Det hedder i brevet bl.a.:

”Bortvisning

I forlængelse af vores samtale skal vi hermed meddele, at du dags dato er bortvist fra din stilling som rengøringsassistent.

Årsagen til bortvisningen er udeblivelse fra dit arbejde i sammenlagt 30 dage og indtil dags dato, hvilket vi anser for at være en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet. Det er til trods for du d. 11. juni 2018 har modtaget en skriftlig advarsel om samme. Da du er udeblevet og ikke har arbejdet, har du ingen løn til gode. Samtidig har du i sidste måned fået løn for dage du ikke har mødt op på din arbejdsplads.

Bortvisningen betyder, at dit ansættelsesforhold er ophørt dags dato, og du skal derfor ikke møde på arbejde.”

A har forklaret bl.a., at hun efter telefonsamtalen med B den 31. august 2018 ikke modtog løn fra virksomheden. Hun søgte derfor midt i september 2018 om kontanthjælp og blev i den forbindelse bedt om at skriftligt at dokumentere, at ansættelsesforholdet var ophørt. Hun kontaktede C om at få en fyreseddel, og hun modtog herefter bortvisningsbrevet af 5. oktober 2018. Hun syntes, at dette brev var mærkeligt. Hun kunne ikke forstå, hvorfor hun skulle være udeblevet i 30 dage forud for bortvisningen, fordi hun opfattede B på den måde, at hun var blevet fyret den 31. august 2018. Hun sendte bortvisningsbrevet til 3F.

B har forklaret bl.a., at det var C, som skrev bortvisningsbrevet af 5. oktober 2018. Det var ikke noget, som han selv var involveret i. Han kan ikke forstå, at C skrev, som han gjorde, fordi A allerede var blevet bortvist under telefonsamtalen den 31. august 2018. Han anså sagen som afsluttet. Hverken han eller C havde bortvist nogen tidligere, og han overvejede ikke at kontakte Dansk Erhverv for at få juridisk bistand.

5.7. Det efterfølgende forløb

Af et mæglingsmødereferat af 24. januar 2019 fremgår, at B, C og D deltog i mæglingsmødet fra arbejdsgiversiden.

Det fremgår videre af referatet, at virksomheden havde opfattelsen, at A groft havde udnyttet sin kollega, D, ved f.eks. at få D til at arbejde, mens A holdt fri og ikke var sygemeldt.

Ifølge referatet opfordrede arbejdsgiversiden A til at fremlægge sms-korrespondancen mellem hende og D og gjorde gældende, at det ville få processuel skadevirkning, hvis sms-korrespondancen ikke blev fremlagt, eller hvis den blev slettet.

A har forklaret bl.a., at hendes daværende mobiltelefons ladestik gik i stykker i september eller oktober 2018, og hun derfor ikke via telefonen kunne dokumentere sin korrespondance med D eller med virksomheden. Hun prøvede at få data herom fra teleselskabet i januar 2019, men hun blev afvist. Hun prøvede igen i juni 2021, men selskabet oplyste, at det ikke gemte teledata, der var mere end 800 dage gamle.

B har forklaret bl.a., at D efterfølgende har slettet sms-korrespondancen mellem hende og A, og han har derfor ikke har kunnet fremlægge korrespondancen under denne sag. Hverken D eller C er længere ansat i virksomheden.

5.8. Vurdering

Jeg lægger efter bevisførelsen til grund, at virksomheden med rette gav A en skriftlig advarsel, fordi hun i maj og juni 2018 var udeblevet fra sit arbejde uden at give meddelelse herom til virksomheden. Jeg har ved denne bevisbedømmelse navnlig lagt vægt på Bs forklaring og på, at A ikke protesterede, da hun modtog advarslen.

Jeg lægger efter bevisførelsen endvidere til grund, at A udeblev fra sit arbejde, herunder gik for tidligt, i ugen op til den 30. august 2018 uden at melde dette over for virksomheden. Jeg har ved denne bevisbedømmelse navnlig lagt vægt på det forudgående forløb med advarslen og på Bs forklaring sammenholdt med sms-korrespondancen mellem B og A. Jeg kan efter bevisførelsen i øvrigt ikke se bort fra, at A kunne have tilvejebragt data fra sin mobiltelefon, der kunne belyse hendes sygemeldinger mv. i maj, juni og august 2018. Det bemærkes herved, at A allerede på mæglingsmødet i januar 2019 blev opfordret til at fremlægge sms-korrespondancen mellem hende og D.

Efter min opfattelse indebar de nævnte udeblivelser i august 2018 uden underretning af virksomheden, at A groft eller væsentligt havde misligholdt sit ansættelsesforhold – også henset til den skriftlige advarsel fra juni 2018. Virksomheden var derfor berettiget til at bortvise A, jf. herved også serviceoverenskomstens § 34, hvorefter arbejdsforholdet ved udeblivelse i mere end én dag uden meddelelse til virksomheden betragtes som ophørt.

A har forklaret, at B til sidst under telefonsamtalen med hende den 31. august 2018 sagde, at ”hun ikke skulle vise sig på arbejdspladsen mere”. B har forklaret, at han under telefonsamtalen den 31. august 2018 – efter at have konfronteret A med sms-korrespondancen fra Ds mobiltelefon om udeblivelserne – sagde til A, at hun ikke kunne fortsætte efter dette, og at ansættelsen var slut.

Jeg lægger til grund, at Bs hensigt var at bortvise A – og ikke blot at opsiges og fritstille hende, således at hun i opsigelsesperioden skulle modtage løn fra virksomheden uden at stille sin arbejdskraft til rådighed. Jeg lægger endvidere til grund, at A – uanset at ordet ”bortvisning” ikke var anvendt under telefonsamtalen – under hensyn til baggrunden for telefonsamtalen sammenholdt med de anvendte udtryk var klar over, at hun var blevet bortvist – og ikke blot opsagt og fritstillet.

Jeg finder, at det efterfølgende forløb ikke kan føre til en anden vurdering. Jeg bemærker i den forbindelse, at A ikke umiddelbart efter telefonsamtalen den 31. august 2018 henvendte sig til virksomheden for at få afklaret, om hun var bortvist eller kun opsagt og fritstillet, at hun i midten af september 2018 ansøgte om kontanthjælp i stedet for – i første omgang – at fremsætte krav om løn fra virksomheden, og at hun efter sin egen forklaring undrede sig over Cs bortvisningsbrev af 5. oktober 2018, fordi hun allerede var blevet fyret af B under telefonsamtalen den 31. august 2018 og ikke skulle møde på arbejde mere.

Sammenfattende finder jeg det godtgjort, at A blev bortvist den 31. august 2018, og at bortvisningen skete med rette.

Jeg tager herefter indklagedes påstand om frifindelse til følge og har således ikke anledning til at tage stilling til de øvrige spørgsmål, som sagen rejser.

Thi bestemmes:

Dansk Erhverv Arbejdsgiver for B frifindes.

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

København, den 23. juni 2021

Oliver Talevski