

OPMANDSKENDELSE

afsagt mandag den 7. oktober 2024

af fhv. højesteretspræsident Thomas Rørdam

i faglig voldgift sag FV 2023-1117

FOA – Fag og Arbejde

for

A

(advokat Jeppe Wahl-Brink)

mod

Dansk Erhverv Arbejdsgiver

for

Virksomhed 1 under konkurs

(advokatfuldmægtig Michaela Strand)

Uoverensstemmelsen

Sagen angår, om det var berettiget, at virksomheden den 31. august 2022 bortviste A fra hendes stilling som social- og sundhedsassistent i udekørende hjemmepleje, og – hvis det ikke er tilfældet – om det ville have været sagligt at afskedige A. Der skal endvidere tages stilling til det økonomiske opgør mellem parterne, hvis bortvisningen ikke var berettiget.

Påstande

Klager, FOA – Fag og Arbejde for A, har påstået Virksomhed 1 under konkurs tilpligtet at

- 1) betale 34.780,69 kr. med sædvanlig procesrente fra sidste lønningssdag og
- 2) betale 16.052,62 kr. med sædvanlig procesrente fra bortvisningsdagen.

Indklagede, Dansk Erhverv Arbejdsgiver for Virksomhed 1 under konkurs, har påstået frifindelse, subsidiært betaling af mindre beløb end påstået af klager.

Der er enighed om, at beløbet i påstand 1 svarer til løn i opsigelsesperioden, og at beløbet i påstand 2 svarer til løn i 2 uger.

Sagens behandling

Opmanden, fhv. højesteretspræsident Thomas Rørdam, traf den 26. oktober 2023 afgørelse om, at sagen skulle behandles sammen med sagerne FV 2023-1069, FV 2023-1118, FV 2023-1119 og FV 2023-1120.

Den mundtlige forhandling af de fem sager fandt sted den 10. juni og den 24. september 2024 hos Dansk Arbejdsgiverforening.

Sidedommerne for klageren var advokat Tine Marie Andersen og advokat Mumme Thing.

Sidedommerne for indklagede var advokat Tina Munch og advokatfuldmægtig Anne Skarequist.

Der blev i relation til A's sag afgivet forklaringer af A og B.

Votering fandt sted den 4. oktober 2024 hos FOA – Fag og Arbejde. Efter aftale mellem parterne og sidedommerne deltog alene opmanden og sidedommerne Mumme Thing og Anne Skarequist i voteringen. Der var ikke flertal for et resultat blandt sidedommerne. Afgørelsen er derfor truffet af opmanden.

Virksomhed 1 blev erklæret konkurs ved dekret afsagt den 30. august 2024. Dansk Erhverv har den 18. september 2024 oplyst, at boet ikke ønsker at indtræde i sagen.

Sagsfremstilling

A blev den 22. oktober 2021 ansat hos Virksomhed 1 som social- og sundhedsassistent i udekørende hjemmepleje med tiltræden den 22. november 2021.

Af lægeerklæring af 29. juli 2022 fremgår vedrørende A:

”Ovenstående patient har d. 24.07.2022 pådraget sig en svær forstuvning og forventet sygemeldt på fuld tid frem til 07.08.2022.”

Af hospitalsjournal vedrørende undersøgelse af A den 25. juli 2022 fremgår bl.a.:

”Objektiv undersøgelse:

Ve ankel: Der findes minimal hævelse. Ingen misfarvning samt dir. og indir. ømhed sv.t. laterale malleol.

Smertebegrænset bevægelighed

...

Røntgen viser ingen tegn for fraktur.

...

Roligt regi indtil smertefrihed. Instrueres i RICE-princippet.

...

Der anlægges støttebind indtil smertefrihed, aftages om natten.

...”

Den 1. august 2022 sendte B følgende mail til A:

”...

Jeg vil gerne invitere dig til sygesamtale onsdag d. 3. aug. Kl. 10.10.

Bekræft venligst gerne?”

Den 4. august 2022 kl. 10.36 sendte B følgende mail til A:

”Du bliver indkaldt til samarbejds møde kl. 12:30.”

Den 8. august 2022 sendte A følgende mail til B:

”Hej B. Jeg er fortsat sygemeldt med min fod, vil du rykke mødet eller skal jeg få en til at køre mig op til jer?”

Der var herefter ikke korrespondance mellem A og B, før B den 14. august 2022 sendte A følgende e-mail:

”Kære A

Hvad er status omkring din sygemelding?

Håber alt vel.”

Af lægejournal af 25. august 2022 fremgår:

”... ringer fra Kroatien. Kraftig forstuvning af anklen for 4 uger siden. Rtg. i.a. Stadig påvirket med smerter i fod og specielt ankelled. Råd og vejledning: Er først hjemme til weekenden, aftaler hun ringer i næste uge ved behov for til til vurd.”

A blev efter at være kommet tilbage fra ferien i Kroatien tilset af sin læge den 29. august 2022. Lægen henviste hende til røntgenundersøgelse på hospital. Denne undersøgelse fandt sted samme dag. Af hospitalsjournal vedrørende den 29. august 2022 fremgår bl.a.:

”...

Fortsat udtalte smerter i ve. Ankel efter vrid for ca. 4 uger siden. Var besværet efterfølgende på ferie i Kroatien. Ingen hævelse eller ødemer på noget tidspunkt. Har en sovende fornemmelse og har smerter ved bevægelse. Har en høj smertetærskel.

...

Objektivt: Hævet omkring anklen.

Direkte + indirekte ømhed laterale malleol. Henv akut af ve ankel, obs overset fraktur.

...”

I dagene den 28.-30. august 2022 var der telefonisk kontakt og sms kontakt mellem A og B. A orienterede herunder B om røntgenundersøgelsen. Hun skrev senest den 30. august 2022 kl. 11.55 til B:

Hej B. Jeg venter stadig på svar, min læge har ikke fået billederne endnu.”

Herefter var der ikke yderligere kontakt mellem dem, før hun blev bortvist den 31. august 2022.

Af bortvisningsbrevet, som er underskrevet af B, fremgår:

”Idet du er udeblevet fra en sygefraværssamtale den 3. august 2022, er udeblevet fra dit arbejde den 8. august 2022 og frem, samt uretmæssigt er rejst på ferie til bl.a. Østrig og Kroatien i perioden, hvor du er udeblevet fra arbejdet, ophæves din ansættelse som social- og sundhedsassistent hos Virksomhed 1 med øjeblikkelig virkning.

Dette er ensbetydende med, at du er bortvist fra virksomheden pr. dags dato.

Din bortvisning er altså forårsaget af, at du har handlet groft illoyalt ved at udeblive fra sygefraværssamtale og dit arbejde, og samtidig tage på udlandsrejse, samtidig med din ansættelse hos Virksomhed 1, hvor du uretmæssigt har sygemeldt dig. Din adfærd udgør en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet.

...”

Resultatet af den røntgenundersøgelse, der blev foretaget den 29. august 2022, forelå først efter bortvisningen.

I maj 2024 blev A's læge anmodet om at besvare følgende spørgsmål:

”1. Kan du bekræfte, om der i A’s lægejournal er noget som tilsiger, at der er sket en forværring af hendes ankelskade som følge af ferien til Kroatien?

2. Kan du bekræfte om der er noget i A’s lægejournal som tilsiger, at helingsprocessen er blevet forlænget som følge af ferien til Kroatien?

3. Er der andre indikationer af, at A’s ferie til Kroatien har haft negativ virkning på hendes ankelskade eller helingen heraf?

4. Er det efter din opfattelse sædvanligt, at man med den diagnose, som A fik stillet den 25. juli 2022, vejleder patienter i, at de må bruge deres fod/ankel til smertegrænsen?”

Lægen afgav herefter følgende erklæring den 29. maj 2024:

”...

A kontaktede undertegnede telefonisk 25. august fra Kroatien, da hun fortsat oplevede smerter i anklen. Hun blev tilset af undertegnede i klinikken 29. august og grundet fortsat hævelse over ankelled og ømhed, blev hun sendt til røntgen igen. Røntgenbilledet var normalt.

A blev i oktober 2022 henvist til fysioterapi grundet fortsatte smerter i anklen.

Som svar på de stillede spørgsmål:

- 1) Der er ikke sket en forværring af A’s tilstand i Kroatien (der er ikke sket nye traumer/vrid), men gang og fysisk aktivitet kan forlænge perioden med ømhed og hævelse efter et ankeltraume. Hurtig brug af foden efter et vridtraume gør IKKE prognosen dårligere.
- 2) Nej, det kan ikke bekræftes. A blev som nævnt tilset i klinikken 29/8 grundet vedvarende hævelse og ømhed i anklen. Det er forventeligt, at dette kan ske, når anklen tages i brug efter et vridtraume: gang, forsigtigt løb og anden almindelig brug af foden. Der er lavet kontrolrøntgen der afviser ankelfraktur. Der er således ingen holdepunkter for at aktivitet på ferien har forværret A’s tilstand.
- 3) A har brugt foden nær-normalt under ferien i Kroatien – A har så vidt undertegnede er informeret ikke deltaget i ekstreme aktiviteter som frarådes efter ankeltraumer. Hævelsesperioden kan være længere når foden tages i brug, men A han ikke handlet mod de gængse behandlingsprincipper og retningslinjer efter ankelskade.
- 4) Ja, det er gængs vejledning at man efter få dage skal bruge foden inden for smertegrænsen. De fysioterapeutiske retningslinjer bakker op herom, da langvarig inaktivitet giver længere rekonvalescensperiode og øger risikoen for stivhed i leddet”

Det er oplyst, at A har modtaget sygedagpenge med 9.415 kr. i perioden fra den 1. til den 25. september 2022.

Der er enighed om, at ansættelsesforholdet er omfattet af den dagældende fritvalgsoverenskomst, og at spørgsmålet om godtgørelse for usaglig afskedigelse skal afgøres efter hovedaftalens § 4 og Afskedigelsesnævnets praksis.

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun er uddannet social- og sundhedsassistent. Hun blev ansat i Virksomhed 1 i november 2021 og arbejdede som udekørende hjemmeplejer. Den 24. juli 2022 faldt hun ned ad en trappe og forstuvede foden. Uheldet var ikke arbejdsrelateret. Efter uheldet sygemeldte hun sig via Virksomhed 1's vagttelefon, hvilket var i overensstemmelse med retningslinjerne. Under sygemeldingen blev hun bedt om at fremskaffe en lægeerklæring, hvad hun gjorde. Det fremgår af lægeerklæringen, at hun forventet ville være sygemeldt på fuld tid til den 7. august 2022. Hun blev den 1. august 2022 af B indkaldt til en sygesamtale den 3. august 2024. Indkaldelsen blev sendt til hendes private mailadresse, som hun ikke tjekkede hver dag. Hun blev ikke kontaktet på anden måde vedrørende indkaldelsen. Hun mødte ikke op til samtalen, da hun ikke havde set mailen med indkaldelsen. Den 4. august 2022 kl. 10.36 indkaldte B hende pr. mail til samme mailadresse til en ny samtale samme dag kl. 12.30. Hun så heller ikke denne indkaldelse i rette tid. Efter senere at have set de to mails fra B svarede hun straks den 8. august 2022 pr. mail, at hun fortsat var sygemeldt, og hun spurgte, om B kunne rykke mødet, eller om hun skulle få nogen til at køre hende til Virksomhed 1. Hun modtog ikke svar på denne mail.

Hun raskmeldte sig via vagttelefonen lørdag den 13. august 2022. Hun havde tidligere aftalt med virksomheden, at hun skulle holde ferie fra den 13. til den 26. august 2022. Raskmeldingen skete i forventning om, at foden ville være i orden efter ferien. Hun rejste lørdag den 13. august med sin familie på ferie i bil til Kroatien, hvor hendes familie har en ferielejlighed. Den 14. august skrev B til hende og spurgte til status med hensyn til hendes sygemelding. Hun havde i den anledning en telefonsamtale med B den 16. august. Under samtalen sagde hun til B, at hun håbede på at kunne genoptage sit arbejde efter ferien. Det tog B til efterretning. Hun kom hjem fra ferie i weekenden den 27.-28. august og forsøgte søndag den 28. august at ringe til B for igen at sygemelde sig, da hun fortsat havde smerter i foden. Hun kunne ikke få kontakt til B og sendte ham derfor en sms med anmodning om, at han ringede til hende. Han ringede ikke, og hun sygemeldte sig derfor til vagttelefonen om morgenen mandag den 29. august. Hun konsulterede sin læge samme dag, og lægen sendte hende ligeledes samme dag til hospitalet til observation for fraktur i foden. Mens hun ventede på svar på røntgenundersøgelsen på hospitalet, talte hun telefonisk med B, som gav udtryk for, at han ikke havde råd til at have hende ansat, når hun var syg. Under en fornyet samtale med B få minutter senere sagde han, at en løsning kunne være, at hun i en periode varetog stillesiddende arbejdsopgaver. Hun svarede, at det var ok, men at hun først ville kende resultatet af røntgenundersøgelsen. Hun sagde, at hun ville vende tilbage, når resultatet forelå. Den 30. august sendte hun en sms til B med besked om, at hun fortsat ventede på svar. Den 31. august blev hun bortvist, uden at der havde været yderligere kontakt. Hun modtog resultatet af røntgenundersøgelsen to dage efter, at hun blev bortvist. Undersøgelsen viste, at foden ikke var brækket. B bad hende ikke på noget tidspunkt om en ny lægeerklæring.

Ferien i Kroatien var meget afslappende. Stranden lå 2-3 min. gang fra ferielejligheden. Hun opholdt sig mest i lejligheden på grund af problemerne med foden. Med hensyn til de fremlagte billeder fra Instagram har hun forklaret, at hun ikke er med på billedet, hvor man ser en kvinde skubbe på en båd i vandet. Det er hende, der har taget billedet. Det skete fra en madras. Hun tog også billedet, hvor

man ser to både ved en mole. Om billedet, hvor man ser en ATV, har hun forklaret, at hun sad bagpå som passager på køretøjet. Hun deltog kun i turen i ca. 10 minutter. Om billedet, hvor man ser et kort over en nationalpark, har hun forklaret, at hun sejlede til parken. Hun gik kun ca. 375 meter i parken. Hun gik med støttebind. Hendes tilstand med foden blev ikke forværret under ferien. Hun var sygemeldt til januar 2023.

B har forklaret bl.a., at han etablerede Virksomhed 1 i 2008. Virksomheden leverede hjemmeplejeydelser til kommuner.

Han så de billeder, A havde lagt på Instagram under sin ferie i Kroatien. Han anså de aktiviteter, billederne viste, som klart uforenelige med hendes sygemeldinger før og efter ferien. Han har ikke erindring om, at han tog en drøftelse med A om Instagram billederne inden bortvisningen.

Parternes argumenter

Parternes argumenter er i fornødent omfang indarbejdet i opmandens begrundelse.

Opmandens begrundelse og resultat

Til støtte for, at bortvisningen af A var berettiget, har indklagede påberåbt sig:

- 1) at hun udeblev fra sygefraværssamtale den 3. august 2022,
- 2) at hun fra den 8. august til den 12. eller 13. august og igen fra den 29. august 2022 var fraværende fra sit arbejde som følge af sygemeldinger, men at hun reelt ikke var syg på en sådan måde, at hun ikke helt eller delvist kunne passe sit arbejde, og
- 3) som et subsidiært anbringende til anbringende 2 at hun under sin ferie i Kroatien fra den 13. til den 27./28. august 2022 udførte aktiviteter, som forværrede hendes tilstand og var årsag til, at hun efter ferien på ny sygemeldte sig.

Såfremt bortvisningen ikke findes berettiget, har indklagede gjort gældende, at A ikke skal have medhold i påstand 2, da hun sagligt kunne have være afskediget.

Jeg lægger som ubestridt til grund, at A den 24. juli 2022 faldt og forstuede venstre fod, og at hun i overensstemmelse med lægeerklæringen af 29. juli 2022 med rette var fuldtidssygemeldt fra den 24. juli til den 7. august 2024. Jeg lægger efter bevisførelsen endvidere til grund, at virksomhedens leder B den 1. august ved mail til A's private mailadresse indkaldte hende til en sygefraværssamtale den 3. august, og at han – da hun ikke mødte op til samtalen – den 4. august kl. 10.36 ved mail til samme mailadresse indkaldte hende til et samarbejds møde samme dag kl. 12.30, hvor hun heller ikke mødte op. A har forklaret, at hun først så indkaldelserne den 8. august, hvor hun skrev til B, at hun fortsat var sygemeldt og spurgte, hvordan sygefraværssamtalen kunne gennemføres. B besvarede ikke umiddelbart A's mail, men sendte hende den 14. august en mail, hvor han spurgte, hvad status var med hensyn til hendes sygemelding og gav udtryk for et håb om, at alt var vel.

B gav på intet tidspunkt før bortvisningen den 31. august udtryk for, at det manglende fremmøde den 3. august skulle have ansættelsesmæssige konsekvenser, og han tog heller ikke et nyt initiativ til at

indkalde A til en sygefraværssamtale. Allerede af disse grunde – og under hensyn til indholdet af de mails, der blev sendt den 8. og 14. august – kan bortvisningsbegrundelse 1 om manglende fremmøde til samtalen den 3. august ikke i sig selv eller sammen med andre forhold begrunde bortvisning, og det manglende fremmøde ville heller ikke kunne indgå i et sagligt afskedigelsesgrundlag.

Jeg lægger efter bevisførelsen til grund, at det var aftalt med virksomheden, at A skulle holde ferie fra den 13. til den 26. august 2022. Efter udløbet af den første sygemelding den 7. august forlængede hun den 8. august sin sygemelding. Hun var herefter sygemeldt, indtil hun raskmeldte sig lørdag den 13. august, umiddelbart før feriestart. Raskmeldingen skete ifølge A's forklaring i forventning om, at foden ville være i orden efter ferien.

Jeg har ikke grundlag for at tilsidesætte A's forklaring om forløbet af ferien i Kroatien, og jeg finder derfor, at det ikke ved de fremlagte Instagram-fotos eller på anden måde er godtgjort, at A under sin ferie i Kroatien har udført aktiviteter, der viser, at hun fra den 8. august 2022 til feriestart reelt ikke var syg og ude af stand til at møde på arbejde.

Jeg finder heller ikke noget andet grundlag for at anfægte sygemeldingen i perioden fra den 8. august 2022 til feriestart og bemærker, at virksomheden ikke bad A om en ny lægeerklæring.

Jeg finder dernæst ikke grundlag for at fastslå, at det var med urette, at A den 29. august 2022 på ny sygemeldte sig, ligesom jeg efter A's forklaring og lægeerklæringen af 29. maj 2024 ikke finder det godtgjort, at A under ferien har udført aktiviteter, som har forværret hendes tilstand og forårsaget den fornyede sygemelding. Jeg lægger for så vidt angår A's tilstand ved sygemeldingen den 29. august vægt på, at hun denne dag opsøgte sin læge som følge af smerter i foden, og at lægen ved konsultationen observerede, at foden var hævet omkring anklen, og at der var ømhed, hvilket førte til, at lægen sendte hende til røntgenundersøgelse samme dag på et hospital med diagnosen "obs overset ankelfraktur". Røntgenundersøgelsen blev gennemført den 29. august, og A havde fra hospitalet telefonsamtaler med B, hvor muligheden af, at hun udførte stillesiddende arbejdsopgaver i virksomheden blev drøftet. Jeg lægger til grund, at A ikke var afvisende over for at udføre stillesiddende arbejdsopgaver, men at hun gav udtryk for, at hun ønskede at afvente resultatet af røntgenundersøgelsen, inden hun tog endelig stilling. Den 30. august sendte A en sms til B med besked om, at hun fortsat afventede resultatet. Den 31. august blev hun bortvist, uden at der havde været yderligere kontakt mellem dem. Resultatet af røntgenundersøgelsen forelå først efter bortvisningen.

Efter det anførte kan jeg heller ikke tiltræde indklagedes anbringender 2 og 3 til støtte for bortvisningens berettigelse, ligesom jeg ikke kan tiltræde, at de forhold, der er nævnt i disse anbringender, kunne indgå i et sagligt afskedigelsesgrundlag.

Jeg tager herefter A's påstand 1 om løn i en periode svarende til opsigelsesperioden til følge, og jeg tager påstand 2 om godtgørelse for usaglig afskedigelse til følge med 10.000 kr. som nedenfor bestemt, idet jeg bemærker, at indklagede ikke har anfægtet rentepåstanden. A har i perioden fra den 1. til den 25. september 2022 modtaget sygedagpenge med 9.415 kr. Det er uklart, om kommunen som følge af afgørelsen i den foreliggende sag vil kræve beløbet tilbagebetalt, jf. herved Ankestyrelsens principafgørelse 42-13 af 8. marts 2013, U 2020.978 H og Arbejdsrettens dom af 10. april 2014 i sag AR2013.0748. Som følge heraf reduceres påstandsbetrag 1 med 9.415 kr., idet indklagede for tiden frifindes for betaling af dette beløb.

Thi bestemmes

Virksomhed 1 under konkurs skal inden 14 dage til FOA – Fag og Arbejde for A betale 25.365,69 kr. med sædvanlig procesrente fra sidste lønningsdag og 10.000,00 kr. med sædvanlig procesrente fra bortvisningsdagen.

Virksomhed 1 under konkurs frifindes for tiden for betaling af yderligere 9.415,00 kr. med sædvanlig procesrente fra sidste lønningsdag.

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

Thomas Rørdam