

**OPMANDSKENDELSE**

**afsagt mandag den 7. oktober 2024**

af fhv. højesteretspræsident Thomas Rørdam

i faglig voldgift sag FV 2023-1119

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 1. oktober 2022 bortviste A, der var tillidsrepræsentant, fra hendes stilling som social- og sundhedsassistent i udekørende hjemmepleje, og – hvis det ikke er tilfældet – om det ville have været sagligt og båret af tvingende årsager 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 105.995,93 kr. med sædvanlig procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid og
- 2) betale 58.856,40 kr.

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 4 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 2023-1117, FV 2023-1118 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, B, C, D og E.

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 15. oktober 2021 ansat hos Virksomhed 1 som social- og sundhedsassistent i udekørende hjemmepleje med virkning fra den 23. oktober 2021.

Den 23. september 2022 blev A bortvist. Af bortvisningsbrevet, som er underskrevet af E, fremgår:

”Idet du den 20. september 2022, har afholdt et møde på Virksomhed 1’s By 1-kontor med ansatte i virksomheden ... hvorpå du har undergravet Virksomhed 1 ved at bl.a. opfordre de ansatte i Virksomhed 1 til at melde sig syge, selvom de ikke rigtigt er syge, 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 ytre du selv melder dig syg, selvom du ikke er det – samt opfordre andre til at melde sig syge i strid med sandheden og derved tilskyndet til at begå bedrageri overfor Virksomhed 1, hvilken adfærd udgør en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet.

Herudover er det i dag kommet til vores kundskab fra ansatte i Virksomhed 1, at du har omtalt nogle af vores borgere som ”hættemåger” overfor andre ansatte i Virksomhed 1, hvorved du ytrede racistisk, at du ikke ønskede at servicere borgere med anden etnisk herkomst og har derved udøvet arbejdsvægring, da en betydelig del af vores borgere (og ansatte i Virksomhed 1) er nydanskere, hvilket menneskesyn, er helt uforeneligt med Virksomhed 1’s værdier, ligesom du også groft har misligholdt dine arbejdspligter ved blot at gå ind til borgerne, tænde og slukke lyset og gå igen uden at tilse dem ifølge en ansat i Virksomhed 1 samt anmeldt en ugyldig arbejdsskade, idet du blot ikke ønskede at arbejde sammen med vedkommende samt tilskynder til, at Virksomhed 1 skal gå konkurs.

...”

D har den 24. september 2022 afgivet følgende erklæring:

”... afgiver hermed ... tro og love erklæring på, at jeg som ansat i Virksomhed 1 ... til et møde lavet af A den 20. september 2022 sagde A bl.a., at man bare kunne melde sig syg i Virksomhed 1, selvom man ikke var syg, og at A selv bare meldte sig syg i strid med sandheden. Jeg bekræfter ved min underskrift hermed rigtigheden af oplysningen.”

F har afgivet følgende udaterede erklæring i anledning af bortvisningen:

Det drejer sig om afsnittet vedr hendes omtale af ordet hættemåge.

I kvag af min stilling som Sous-chef, har jeg en morgen for nogle måneder siden, oplevet at A fortæller om sin nattevagt og her omtaler hun en samarbejdspartner i den kommunale sygepleje som hættemåge. Jeg korrigerer straks A om at man ikke omtaler samarbejdspartner på denne måde, hvilket hun herefter ikke har gjort til min viden.

Da jeg får bortvisningen læst op af E fredag den 23/9-22, inden den er blevet afleveret til A, beder jeg ham straks om at ændre ordlyden og det faktuelle i ovenstående udsagn, hvilket jeg erfarer lørdag den 24/9-22 at han ikke har gjort.

Jeg tager ikke stilling til, om bortvisningen er berettiget eller ej, men det er vigtigt for mig at det der står i bortvisningen er korrekt, da det jo er min oplevelse med A der omtales, hvilket det viser sig at det ikke er.

...”

Der er enighed om, at ansættelsesforholdet er omfattet af den dagældende fritvalgsoverenskomst, og at spørgsmålet om godtgørelse for usaglig afskedigelse skal afgøres efter denne overenskomst, herunder reglerne i overenskomsten om tillidsrepræsentanter, samt efter hovedaftalens § 4 og Afskedigelsesnævnets praksis.

## **Forklaringer**

A har forklaret bl.a., at hun er uddannet social- og sundhedsassistent. Hun blev ansat hos Virksomhed 1 i oktober 2021. Hun udførte udekørende hjemmepleje som nattevagt i tidsrummet fra kl. 23 til kl. 07. Hun mødte typisk ind på arbejdspladsen ved 22.15/22.30-tiden, så hun havde tid til at sætte sig ind i eventuelle oplysninger om de borgere, der skulle besøges, af betydning for hendes besøg. Hun kørte en bestemt besøgsrute i By 2, By 1, By 3 og By 4. Ved siden af besøgene stod hun til rådighed i tilfælde af nødkald. Hun var normalt alene på sine nattevagter. Alle borgere, hun besøgte på sine nattevagter, skulle tilses. Et almindeligt tilsyn indebærer, at vagten skal lukke sig ind til borgeren og se, om alt ser ud til at være i orden. Sover borgeren, skal borgeren ikke vækkes, medmindre der er tegn på, at noget er galt, eller at det f.eks. er indiceret, at borgeren skal have skiftet ble. Der er ikke noget i vejen for, at et tilsyn kan udføres på den måde, at vagten står i døråbningen til borgerens soveværelse og konstaterer, at borgeren sover, og at alt ser ud til at være i orden, herunder at der er frie respirationsveje. Det kunne tænkes, at kommunen for visse borgere havde bestemt, at de ikke bare skulle tilses, men at bestemte opgaver skulle udføres, f.eks. bleskift. I så fald skulle disse opgaver selvfølgelig udføres. Hun havde typisk mellem 10 og 25 besøg på en nattevagt udover nødkald.

Hun blev i maj 2022 valgt som tillidsrepræsentant for FOA hos Virksomhed 1. Baggrunden herfor var, at flere medarbejdere havde oplevet problemer med manglende pensionsindbetalinger fra Virksomhed 1. Der var også problemer med fejl i ansættelseskontrakter og utilstrækkelige overarbejdsbetalinger. Derudover var der problemer i form af, at medarbejdere kunne føle sig presset af ledelsen af Virksomhed 1 til ikke at sygemelde sig, selv om de var syge. Der var eksempler på, at medarbejdere blev truet med afskedigelse, hvis de efter en sygdomsperiode sygemeldte sig igen. Det førte til, at medarbejdere af og til kom syge på arbejde, herunder med Corona-smitte.

I september 2022 indkaldte hun til tre møder med medarbejderne hos Virksomhed 1 – den 19. september i By 2, den 20. september i By 1 og den 23. september i By 2. Indkaldelserne fandt sted i tilslutning til, at hun havde deltaget i et tillidsrepræsentantkursus. E blev orienteret om, at møderne skulle afholdes. Formålet med møderne var, at hun kunne fortælle medarbejderne, hvad hun kunne hjælpe med som tillidsrepræsentant. Før møderne blev afholdt, havde hun talt med E om problemerne med manglende pensionsindbetalinger. Hun fik at vide, at problemerne skyldtes en fejl fra Pensams side. Mødet den 19. september blev afholdt privat hos en medarbejder, G. Der blev på mødet bl.a. talt

om pension og vagttillæg, og der blev også talt om medarbejdernes frustrationer i forbindelse med ledelsespres om ikke at sygemelde sig. Hun sagde på mødet, at hvis man er syg, så skal man sygemelde sig, således at man ikke møder syg på arbejde. Hun har bestemt ikke sagt, at man skal sygemelde sig, også hvis man ikke er syg. Hun selv har ikke haft sygedage under sin ansættelse hos Virksomhed 1, men hun har haft et 3 timers fravær i forbindelse med hendes mormors død. Dagen efter mødet den 19. september hos G sagde E til hende, at hun skulle aflyse det næste møde, som skulle holdes samme dag i By 1. Det afviste hun. E sagde herefter til hende, at han ville med til mødet, hvis det skulle gennemføres. Også dette afviste hun, hvilket E blev meget fortørnet over. Hendes begrundelse for at afvise hans deltagelse var, at det var meningen med møderne, at medarbejderne skulle kunne tale frit om deres problemer. E meddelte hende, at hun ikke måtte bruge Virksomhed 1's lokaler til møderne, når han ikke kunne være med. Mødet i By 1 den 20. september blev derfor holdt på et fællesareal udenfor Virksomhed 1's område. På mødet blev der mest talt om løn og lønsedler. Der blev også hyggesnakket. Hun husker ikke, om der blev talt om sygdom på mødet. Mødet varede højst en time. Hun kan på ingen måde genkende D's beskrivelse i erklæringen af 24. september 2022. D kom sent til mødet og gik tidligt. Hun vil tro, at han var der i ca. 5 minutter. Mens han var der, stillede han et spørgsmål relateret til manglende feriepenge. Hun kendte ham ikke i forvejen. Hun husker ikke, om der blev talt om arbejdsnedlæggelser. Det sidste møde, som skulle have været afholdt den 23. september, blev ikke til noget, da hun blev bortvist samme dag.

Der har været en enkelt episode, hvor hun over for tre kollegaer – F, B og H – omtalte en samarbejdspartner i den kommunale sygepleje i By 1 som ”hættemåge” (en nedladende betegnelse for en kvinde, der bærer tørklæde). Hun er på ingen måde racist, og hun har ingen problemer med at arbejde sammen med eller at servicere personer af anden etnisk herkomst end dansk. Udtalelsen kom som følge af frustrationer over problemer med den pågældende samarbejdspartner i form af, at samarbejdspartneren ikke ville markere en patient, der var smittet med Corona, med ”smitterisiko”. F greb straks ind over for hende og sagde, at sådan taler man ikke.

Hun anmeldte på et tidspunkt en psykisk arbejdsskade på grund af problemer med en aftenvagt, som kunne være meget ubehagelig. Hun sygemeldte sig ikke i forbindelse med anmeldelsen. Anmeldelsen blev indgivet af hendes læge.

B har forklaret bl.a., at hun er uddannet sygeplejerske. Hun har arbejdet i den private hjemmepleje i mange år. Hun blev ansat i Virksomhed 1 i 2019 som daglig leder. Hun havde en fin arbejdsrelation til A. A mødte tidligt ind til sine nattevagter, så hun kunne nå at tale med aftenvagterne om eventuelle problemstillinger med borgerne på hendes vagt, som hun skulle være opmærksom på. A var arbejdsom.

Hun hørte, at der var medarbejdere, som ikke havde fået pensionsindbetalinger fra Virksomhed 1.

Samtaler mellem A og E foregik ofte højlydt. De talte meget forbi hinanden.

Hun kan tiltræde A's forklaring om ”hættemåge-episoden”. F reagerede straks over for A, og hun har ikke ved andre lejligheder hørt lignende udtalelser fra A. Hun opfatter ikke A som racist.

Hvis en borger har fået ordineret tilsyn af kommunen uden tillægsopgaver som f.eks. bleskift, kan tilsynet over for borgeren, hvis denne sover, udføres på den måde, at vagten konstaterer, at borgeren ligger i sin seng og at alt ser ud til at være i orden. Man behøver i så fald ikke at gøre andet end at stikke hovedet ind i soveværelset. Et tilsyn kan således foregå fra en døråbning. Hun kan tiltræde A's

forklaring herom. Hun har instrueret A i udførelsen af tilsyn mv. Det er kommunen, som beskriver de opgaver, der skal udføres af vagterne. Hun har aldrig hørt A prale med, hvor lidt tid hun kunne bruge på et tilsyn. A var pligtopfyldende. Hun har ikke erindring om sygefravær fra A's side.

Tidligere skete sygemeldinger fra medarbejderne til hende, men på et tidspunkt overtog E denne opgave. Det skete efter en periode med mange sygemeldinger. De omsorgssamtaler, ledelsen havde med medarbejderne under sygeperioder, kunne være grænseoverskridende. Det skete, at medarbejdere blev presset til at møde syge på arbejde.

C har forklaret bl.a., hun blev ansat i Virksomhed 1 i 2021. Hun arbejder med rengøring.

Hun deltog i mødet den 20. september 2022 i By 1. Der blev på mødet talt om lønproblemstillinger, idet nogle medarbejdere oplevede, at de ikke fik løn for alle arbejdstimer. Der blev også hyggesnakket. Hun husker ikke, at der blev talt om sygdom eller arbejdsnedlæggelser. Forevist D's erklæring af 24. september 2022 har hun ikke hørt A sige, at man kunne melde sig syg, selv om man ikke var syg, eller at A selv havde meldt sig syg uden at være syg. Det er rigtigt, at D deltog i mødet, men han deltog kun meget kortvarigt og rejste et feriepengeproblem. Hun kendte ham ikke i forvejen.

H har forklaret bl.a., at hun blev ansat hos Virksomhed 1 for ca 11-12 år siden. I starten arbejdede hun som handicaphjælper, men for ca. 4 år siden overgik hun til arbejde som hjemmeplejenattevagt. Hun udførte denne funktion, indtil A blev ansat og overtog funktionen. A var meget dygtig i sit job og var sød ved borgerne.

Hun deltog i mødet den 19. september 2022. På mødet fortalte A, hvad hun kunne hjælpe med som tillidsrepræsentant. Der blev bl.a. talt om problemerne med manglende pensionsafregning. Der blev også talt om sygdom og sygemeldinger. A sagde, at hvis man er syg, så skal man sygemelde sig og ikke møde på arbejde. Der havde været eksempler på, at medarbejdere var mødt på arbejde med Corona smitte. A sagde ikke, at man skulle sygemelde sig, selv om man ikke var syg. Der blev ikke talt om arbejdsnedlæggelser.

Hun er enig i de forklaringer, som A og B har afgivet vedrørende udførelsen af tilsyn. Der er ikke noget i vejen for, at tilsyn kan føres på den måde, at man står i en døråbning til en sovende borgers soveværelse.

Hun har ikke hørt A prale med, hvor hurtigt hun kunne gennemføre et tilsyn, men med den tid, der var til rådighed, var der ikke megen tid til de enkelte besøg.

D har forklaret bl.a., at han blev ansat i Virksomhed 1 i sommeren 2022.

Den 20. september 2022 havde han aftenvagt i By 1. Han blev opmærksom på, at der var mange medarbejdere til stede, og at de skulle holde møde. Han blev inviteret til at deltage i mødet. Mødet blev holdt på et fællesområde. Han deltog i hele mødet fra det begyndte til det sluttede. Han vil tro, at mødet varede 20-30 minutter. Der var nok 8-10 personer til stede på mødet, måske lidt flere. Han har ikke erindring om, at han selv stillede spørgsmål på mødet. På mødet blev der talt om, at Virksomhed 1 skulle brændes ned og lukkes, og at man skulle sygemelde sig, selv om man ikke var syg. De gejlede hinanden op. Han var rystet over det, der blev sagt, og orienterede efter mødet E herom. Erklæringen af 24. september 2022, som han kan vedstå, har han skrevet i samarbejde med E.

E har forklaret bl.a., at han etablerede Virksomhed 1 i 2008. Virksomheden leverede hjemmeplejeydelser til kommuner. Der var rammeaftaler med de kommuner, som virksomheden leverede ydelser til, og aftalerne løb typisk over 4-6 år. Der var i 2022 ca. 150 ansatte i virksomheden (svarende til ca. 100 fuldtidsansatte), som servicerede ca. 900 borgere. Det var vigtigt, at medarbejderne var mødestabile. Ellers risikerede man kontraktbrud over for de kommuner, Virksomhed 1 havde aftaler med.

A blev ansat af Virksomhed 1's daglige leder B. Han kunne konstatere, at der hen over sommeren 2022 skete en markant stigning i sygemeldinger blandt medarbejderne. I årene 2008-2019 lå sygefraværet samlet på ca. 3%, men det steg til 24-25% i 2022. Det store sygefravær blev drøftet på ledelsesmøder, og da problemet varede ved under B's ledelse, involverede han sig mere og mere selv i håndteringen af problemet over for medarbejderne. Han gennemgik de enkelte sygefravær og vurderede, om noget kunne gøres. Han er ikke i tvivl om, at der var medarbejdere, som meldte sig syge uden reelt at være syge. Han kan godt have sagt til enkelte medarbejdere, at fortsat sygefravær kunne få ansættelsesmæssige konsekvenser.

Det var forskelligt, hvilken hjælp, de enkelte borgere skulle have. Det kunne f.eks. være hjælp til bad, medicinindtagelse og rengøring, men i det hele taget alt, hvad borgeren ikke kunne selv. Det var den pågældende kommune, der bestemte, hvad en borger skulle have hjælp til. Det kunne f.eks. være 30 minutter til et bad. Virksomhed 1 kunne indstille til kommunen, at der blev visiteret op eller ned, alt efter udviklingen i borgerens behov. Han vil tro, at ca. 75% af medarbejderne hos Virksomhed 1 havde en anden etnisk baggrund end dansk, og at det samme var gældende for 20-40% af de borgere, som Virksomhed 1 servicerede. Det er en hån at bruge betegnelsen "hættemåge" om en kvinde, der bærer tørklæde. Han hørte, at A på et tidspunkt havde brugt denne betegnelse om en kollega.

Med hensyn til medarbejdernes besøg hos borgerne er der ikke noget, der hedder et tilsyn. Borgerne er typisk visiteret til bleskift og undersøgelse af kontaktbarhed og åndedræt ved natbesøg. Det er i alle tilfælde omsorgssvigt at gennemføre et besøg på den måde, at medarbejderen blot iagttager borgeren fra døråbningen til soveværelset. Han er således ikke enig i forklaringerne fra A, B og H med hensyn til, hvordan natbesøg skal udføres. B var ikke loyal over for Virksomhed 1, mens hun varetog funktionen som daglig leder. Han mener ikke, at der har været klager fra kommuner eller andre over den måde, A gennemførte sine besøg på. Han har ikke forud for bortvisningen påtalt A's fremgangsmåde ved besøg.

Efter mødet den 20. september 2022 i By 1 ringede D til ham og fortalte, hvad der var blevet sagt på mødet. Han fik at vide, at A havde sagt, at hun gerne så, at virksomheden lukkede, og at hun havde opfordret til strejke og falske sygemeldinger. Han husker ikke, om han talte med A i tiden mellem mødet den 20. september og bortvisningen den 23. september 2022. Han talte ikke med andre mødedeltagere end D, idet han havde fornemmelsen af, at de andre ikke ønskede at tale.

Han husker ikke, om A havde haft sygefravær under sin ansættelse.

Han har ikke erindring om, at A på noget tidspunkt har bedt om en drøftelse med ham om, at medarbejdere kunne føle sig presset til ikke at sygemelde sig, selv om de var syge. Det var i øvrigt tit svært at have en rationel dialog med A.

## 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 anført:

- 1) at A på mødet med medarbejderne den 20. september 2022 som tillidsrepræsentant havde opfordret medarbejderne til at melde sig syge, selv om de ikke var syge, ligesom hun sagde, at hun også selv havde gjort det, og
- 2) at A ved besøg hos borgere i strid med sine forpligtelser i en række tilfælde nøjedes med at iagttage borgerne fra døråbningen til deres soveværelser.

Såfremt bortvisningen ikke findes berettiget, har indklagede gjort gældende, at A ikke skal have medhold i påstand 2, da det ville have været sagligt og båret af tvingende årsager at afskedige hende.

Med hensyn til ”hættemåge” udtalelsen, som er omtalt i bortvisningsbrevet, har indklagede anført, at den ikke i sig selv kan føre til bortvisning, men viser noget om A's menneskesyn.

Det har støtte i D's forklaring og erklæring, at A på mødet den 20. september 2022 med en række medarbejdere opfordrede medarbejderne til at sygemelde sig, selv om de ikke var syge, og at hun sagde, at hun også selv havde gjort det. Heroverfor står de forklaringer, som er afgivet af A og C. Der er ikke indhentet udtalelser fra andre mødedeltagere, og der er ikke oplysning om, at A på noget tidspunkt har sygemeldt sig under sin ansættelse hos Virksomhed 1. Jeg finder efter den foretagne bevisførelse, at indklagede ikke har godtgjort, at A har udtalt sig som anført i bortvisningsbegrundelse 1.

Det er ubestridt, at A i en række tilfælde under sine nattevagter har gennemført besøg af borgere, som ikke var visiteret til bestemte hjælpeydelse om natten, på den måde, at hun stående i døråbningen til en borgers soveværelse har konstateret, at borgeren sov, at der var frie respirationsveje, og at der i øvrigt ikke var noget, der indicerede nærmere undersøgelser eller handlinger. Som sagen er forelagt, finder jeg ikke grundlag for at fastslå, at dette indebar en tilsidesættelse af de pligter, som A havde i forbindelse med udførelse af natbesøg. Jeg kan derfor heller ikke tiltræde bortvisningsbegrundelse 2.

Jeg tager herefter A's påstand 1 om løn i en periode svarende til opsigelsesperioden til følge.

Jeg tager endvidere A's påstand 2 til følge med 50.000 kr., idet jeg finder, at det heller ikke ville have været sagligt og båret af tvingende årsager at afskedige A. Ved fastsættelsen af godtgørelses størrelse har jeg taget hensyn til på den ene side A's korte ansættelse forud for bortvisningen (mindre end et år) og på den anden side, at A var tillidsrepræsentant.

**Thi bestemmes**



Virksomhed 1 under konkurs skal inden 14 dage til FOA – Fag og Arbejde for A betale 105.995,93 kr. med sædvanlig procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid og derudover 50.000,00 kr.

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

Thomas Rørdam