

Kendelse afsagt den 28. oktober 2022

i

faglig voldgift

(FV2021.1037)

Fagligt Fælles Forbund

for

A

(advokat Rie Matilde Bjørkman)

mod

Danske Anlægsgartnere

For

Virksomhed 1

(advokat Christian K. Clasen)

Tvisten

Sagen angår, om klager, A, under sin graviditet var fraværsmeldt i henhold til barselslovens § 6, stk. 2, nr. 2, og dermed havde krav på fuld løn, eller om hun var sygemeldt i henhold til barselslovens § 6, stk. 2, nr.1, med deraf følgende ret til sygeløn efter overenskomsten for anlægsgartnerarbejde.

Påstande

Klager, Fagligt Fælles Forbund, har nedlagt påstand om, at indklagede, Virksomhed 1, til Fagligt Fælles Forbund skal betale 29.010,51 kr. med tillæg af procesrenter fra hver enkelt ydelses forfaldstidspunkt.

Indklagede, Danske Anlægsgartnere for Virksomhed 1, har påstået frifindelse.

Der er ikke tvist om opgørelsen af kravets størrelse.

Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 16. september 2022 for en faglig voldgiftsret med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: Camilla Nørgaard, Fagbevægelsens Hovedorganisation, og Flemming Grønsund, 3F, Den Grønne Gruppe.

Udpeget af indklagede: juridisk konsulent Karina Lindewald, Danske Anlægsgartnere og chefkonsulent Thea Lyskov Søndergaard, SMVdanmark.

Som opmand er udpeget undertegnede fhv. højesteretsdommer Jytte Scharling.

Der er afgivet forklaring af A, B, C, D, E, F og G.

Sagen blev fra klagers side procederet af advokat Rie Matilde Bjørkman og fra indklagedes side af advokat Christian K. Clasen.

Efter forhandling og votering kunne der ikke blandt de af parterne udpegede medlemmer af voldgiftsretten opnås enighed om eller flertal for en afgørelse. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden, jf. arbejdsretslovens § 28, stk. 1, 2. pkt.

Baggrunden for sagen

Klager, A, blev ansat som anlægsgartner hos indklagede, Virksomhed 1, den 9. november 2020. Ansættelsesforholdet er omfattet af overenskomsten mellem Danske Anlægsgartnere og 3F Den Grønne Gruppe.

I foråret 2021 konstaterede A, at hun var gravid med forventet termin den 10. december 2021. Hun blev sygemeldt den 21. april 2021 på grund af graviditetsgener i form af kvalme. Den 7. juni genoptog

hun delvist arbejdet. Hun raskmeldte sig den 12. juli 2021 og genoptog sit fuldtidsarbejde indtil afholdelse af sommerferie i ugerne 31-33 (fra den 2. august til den 20. august 2021). I perioden efter genoptagelsen af arbejdet på fuld tid var hun dog sygemeldt i alt 4 dage. Hun så sig imidlertid ikke i stand til at møde på arbejde efter sommerferiens afslutning, og hun vendte ikke tilbage til arbejdet i tiden, indtil hun gik på barselsorlov.

Tvisten i sagen angår, om hun i denne periode må anses for at være fraværsmeldt eller sygemeldt.

Om barselloven og overenskomstgrundlaget mv.

Barselloven (lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel) indeholder i § 6 følgende bestemmelse om ret til fravær under graviditet:

”§ 6. En kvinde har ret til fravær fra arbejdet på grund af graviditet, når der skønnes at være 4 uger til fødslen.

Stk. 2. En gravid kvinde er berettiget til fravær inden 4-ugers-perioden før fødslen, hvis

1) det efter en lægelig bedømmelse skønnes, at graviditeten har et sygeligt forløb, der ved fortsat beskæftigelse vil medføre risiko for kvindens helbred eller fosteret, eller

2) arbejdets særlige karakter medfører risiko for fosteret eller graviditeten på grund af offentligt fastsatte bestemmelser forhindrer hende i at varetage sit arbejde og arbejdsgiveren ikke kan tilbyde hende anden passende beskæftigelse.

Stk. 3. En kvinde har ret til fravær fra arbejdet i forbindelse med forebyggende graviditetsundersøgelser, når disse skal finde sted i arbejdstiden.”

Det fremgår af *Overenskomsten om Anlægsgartnerarbejde* § 45, at en medarbejder under nærmere angivne regler har ret til løn under sygdom i op til 10 uger

Nærmere om forløbet under As graviditet

Virksomhed 1 er en anlægsgartnervirksomhed, som varetager drifts- og vedligeholdelsesopgaver for organisationer, offentlige og private virksomheder, kommuner, regioner, bolig- og grundejerforeninger samt kirker.

Virksomhedens hovedkontor ligger i Aarhus, og der er derudover ti afdelinger fordelt over hele landet. Virksomhed 1 beskæftiger omkring 500 medarbejdere.

Anlæg og drift betragtes som de primære hovedområder. Anlægsarbejdet — også kaldet den grå afdeling — består blandt andet af større belægningsopgaver, hvor driftsarbejdet — også kaldet den grønne afdeling — varetager mere traditionelt gartnerisk arbejde i form af beplantningsopgaver, plantepleje, græspleje- og klipning mv.

I 2021 havde Virksomhed 1 i alt 9 gravide medarbejdere, herunder A.

Virksomhed 1 har indgået et samarbejde med udviklingsprojektet Graviditet og Trivsel, som er foranstaltet af en gruppe jordemødre ved Arbejdsmedicin og

Gynækologisk-Obstetrisk Afdeling på Aarhus Universitetshospital. Arbejdsmedicin beskriver nærmere om projektet på deres hjemmeside. Det hedder heri bl.a.:

"Projekt Graviditet og Trivsel tilbyder gravide medarbejdere og deres leder i Aarhus-området gratis rådgivning med en jordemoder.

Rådgivningen har fokus på forebyggelse af graviditetsbetinget sygefravær gennem tilpasninger i arbejdsmiljøet og forebyggelse af graviditetsgener. Jordemoderen er en neutral 3. part og faglig ressource. "

Den 17. maj 2021 blev A tilbudt at deltage i udviklingsprojektet, hvilket hun takkede ja til.

Det første møde i forbindelse med projektet Graviditet og Trivsel blev afholdt den 2. juni 2021, og på dette møde deltog — ud over A — jordemoder H, afdelingsleder D, arbejdsmiljørepræsentant B og J fra 3F By 1.

Jordemoder H har i mail af 21. februar 2022 til indklagede beskrevet forløbet af mødet den 2. juni 2021 således:

"... Nedenstående er beskrivelse af projektet og lidt mere specifikt om As forløb. Håber det kan hjælpe jer videre.

Graviditet og Trivsel er et udviklingsprojekt ved arbejdsmedicin, Aarhus Universitetshospital. Formålet med projektet er at styrke trivsel gennem arbejdstilpasning og forebyggelse af graviditetsgener.

Målgruppen er gravide medarbejdere og deres ledere på interesserede østjyske virksomheder. I projektet tilbydes arbejdspladserne sparring og jordemoderfaglig vejledning gennem samtaler mellem gravid medarbejder, dennes leder og en jordemoder. Virksomhed 1 har deltaget siden projektstart. Pt. har 3 medarbejdere deltaget.

A og hendes leder har deltaget i projekt "Graviditet og Trivsel". Første samtale var d. 2. juni med en indledende snak om arbejdstilpasning og forebyggelse af graviditetsgener. Ved første samtale har A og hendes leder allerede aftalt, at hun ikke skal arbejde som "grå anlægsgartner" i graviditeten. På mødet drøftes desuden sprøjtemidler og arbejde med maskiner, som ryster. A vejledes i at undgå vrid i bækken - eks. ved plantearbejde, hvor hun med fordel kan fordele planterne, før hun begynder at plante. Desuden vejledes hun i at undgå tunge løft. Vil fordele eks. cement i mindre portioner, når hun skal flytte det. Opfordres til at afvikle flere pauser i løbet af dagen. Leder bakker op om tiltag og spørger ind til, om der kan komme en jordemoder ud og kigge med i løbet af arbejdsdagen, hvilket vi desværre ikke kan tilbyde.

... "

Jordemoder H sendte den 15. juli 2021 et mailreferat til A af en opfølgende drøftelse. Det hedder heri:

Hej A

Hermed opsummering fra møde

D og A indgår i projekt "Graviditet og Trivsel". Første samtale var d. 2. juni med en indledende snak om arbejdstilpasning og forebyggelse af graviditetsgener.

A har nu henvendt sig, fordi hun har tiltagende ondt i bækkenet i forbindelse med meget gående og stående arbejde. Vi har tidligere drøftet forebyggende tiltag, som hun selv kan iværksætte ifht. bevægelse og daglige gøremål. Hun har derudover haft god dialog med B, som har fundet opgaver, der ikke indebærer løft og samtidig har hun lavet tilpasninger i privatlivet. Hun forsøger at

holde hvilepauser på en havestol med ca. 20 min interval, hvilket har positiv effekt. Hun er interesseret i at forblive i arbejde, men har dage, hvor hun ikke kan gå eller tage sko og strømper på, når hun kommer hjem fra arbejde. Hun oplever ikke det samme på fridage, hvor hun kan tage et hvil, når hun behøver det. Hun er bekymret, fordi hun kun er halvvejs i graviditeten og oplever så stor belastning med hendes nuværende opgaver, at hun er i tvivl om hun kan klare det. Hun vurderer selv, at det er opgaver, hvor hun skal skifte mellem kravlende og stående opgaver, der slider på bækkenet.

På mødet spørges ind til muligheder for yderligere arbejdstilpasning. B foreslår køreopgaver, hvor A kan sidde ned. H tager kontakt til arbejdsmediciner for vurdering af køretøj ifht rystelser. Desuden foreslås det, at A får opgaver med at binde træer op, hvilket er stående arbejde. Teamleder og driftsleder vil forsøge at fremskaffe opgaver på vej 1, som A kan varetage, hvis der er dage, hvor hun har særligt ondt. Der spørges ind til mulighed for kontorarbejde/adm. opgaver. Dette er der ikke mulighed for i øjeblikket.

Næste møde er d 30. sept. Dette kan evt. fremskyndes ved behov. Dette aftaler vi, når D er tilbage fra ferie.”

3F By 1 sendte den 20. juli 2021 følgende brev til indklagede:

”Vores medlem er fuldtidssygemeldt frem til den 7. juni 2021, hvorunder hun efter vores opfattelse, og som tidligere nævnt, har ret til løn under sygdom i perioden 9. maj – 7. juni. Fra den 7. juni til 12. juli 2021 er A delvis fraværende, hvilket ikke skyldes sygdom, men at Virksomhed 1 i perioden ikke kan anvise arbejde, som tager de nødvendige hensyn til barnet og den gravide mor. Det er derfor vores opfattelse, at virksomheden skal betale normal løn for de arbejdstimer, hvor medlemmet er hjemsendt.”

Foranlediget af denne henvendelse blev der den 12. august 2021 holdt et internt møde i indklagede. Det hedder i virksomhedens referat heraf:

”Deltager:

Afdelingsleder D

Miljøkoordinator F

AMR B

C

Efter telefonisk henvendelse den 16.07.21 fra 3F By 1 og siden skriftlige henvendelse 20.07.21 fra Flemming Grønsund 3F ønskes det belyst om vi har taget de nødvendige skånehensyn i forhold til A graviditet.

A har været sygemeldt i flere omgange. Første sygemelding skyldes kvalme. Efter genoptagelse af arbejdet klager A over smerter i hofterne.

Opgaver hos virksomhed 2:

Køre jord

Klipning

Lugning

Kultivering

Lette planteopgaver

Opbinding af træer

Opgaverne er solgt med rabat til kunden idet der er taget højde for den ekstra tid der skal bruges pga. div. skånehensyn.

B (arbejdsmiljørepræsentant) oplyser

At der er anskaffet specielle redskaber (langskaftede)

Specielle knæpuder.

At han har instrueret A i, hvordan man f.eks. kultivere korrekt så kroppen skånes mest muligt

At det er påpeget, at der skal holdes de pauser der er nødvendig, hvilket A praktiserer.

At opgaverne kan løse både siddende og stående, hvilket A er instrueret i.

B giver udtryk for at der efter hans opfattelse, er taget alle de skånehensyn vi kan, inden for vores faggrænse.”

As ferie sluttede fredag den 20. august 2021. Under sin ferie sendte A den 16. august 2021 en mail til jordemoder H, hvori det hedder:

”... Jeg synes faktisk det har været rigtig svært på arbejdet, selvom vi holdt det store møde. Den plan vi lagde sammen til mødet, blev aflyst dagen efter, og så var jeg tilbage til de normale arbejdsopgaver med vedligeholdelse og kravlen på jord osv., og det har krævet, at jeg flere gange om dagen har måtte ringe til mine teamledere for at fortælle at jeg ikke kunne holde til det, uden at blive mødt med forståelse eller alternativer. De mener selv, at de har forstået og tilpasset det.

Mine arbejdsopgaver har også været på tid, selvom det jo var hovedpunktet i vores aftale, at tingene skulle foregå i min krops tempo, når ikke de ville stille andre alternativer op.

Jeg gik faktisk til lægen med nogle symptomer, som hun vurderede var stressbetingede, og hun sendte mig derfor hjem i tre dage inden min sommerferie -men arbejdet kender ikke årsagen til min sygdom inden ferien.

Jeg skal ned til min læge på torsdag, hvor jeg også vil drøfte situationen med ham. Jeg vil jo gerne arbejde, men de vil jo ikke give mig noget min krop kan holde til, og den måde det har kørt frem til min sommerferie, gør mig virkelig stresset. Så jeg tænker på, at jeg måske skal sygemeldes eller deltidssygemeldes – men det bliver nok ikke på graviditetsbetinget grundlag, men ”stress”.

Kan vi snakkes nærmere omkring mødet den 1. september her i uge 34, når jeg har været forbi lægen. For hvis jeg ender med at blive fuldtidssygemeldt, er det ikke sikkert at jeg har lyst til at deltage i møde i firmaet – men derfor kan vi to stadig godt fortsætte samarbejdet i dit projekt.”

Under ferien skrev A endvidere torsdag den 19. august 2021 i en mail til D og K:

Hej D og K, Min læge har valgt at fraværsmelde mig, idet jeg ikke kan møde ind til ledbelastende arbejde, som er det arbejde, der bliver stillet mig til rådighed. Jeg er blevet henvist til vurdering ved arbejdsmedicinsk klinik, som måske vil komme med fremadrettet anbefalinger ifht min situation. Indtil da er jeg fraværende fra arbejdet. Der er således ikke tale om en sygemelding men en fraværmelding. Hvis der er behov for det, så er I velkommen til at kontakte mig, eller min læge. ...”

C besvarede på indklagedes vegne henvendelsen ved mail af fredag den 20. august således:

”...

Virksomhed I har selvfølgelig fuld forståelse for, at du som gravid skal passe på dig selv.

Såfremt du, pga. din graviditet, har led problemer som gør, at du ikke kan varetage dit arbejde som anlægsgartner, imødeser vi en sygemelding fra dig samt en lægeerklæring som bekræfter din sygemelding.

Skulle du, mod forventning, ikke sygemelde dig, men fastholde din fraværsmedling vil det blive betragtet som en udeblivelse fra arbejdet, hvilket vil medføre en øjeblikkelig bortvisning fra din stilling i Virksomhed 1.

Vi ser frem til at høre fra dig.”

A besvarede samme dag mailen med, at hun havde fået en tid hos sin læge og arbejdsmedicinsk klinik mandag, og at hun ville enten bruge en fridag eller afspadsere.

Indklagede svarede hertil:

”...

Det er du selvfølgelig velkommen til. Det skal bare registres i Intempus mandag. Vi har talt med H, den jordemor som du kender fra barselsprojektet og hun vil meget gerne deltage et møde, hvor vi kan snakke led belastning i forhold til de arbejdsopgaver vi kan tilbyde dig. Kunne vi afholde et møde i løbet af næste uge vil det være fint.”

Mandag den 23. august sendte A herefter følgende mail til indklagede:

”Jeg er hermed sygemeldt pr. dags dato.

Sygemeldingen er ikke på graviditetsbetinget grundlag. I kan indhente en lægeerklæring ved min praktiserende læge.

Sagen er hermed en faglig sag i min fagforening, da I imod lovgivningen ikke vil acceptere min læges fraværsmedling....”

Læge L skrev den 23. august 2021 følgende lægeerklæring vedrørende A:

”Det kan hermed bekræftes, at A er syg.

Hun er plaget af graviditetsbetingede gener og efter min mening ville en fraværsmedling være det rette da hun ikke kan [ulæseligt] et mindre belastende stykke arbejde.

Imidlertid oplever hun pres fra sit arbejde, der stresser hende i en sådan grad, så jeg mener hun bør sygemeldes på denne baggrund.

Hun skal være sygemeldt resten af sin graviditet.”

Aarhus Universitetshospital, Arbejdsmedicin, udfærdigede den 23. august 2021 følgende udtalelse:

”Til RETTE VEDKOMMENDE:

A, der arbejder som Anlægsgartner ved OK Virksomhed 1, by 1 har efter henvisning fra sin praktiserende læge været til samtale på Arbejdsmedicinsk klinik i Aarhus den 23. august 2021.

Ved samtalen har vi gennemgået de belastninger i arbejdet, som kunne indebære en risiko for negativt graviditetsudfald.

Det drejer sig om:

1. Hugsiddende/knælende arbejde som her sidestilles med Gående/stående arbejde

*Vi vurderer, efter de oplysninger vi har fået, **at den gravide vil kunne fortsætte arbejdet:***

1. Hvis hun fra begyndelsen af 4. graviditetsmåned kan veksle mellem stående/gående/knælende/hugsiddende og siddende arbejdsopgaver. Hvis dette ikke er muligt, da afholde egentlige pauser på hvileplads. Den gravide anbefales en 1/2 times siddende aflastning for hver 1,5 times stående/gående/knælende/hugsiddende arbejde. Som graviditeten skrider frem kan der være behov for hyppigere aflastning. Vi er opmærksomme på at A er væsentligt længere end påbegyndelsen af 4. graviditetsmåned og at der har været forsøgt at lave ændringer i arbejdet fra det grå anlægsgartner arbejde til det grønne område.

Vi vil bede arbejdspladsen, gerne i samarbejde med den gravide, om at vurdere hvorvidt ovenstående råd kan efterkommes.

Er det ikke muligt at ændre arbejdet eller omplacere den gravide, så belastningerne eller påvirkningerne når et acceptabelt niveau, har den gravide ret til hel eller delvis fraværsmelding efter barselslovens § 6, stk. 2, nr. 2.

...

Vi har i vurderingen taget udgangspunkt i Arbejdstilsynets At-vejledning A.1.8-7 (opdateret marts 2021) om Gravides og ammendes arbejdsmiljø. Her er arbejdsgiverens opgaver i forbindelse med arbejdets udførelse også at finde.

...”

I den nævnte AT-vejledning (Vejledning nr. 9170 af 15. marts 2021 om gravides og ammendes arbejdsmiljø) hedder det bl.a.:

”1.1.6. Langvarigt stående og gående arbejde

Langvarigt stående og gående arbejde mistænkes for at kunne være årsag til hæmmet vækst hos fostre. Arbejdsgiveren skal tilrettelægge den gravides arbejde, så hun kan veksle mellem siddende arbejde og stående/gående arbejde fra begyndelsen af fjerde graviditetsmåned.

Den aflastning, hun opnår ved siddende arbejde skal være fordelt over arbejdsdagen. Perioderne bør være uden afbrydelse og af betydelig længde. Den første aflastningsperiode på ca. en halv time kan fx ligge midt imellem arbejdsdagens start og frokostpausen. Der bør fra frokostpausen, til arbejdsdagen slutter, for fuld-tidsbeskæftigede være to aflastningsperioder på ca. en halv time. Den gravide bør højst arbejde 1-1,5 time med stående og gående arbejde mellem aflastningsperioderne. Hvis der ikke er siddende arbejde, anbefales pauser i stedet.

Hun får ikke den nødvendige aflastning, hvis hun i stedet for siddende arbejde i den sidste aflastningsperiode afkorter arbejdsdagen med den tilsvarende tid.

Behovet for aflastning stiger gennem graviditeten. Derfor vil det ofte være nødvendigt, at den gravide har mulighed for hvilepauser på en passende hvileplads i de sidste måneder af graviditeten.”

Indklagede har fremlagt APV handleplaner vedrørende A, dateret henholdsvis den 2. juni, 15. juli og 2. august 2021. Det er imidlertid oplyst, at de er oprettet efter As sygdomsmeddelelse, og at A ikke har deltaget i udarbejdelsen.

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun blev ansat hos indklagede i efteråret 2020. Hun er ikke længere ansat i virksomheden. Hun startede i anlægsafdelingen med belægningsopgaver, men blev efter eget ønske flyttet til driftsafdelingen i foråret 2021. Dette skete, før hun vidste, at hun var gravid.

Hun fandt ud af, at hun var gravid i april 2020. Hun måtte sygemelde sig med kvalme. Da hun vendte tilbage i juni, var hun i starten deltidssygemeldt. Det var ikke begrundet i kvalme, men af skånehensyn i forhold til belastninger af kroppen. Hun deltog i mødet i barselsprojektet den 2. juni 2021 og er enig i, at drøftelserne på mødet var som beskrevet af jordemoderen. Det var imidlertid ikke muligt at gøre som beskrevet. B hjalp lidt i starten. Hun fik ikke hjælp fra ledelsen. Hun har ikke fået retningslinjer for afholdelsen af pauser, og ingen mindede hende om at holde pauserne. Hun fik delvis hjælp af kolleger. Én skulle klippe hæk, og hun skulle sørge for oprydningen. Hun kunne imidlertid ikke klare at løfte. Arbejdet blev ikke tilrettelagt under hensyn til hendes graviditet. Det var meget ensartet arbejde uden variation.

Hun raskmeldte sig den 12. juli 2021. Hun havde talt med fagforeningen om, at hun gerne ville arbejde fuld tid. Hun tog kontakt til jordemoderen for at få hendes støtte til tilpasning af arbejdsopgaverne. Efter mødet i barselsprojektet den 15. juli 2021 blev hun sendt ud på nogle køreopgaver og opbinding af træer. Det var imidlertid en meget lille opgave, der var så godt som færdig, da hun kom derud. Det var vist jordemoderen, der foreslog kontoropgaver. Hun foreslog selv, at hun kunne rydde op på pladsen. Det blev afslået af ledelsen.

Hun følte ikke, at hun fik retningslinjer for pauser. Nogen sagde, at kunderne syntes, det så lidt dårligt ud, at hun sad på en stol.

Hun havde kontakt til G, hvis der var opgaver, hun ikke kunne nå. Nogle gange kom G og lavede opgaven færdig. Hun fik at vide, at hun skulle huske at holde pauser. Hun fik også at vide, at der ikke var deadline på opgaverne, men hun følte, at det var der alligevel. Der var bl.a. et tilfælde, hvor opgaven skulle være færdig til et åbent hus-arrangement.

Hun havde kontakt til B flere gange om dagen. Hun ringede til ham, når hun ikke kunne mere.

Under sin ferie skrev hun den 16. august 2021 en mail til jordemoder H, fordi hun fik ondt i maven over at skulle tilbage på arbejde. Hun var bange for ikke at kunne klare belastningen. Hun var til lægen den 19. august. Han sagde, at han ikke ville kunne indestå for, at hun tog på arbejde, og at han ville fraværsmelde hende. Hun spurgte lægen, hvad hun skulle skrive til indklagede. Hun fraværsmeldte sig herefter ved mailen af 19. august til indklagede. Hun følte sig meget presset af Cs ubehagelige mail af 20. august. Hun var til læge igen den 23. august. Hun følte, at hun blev nødt til at sygemelde sig, men lægen ville fraværsmelde hende. Mødet med Arbejdsmedicinsk klinik samme dag var et videomøde. Hun vidste godt, at det var planen, at der skulle være et møde i barselsprojektet efter hendes ferie, men hvis hun ikke skulle arbejde, så hun ingen grund til at holde møde. Hun har ikke spurgt indklagede om, hvilke arbejdsopgaver der var til hende efter ferien.

B har forklaret bl.a., han har været ansat som teamleder hos indklagede. Han sagde op i september 2021. A kom ind i hans team i april 2021. Han vidste ikke dengang, at hun var gravid. Han deltog ikke i første møde i barselsprojektet, men var med til mødet den 15. juli 2021. Han inviterede G med til mødet, da han vidste, at hun også var gravid. Han bestræbte sig på at leve op til det aftalte på mødet. De havde bl.a. virksomheden 2 som kunde. Virksomheden havde flere adresser i By 1, og de grønne områder skulle sættes særlig flot i stand i forbindelse med et jubilæum i virksomheden. Han talte med Virksomhed 2s kundeansvarlige om at gøre brug af A til opgaven, og de aftalte, at kunden kun skulle betale for de effektive arbejdstimer. A medbragte en campingstol til pauserne. Han gav over for A udtryk for, at det var bedst, hun ikke holdt pauserne ved hovedindgangen, men fandt et mere diskret sted.

Han talte med A om arbejdsstillinger og håbede, at hun passede på sig selv. Han var flere gange ude for at drøfte arbejdstilpasningerne med hende og prøvede at reducere de belastende arbejdsopgaver. Hun fik bl.a. en langskaftet kultivator, som oprindeligt var købt til ham, og hun fik udleveret knæpunder.

APV'erne blev skrevet samtidig. Han deltog ved udfærdigelsen, og det blev i forbindelse hermed ændret på teksten i et tilfælde.

C har forklaret bl.a., at hun er HR Business Partner i Virksomhed 1. Virksomheden er en af de største anlægsgartnerivirksomheder i Danmark. De beskæftiger sig både med det grå og det grønne område, men er størst på det grønne område. I 2021 var 24% af de ansatte kvinder. Ligeledes i 2021 var 9 ansatte gravide. De var alle beskæftiget med drift.

Hun indkaldte til det interne møde den 12. august 2021 for at følge op på spørgsmålet om tilpasning af As arbejdsopgaver. Hun syntes, at virksomheden var gået rigtig langt i forhold til tilpasningen af arbejdsopgaver. De havde ikke mulighed for at beskæftige A uden for hendes fagområde. De, der har siddet på kontoret, har haft tekniske opgaver, som A ikke havde kompetencerne til. Hun opfattede lægeerklæringen af 23. august 2021 som en klar sygdomsmeddelelse. Hun modtog efterfølgende udtalelsen fra Arbejdsmedicinsk klinik. Hun syntes, klinikken anbefalede alt det, de allerede havde gjort.

Hun tog ikke kontakt til A efter, at virksomheden havde modtaget udtalelsen fra Aarhus Universitetshospital, Arbejdsmedicin. De havde fået en sygdomsmeddelelse fra A, så det ville de ikke.

D har forklaret bl.a., at han er afdelingsleder hos Virksomhed 1. Der var dengang 28-30 medarbejdere i afdelingen. Afdelingen beskæftigede sig med småanlæg inden for drift og med det grønne område. Da A kom ind i hans afdeling, startede hun med småanlæg, men det ændrede de, således at hun fik de grønne opgaver. Han deltog i det første møde med jordmoderen i barselsprojektet. Han syntes, det var rart at få en jordemoder med på sidelinjen.

Han var bagefter med de administrative opgaver, og de 3 APV'er blev derfor udfærdiget på samme tid, men de var udtryk for, hvad der var blevet drøftet undervejs. B var inde over udarbejdelsen, så de var sikre på, at det, der stod, var korrekt, og der blev foretaget rettelser i forbindelse med drøftelserne med B. APV'erne er ikke drøftet med A.

Han synes, de har gjort, hvad de kunne i forbindelse med at tilpasse As arbejdsopgaver. Hun fik bl.a. opgaver med træopbinding og en særlig opgave med beplantning ved en nyopført skole. Hun blev

opfordret til at holde alle de pauser, hun havde brug for. Hun havde bl.a. en lille firmabil til rådighed, som hun kunne sidde i under pauserne.

E har forklaret bl.a., at han er driftsleder og kontraktansvarlig på det grønne område. Han havde to teamledere, heriblandt B. Han blev omkring den 2. juni 2021 orienteret om As graviditet. De var herefter 5 ledere, 2 driftsledere og 3 teamledere, som satte sig sammen om at finde passende opgaver til A. De prøvede at tilpasse opgaverne så meget som muligt. De gik væk fra belægningsopgaver og over til opgaver med vanding, og vedligeholdelse, bl.a. lugning, kultivering og oprydning efter hækklipping. A blev bl.a. tilknyttet en vedligeholdelsesopgave for Virksomhed 2s fabrikker i By 1, hvor de orienterede kunden om As behov for pauser og aftalte, at kunden kun blev faktureret for den effektive tid.

Han deltog i mødet i barselsprojektet den 15. juli 2021. På dette tidspunkt vidste han, at G også var gravid. Han syntes, at det var et rigtig godt og konstruktivt møde. A var tilknyttet afdelingen i By 1. De kunne ikke tilbyde A opgaver med at beregne tilbud og planlægningsopgaver, for det havde hun ikke de rette kvalifikationer til.

F har forklaret bl.a., at han var ansat som miljøkoordinator hos indklagede fra den 1. maj 2017 til den 31. december 2021. Indklagede tilsluttede sig barselsprojektet efter en henvendelse fra Region Midtjylland. Han forventede, at det ville gøre virksomheden dygtigere vedrørende beskæftigelsen af gravide medarbejdere. Han kan vedstå referatet af det interne møde den 12. august 2021. Han blev jævnligt kontaktet af arbejdslederne under As graviditet, og han vejledte om hjælpemidler, eksempelvis knæpuder, og om den rigtige brug af redskaber, samt om pauser, herunder at pauserne skulle tilpasses efter vejrliget.

G har forklaret bl.a., at hun er uddannet jordbrugstekniker. Hun blev ansat hos indklagede i juni 2018. Hun er teamleder inden for småanlæg. Hun udregner bl.a. tilbud og sætter medarbejderne ind i opgaverne. Hun er lige nu på barsel. A var 1-1½ måned længere fremme i sin graviditet end hun var. B inviterede hende med til samtalen med jordmoderen den 15. juli 2021. De hørte alle, hvad der blev sagt. De har prøvet at finde de bedste skåneopgaver til A. Hun foreslog arbejdsopgaven med opbinding af træer. Der blev også nævnt pauser hvert 20. minut. A havde en alarm, der gik, når det var tid for pauser, så de følte, at det var der styr på.

Hun tilbød A en opgave på den nybyggede Akole 1 med bl.a. opbinding af nyplantede træer. A var imidlertid ikke interesseret i at køre så langt væk fra By 1, så hun kom aldrig derud. Vedligeholdelsesopgaverne skulle som udgangspunkt gøres igennem hver tredje uge, men der kunne være særlige events, der krævede ekstra arbejde. I så fald kom der flere folk på opgaven. Hun føler ikke, at hun har presset A. Hun har sagt, hvor længe en opgave plejer at tage, men hun har ikke sagt, at A skulle være færdig på denne tid. De havde bl.a. en almindelig lugeopgave af et bed på adresse 1. A kontaktede hende, og oplyste, at hun ikke kunne nå at luge færdig. Hun blev overrasket herover, for opgaven plejer at tage 1-2 timer, så hun kunne ikke forstå, at A havde brugt en hel dag. Hun tog ud og lugede et stykke af bedet færdig sammen med A. A fik herefter lov til at tage hjem. Hun lugede selv resten af opgaven.

Parternes hovedsynspunkter

Klager har anført navnlig, at A med rette blev fraværsmeldt i henhold til barselslovens § 6, stk. 2, nr. 2, og at hun derfor har krav på fuld løn frem til barnets fødsel.

Der er efter forarbejderne til barselsloven ikke noget krav om, at der skal være enighed mellem arbejdsgiver og lønmodtager for, at en fraværsmelding kan være berettiget. Tværtimod er det fastslået ved retsformandsafgørelse af 30. marts 2011 i AR2010.0409, at den, der hævder at være berettiget til fravær efter barselslovens § 6, stk. 2, nr. 2, har bevisbyrden for, at betingelserne herfor er opfyldt. Denne bevisbyrde er løftet i denne sag.

Det fremgår af AT vejledning nr. 9170 om gravides og ammendes arbejdsmiljø, at det arbejde A udførte for Virksomhed 1, kunne indebære risiko for fostret eller graviditeten. Dette er også fastslået i vurderingen fra Arbejdsmedicinsk Klinik, hvor tilpasningskravene er anført. Det følger af vurderingen, at A har ret til fraværsmelding, såfremt det ikke er muligt at ændre arbejdet eller omplacere hende, så belastningerne når et acceptabelt niveau.

Det gøres gældende, at indklagede ikke har gjort tilstrækkeligt for at tilpasse arbejdsopgaverne.

Der er ikke løbende udfærdiget APV'er. Ansvar for tilrettelæggelsen af arbejdsopgaverne blev reelt overladt til B, der ikke blev instrueret herom af ledelsen. Skånetiltagene havde ikke tilstrækkelig effekt. Pauser skulle holdes i det skjulte og havde derfor ikke den tilsigtede effekt. Ledelsen fulgte endvidere ikke op på, at der blev holdt de fornødne pauser. A oplevede at få deadlines på opgaverne, hvilket pressede hende. Hjælpemidler som langskaftet kultivator og knæpuder blev ikke særskilt bestilt hjem til hende og gav ikke de fornødne skånehensyn. Arbejdet var simpelthen for hårdt, og der blev ikke gjort nok for at afhjælpe den risiko for fostret, som arbejdet medførte.

Hertil kom, at A ikke blev tilbudt anden passende beskæftigelse. Indklagede har ikke gjort et oprigtigt forsøg på at omplacere A. En omplacering behøver ikke at være inden for samme arbejdsområde.

A var med rette fraværsmeldt. Hun opfyldte betingelserne for en fraværsmelding, da hun den 19. august 2021 fraværsmeldte sig. Hendes læge mente, at fraværsmelding var det rette, således som han også anførte i sin udtalelse af 23. august 2021. På dette tidspunkt var alle tilpasningsforsøg forgæves forsøgt. At han også sygemeldte hende, skyldtes en bøn fra A, der var presset på grund af truslen om bortvisning.

Indklagede har anført navnlig, at klager ikke har godtgjort, at forholdene på arbejdspladsen nødvendiggjorde en fraværsmelding i medfør af barselslovens § 6, stk. 2, nr. 2. A må herefter anses for sygemeldt i henhold til barselslovens § 6, stk. 2, nr. 1, i perioden fra den 23. august 2021 frem til barselsorloven.

Det gøres gældende, at indklagede har gjort tilstrækkeligt for at tilpasse As arbejdsopgaver, således at disse udgjorde anden passende beskæftigelse. Der må herved henses til, at hun blev flyttet til det grønne område, at indklagede tilbød A at deltage i projektet Graviditet og Trivsel, at hun på det indledende møde den 2. juni og det opfølgende møde den 15. juli blev vejledt om, hvilket arbejde hun skulle undgå, bl.a. tunge løft og vrid i bækkenet, og at hun blev vejledt om og opfordret til at holde pauser. Var der deadlines for arbejdsopgaverne, blev dette løst ved, at andre kolleger bistod.

Tilpasningerne af arbejdsopgaverne levede op til, og gik endda videre, end anbefalingerne i udtalelsen af 23. august 2021 fra Arbejdsmedicinsk Klinik. Udtalelsen beror i øvrigt udelukkende på As egne oplysninger. Det er ikke bevist, at arbejdet efter de foretagne tilpasninger var for hårdt og udgjorde en risiko for fostret og graviditeten.

Det er uden betydning, at APV'erne først er udarbejdet i august 2021. Udarbejdelsen er ikke et formkrav. Der har løbende været dialog mellem parterne, og forløbet er dokumenteret bl.a. gennem referaterne fra møderne i projektet Graviditet og Trivsel.

Lægeerklæringen af 23. august 2021 er efter sit indhold en sygemelding og ikke en fraværsmelding. Det må komme A bevismæssigt til skade, at hun, i modsætning til, hvad der blev anbefalet fra Arbejdsmedicinsk klinik, ikke i tiden efter Arbejdsmedicinsk rapportens udfærdigelse, ville indgå i en dialog med indklagede om skånehensynene.

Opmandens begrundelse og resultat

A arbejdede som anlægsgartner hos indklagede, Virksomhed 1. I foråret 2021 konstaterede hun, at hun var gravid. Hun var på dette tidspunkt beskæftiget inden for ”det grønne område”, dvs. fortrinsvis med beplantningsopgaver, plantepleje, græspleje og klipning.

Under sin graviditet var A sygemeldt med kvalme indtil den 7. juni 2021, hvorefter hun var deltids-sygemeldt, indtil hun den 12. juli 2021 raskmeldte sig. Hun arbejdede herefter på fuld tid, indtil hun gik på ferie mandag den 2. august 2021, dog var hun i denne periode sygemeldt i 4 dage, herunder de sidste tre arbejdsdage før ferien.

Efter at As graviditet var blevet kendt, tog indklagede initiativ til, at A deltog i projektet Graviditet og Trivsel. På møder i projektet den 2. juni og 15. juli 2021 med deltagelse af bl.a. H blev hun og arbejdspladsen vejledt om, hvilke tilpasninger, der burde gøres under As arbejde som anlægsgartner.

Jeg lægger efter de afgivne forklaringer til grund, at indklagede tog initiativ til tilpasning af arbejdsopgaverne, herunder ved at opfordre A til at holde de tilrådede pauser. Jeg lægger herved til grund, at A havde mulighed for at holde siddende pauser på en medbragt campingstol og i en firmabil.

Under sin ferie sendte A torsdag den 19. august 2021 en mail til indklagede, hvori hun fraværsmeldte sig, idet hun oplyste, at hendes læge havde valgt at fraværsmelde hende, idet hun ikke kunne møde ind til ledbelastende arbejde, som var det, der blev stillet hende til rådighed. Under den efterfølgende mailudveksling foreslog indklagede bl.a. et møde med den jordemoder, der var tilknyttet projektet Graviditet og Trivsel, hvor parterne kunne drøfte ledbelastningerne i forhold til de arbejdsopgaver, som indklagede kunne tilbyde.

Efter henvisning fra sin læge havde A mandag den 23. august 2021 en samtale med Arbejdsmedicin, Aarhus Universitetshospital. Arbejdsmedicinsk Klinik vurderede i en erklæring af samme dag, at den gravide ville kunne fortsætte arbejdet, hvis hun kunne veksle mellem stående/gående/knælende/hug-siddende og siddende arbejde samt holde pauser som aflastning. I erklæringen anbefalede Arbejdsmedicinsk Klinik, at arbejdspladsen, gerne i samråd med den gravide, vurderede, hvorvidt klinikkens råd til skånehensyn kunne efterkommes.

A sygemeldte sig imidlertid samme dag og sendte en lægeerklæring til indklagede. I erklæringen anfører lægen, at A er syg og skal være sygemeldt resten af graviditeten, men anfører tillige, at han finder, at en fraværsmedling ville være det rette. A mødte ikke på arbejde herefter.

Som følge af As sygemelding blev der ikke gennemført et møde om mulighederne for aflastning på arbejdet.

Det er herefter spørgsmålet, om A med rette var fraværsmeldt, eller om hun må anses for sygemeldt.

Efter de foreliggende oplysninger finder jeg, at klager ikke godtgjort, at det ikke ville være muligt at tilrettelægge arbejdet som anlægsgartner således, at der kunne tilbydes en passende beskæftigelse, således at arbejdets karakter ikke ville medføre risiko for fostret eller graviditeten. Jeg finder det heller ikke godtgjort, at indklagede ikke ville have været indstillet på at tilrettelægge arbejdet i overensstemmelse med Arbejdsmedicinsk Kliniks anvisninger. Jeg har herved navnlig lagt vægt på, at Arbejdsmedicinsk Klinik vurderede, at den gravide ville kunne fortsætte arbejdet med nærmere angivne tilpasninger af arbejdet, og at jeg finder, at det beroede på As forhold, at der ikke blev holdt et møde efter hendes ferie til drøftelse af mulige tilpasninger.

På den anførte baggrund finder jeg herefter, at klager ikke har godtgjort, at betingelserne for en fraværsmedling efter barselslovens § 6, stk. 2, nr. 2, er opfyldt. Jeg tager derfor indklagedes frifindelsesspåstand til følge.

Derfor bestemmes:

Indklagede, Virksomhed 1, frifindes.

Hver part bærer egne omkostninger og betaler halvdelen af udgiften til opmand.

Den 28. oktober 2022

Jytte Scharling