

OPMANDSKENDELSE

afsagt mandag den 7. oktober 2024

af fhv. højesteretspræsident Thomas Rørdam

i faglig voldgift sag FV 2023-1118

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 fra hendes stilling som hjemmehjælper 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 84.003,88 kr. med sædvanlig procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid og
- 2) betale 48.463,80 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 5 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 2023-1119 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, B, C og D.

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 16. februar 2020 ansat som hjemmehjælper i udekørende hjemmepleje hos Virksomhed 1 med tiltrædelse den 23. april 2020.

Ved brev af 18. august 2022 blev hun afskediget på grund af borgerklager med fratreden den 30. november 2022. Hun gjorde den 14. september 2022 indsigelse mod afskedigelsen og anmodede i den forbindelse om at få en nærmere forklaring på, hvad borgerklagerne gik ud på.

A sygemeldte sig den 4. september 2022. Af lægeerklæring af 8. september 2022 fremgår, at hun ”er sygemeldt fra d. 4/9-2022 til og foreløbigt i 2 uger”. Hun sendte samme dag lægeerklæringen til Virksomhed 1 pr. mail.

Hun sendte efterfølgende efter anmodning fra Virksomhed 1 en tro og love erklæring ved sygdom af 20. september 2022 til virksomheden. Det fremgår bl.a. af erklæringen, at hun ikke forventede at kunne genoptage arbejdet inden for en uge.

Den 28. september 2022 indkaldte C A til en samtale den 4. oktober 2022 kl. 10.30. Hun svarede den 30. september 2022, at hun havde det for dårligt til at kunne komme, men at hun gerne ville svare på mails, så godt hun kunne. Hun tilføjede, at C var velkommen til at skrive, hvad samtalen skulle gå ud på, hvorefter hun ville vende tilbage på skrift.

C bortviste herefter A ved mail af 1. oktober 2022. Af mailen fremgår:

”Idet du den 30. september 2022 har nægtet at komme til indkaldt sygefraværssamtale til afholdelse tirsdag den 4. oktober kl. 10:30, samtidig med det også er kommet til vores kundskab den 30. september 2022, at du blot ringer til borgerne frem for at tage ud til dem, som vi er pligtige til i vores aftaleforhold med kommunerne, ophæves din ansættelse som hjemmehjælper hos Virksomhed 1 med øjeblikkelig virkning. Dette er ensbetydende med, at du 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, idet din lægeerklæring udløb den 18. september 2022 samtidig med du groft misligholder dine arbejdsopgaver og forpligtelser i henhold til ansættelsesforholdet. Din adfærd udgør en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet.”

Den 3. oktober 2022 skrev A til Virksomhed 1, at hun ikke fysisk kunne deltage i samtalen den 4. oktober 2022 på grund af hendes sygdom, men at hun gerne ville deltage, hvis det kunne ske virtuelt via Zoom eller Teams, og at Virksomhed 1 kunne få yderligere dokumentation for hendes sygdom. C svarede dagen efter, at virksomheden fastholdt bortvisningen.

Efter at A's faglige organisation havde rejst indsigelse mod bortvisningen, svarede D, Virksomhed 1, følgende ved mail af 17. oktober 2022:

”...

I tillæg til bortvisningsskrivelsen, har jeres medlem dags dato ringet til vores bogholder og rodede deri rundt i sit hoved- og bikort, da hun tilsyneladende bruger sit hovedkort et andet sted, hvilket tyder på hun har flere arbejdspladser, jf. også det efterstående i denne mail.

Som det fremgår af vedhæftede skærbilleder fra LinkedIn.com, har jeres medlem blandt andet i opsigelsesperioden hos Virksomhed 1 arbejdet hos Virksomhed 2, imens hun altså samtidig har været sygemeldt hos os. Virksomhed 1 overvejer det derfor t.o. i øjeblikket at politianmelde A for bedrageri i medfør af straffelovens § 279, særligt fordi A også har underskrevet en tro og love erklæring på, at hun er syg – selv om det altså ikke har været tilfældet, og hun har derfor modtaget løn fra Virksomhed 1 uberettiget.

Derfor stilles følgende **opfordring**: Hvilke andre virksomheder/arbejdspladser arbejder (og har arbejdet) jeres klient for igennem det sidste halve års tid, både lønnet og ulønnet herunder praktikforløb og lign.?

Når vi har modtaget disse informationer fra jer, vil vi vende tilbage og fremsætte vores endelige erstatningskrav mod A for uberettiget modtagelse af løn, hvilket allerede nu kan siges – som minimum – er i månederne, hvor A arbejdede for Virksomhed 2, jf. LinkedIn. Men da det ifølge sagens natur ikke kan opgøres præcist endnu, idet vi ikke kender det endelige omfang heraf, tager vi forbehold herfor i videst muligt omfang.

Herudover er A blandt andet årsag til at Virksomhed 1 er blevet opsagt i vores lejemål på Adresse 1 i By 1. Dette skyldes, at A bl.a. har smidt skrald ud på fællesfaciliteter og på parkeringspladsen og trods indskærpelser og advarsler ikke sørgede for hun ændrede sin adfærd herved. A er derfor ansvarlig for udgifter til bl.a. (men ikke begrænset til, da der ikke er tale om en udtømmende opstilling): mistet depositum, dyrere husleje nyt sted dvs. forskel mellem nuværende husleje og ny husleje x 10 i omstillingsgodtgørelse, jf. U 2002.763 H, udgifter til at finde nye lokaler, udgifter til opbevaring, udgifter til midlertidigt køretillæg til medarbejdere da der ikke er nogen lokaler mv., som foreløbigt estimeres til omtrent kr. 500.000,00.

...”.

Det kan ikke af det omtalte skærbillede fra LinkedIn udledes, at A har arbejdet hos Virksomhed 2, mens hun har været sygemeldt hos Virksomhed 1.

DTU har i en mail af 17. april 2024 meddelt følgende:

”...

Du anmodede om oplysninger fra DTU omkring de generelle retningslinjer for diplomingeniørpraktik samt oplysninger om, hvorvidt DTU fremstiller det som krav, at studerende oplyser DTU om evt. sygdom under et praktikforløb. Det korte svar er: nej, det er ikke et specifikt krav som er fastsat i vores studieregler eller i studieordningerne for vores uddannelsesretninger.

...

Vores overordnede studieregler for diplomingeniørpraktikken er defineret i vores studieregler på DTU Inside, DTU's intranet. Jeg har indsat en kopi af disse oplysninger i vedhæftet dokument.

Her fremgår dog blandt andet:

”For at få et sammenhængende praktikforløb anbefales det, at den studerende ikke følger undervisning sideløbende med praktikken. Skulle dette undtagelsesvis forekomme, forlænges praktikperioden tilsvarende, så den samlede praktikperiode i virksomheden stadig er 100 arbejdsdage.

Praktikken skal som hovedregel gennemføres som hele arbejdsdage i en virksomhed. Praktikken kan gennemføres på deltid under forudsætning af, at den studerende kan opfylde kravet om maksimal studietid. Hvis praktikken undtagelsesvis gennemføres på deltid, skal praktikperioden samlet ses stadig svare til 100 dage på fuld tid.”

...”.

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 blev ansat i Virksomhed 1 den 23. april 2020 som ufaglært hjemmehjælper. Hun studerede fra den 1. september 2020 sideløbende hermed til bygningsingeniør. Hos Virksomhed 1 udførte hun praktiske opgaver for ældre borgere. Det var ikke et problem for hende at passe både arbejdet hos Virksomhed 1 og studiet. Der var meget selvstudie på uddannelsen. Hun havde aftenvagter hos Virksomhed 1 i tidsrummet mellem kl. 15 og kl. 23. Hun arbejdede som aftenvagt hver anden uge, således at hun arbejdede i 7 dage, hvorefter hun havde 7 dage fri. Fra den 7. august 2022 var hun som led i uddannelsen i lønnet praktik i 100 dage. Det var et fuldtidsjob. Hun kunne stadig passe både arbejdet hos Virksomhed 1 og praktiktjenesten. I midten af august 2022 havde hun en samtale med C, som omtalte, at der havde været borgerklager over hende. Hun kunne ikke få at vide, hvad klagerne nærmere gik ud på. Den 31. august 2022 modtog hun et afskedigelsesbrev dateret den 18. august 2022. Afskedigelsen var begrundet i borgerklager. Hun havde ikke hørt om afskedigelsen før den 31. august 2022. Hun talte med E om afskedigelsen, og E rådede hende til at kontakte sin fagforening. Det kom som et chok for hende, at hun blev afskediget.

Hun sygemeldte sig den 4. september 2022, da hun efter afskedigelsen blev ramt af stress. Virksomhed 1 bad hende om en lægeerklæring, og hun kontaktede derefter sin læge og fik en lægeerklæring dateret den 8. september 2022. Det fremgår af lægeerklæringen, at hun ”er sygemeldt fra d. 4/9-2022 til og foreløbigt i 2 uger”. Hun sendte lægeerklæringen til Virksomhed 1 pr. mail. I tilknytning hertil sendte hun efter anmodning fra Virksomhed 1 en tro og love erklæring ved sygdom af 20. september 2022 til virksomheden. Det fremgår bl.a. af erklæringen, at hun ikke forventede at kunne genoptage arbejdet inden for en uge. Den 28. september 2022 indkaldte C hende til en samtale den 4. oktober 2022 kl. 10.30. Hun svarede den 30. september 2022, at hun havde det for dårligt til at kunne komme, men at hun gerne ville svare på mails, så godt hun kunne. Hun tilføjede, at C var

velkommen til at skrive, hvad samtalen skulle gå ud på, hvorefter hun ville vende tilbage på skrift. Hun blev herefter bortvist den 1. oktober 2022. Den 3. oktober 2022 skrev hun til Virksomhed 1, at hun gerne ville deltage i samtalen den 4. oktober 2022, hvis det kunne ske virtuelt via Zoom eller Teams, og at Virksomhed 1 kunne få yderligere dokumentation for hendes sygdom. C svarede dagen efter, at man fastholdt bortvisningen. Hun var ikke før bortvisningen blevet bedt om at indsende en ny lægeerklæring efter erklæringen af 8. september 2022.

Hun har aldrig erstattet et besøg af en borger med en telefonsamtale med borgeren. Hun har hørt, at andre har gjort det.

B har via videolink forklaret bl.a., at han har været byggeleder hos Virksomhed 2, hvor A var i praktik. Hun fulgte det arbejde, som projektlederen og han udførte, og hun fik også opgaver, som hun selv udførte. Han så hende derfor ikke hver dag. Der var perioder, hvor A ikke mødte til praktiktjenesten på grund af sygdom, men han er ikke i stand til at uddybe det nærmere.

C har forklaret bl.a., at han etablerede Virksomhed 1 i 2008.

I 2022 steg A's sygefravær drastisk, og der var eksempler på, at hun ringede til borgere i By 1 og aflyste besøg. Hun orienterede ikke Virksomhed 1 om, at hun skulle i praktik. Det fandt han imidlertid ud af via LinkedIn. Det var helt urealistisk, at A kunne passe to fuldtidsjobs samtidigt, og han opfatter hendes sygemeldinger som måden, hun løste problemet på. Hun blev bortvist fordi hun, mens hun var sygemeldt hos Virksomhed 1, passede sit praktikjob.

D har forklaret, at han var daglig leder i Virksomhed 1. Efter bortvisningen af A blev han via LinkedIn bekendt med hendes praktikjob. Det er baggrunden for den supplerende bortvisningsbegrundelse i mailen af 17. oktober 2022.

Parternes argumenter

Parternes argumenter er i fornødent omfang indarbejdet i opmandens begrundelse.

Opmandens begrundelse og resultat

A blev den 18. august 2022 afskediget til fratræden den 30. november 2022 på grund af borgerklager. Der skal ikke tages stilling til sagligheden af denne afskedigelse.

Indklagede har i skriftvekslingen og i proceduren påberåbt sig følgende forhold til støtte for, at bortvisningen var berettiget eller – subsidiært – at der sagligt kunne være sket afskedigelse, hvis ikke A i forvejen var afskediget:

- 1) A nægtede afkomme til sygefraværssamtale den 4. oktober 2022 sammenholdt med, at hendes lægeerklæring med sygemelding udløb den 18. september 2022.
- 2) A har arbejdet i praktiktjeneste, mens hun var sygemeldt hos Virksomhed 1, hvilket viser, at hun ikke reelt var syg og dermed uretmæssigt udeblev fra sit arbejde hos Virksomhed 1. I tilslutning hertil, har indklagede anført, A's sygemelding under alle omstændigheder må ses i lyset af, at hun ved siden af sit arbejde i Virksomhed 1 på næsten fuld tid skulle i praktik i 3

måneder med 70 timers arbejde i gennemsnit pr. uge, hvilket hun ikke havde orienteret Virksomhed 1 om. Endvidere har A ikke godtgjort, at hun, mens hun var sygemeldt hos Virksomhed 1, også var sygemeldt på praktikstedet.

- 3) A udviste omsorgssvigt over for borgerne ved i en række tilfælde blot at ringe til dem for at høre, om de havde behov for hjælp frem for at besøge dem.

A har forklaret, at hun efter afskedigelsen af 18. august 2022, som hun modtog den 31. august 2022, blev ramt af stress, og at hun derfor sygemeldte sig den 4. september 2022. Virksomhed 1 bad hende om en lægeerklæring, og hun kontaktede derefter sin læge og fik en lægeerklæring dateret den 8. september 2022. Det fremgår af lægeerklæringen, at hun ”er sygemeldt fra d. 4/9-2022 til og foreløbigt i 2 uger”. Hun sendte samme dag lægeerklæringen til Virksomhed 1 pr. mail. Efterfølgende sendte hun efter anmodning fra Virksomhed 1 en tro og love erklæring ved sygdom af 20. september 2022 til virksomheden. Det fremgår bl.a. af erklæringen, at hun ikke forventede at kunne genoptage arbejdet inden for en uge. Den 28. september 2022 indkaldte C hende til en samtale den 4. oktober 2022 kl. 10.30. Hun svarede den 30. september 2022, at hun havde det for dårligt til at kunne komme, men at hun gerne ville svare på mails, så godt hun kunne. Hun tilføjede, at C var velkommen til at skrive, hvad samtalen skulle gå ud på, hvorefter hun ville vende tilbage på skrift. C bortviste herefter A ved mail af 1. oktober 2022, bl.a. med den begrundelse, at hun havde nægtet at komme til sygefraværssamtale den 4. oktober 2022. Den 3. oktober 2022 skrev A til Virksomhed 1, at hun ikke fysisk kunne deltage i samtalen den 4. oktober 2022 på grund af sygdom, men at hun gerne ville deltage, hvis det kunne ske virtuelt via Zoom eller Teams, og at Virksomhed 1 kunne få yderligere dokumentation for hendes sygdom. C svarede dagen efter, at virksomheden fastholdt bortvisningen.

Den første sygemelding varede i overensstemmelse med lægeerklæringen af 8. september 2022 til den 18. september 2022, men A gjorde det derefter klart ved tro og love erklæringen og ved den korrespondance, der i øvrigt var med Virksomhed 1, at hun fortsat var sygemeldt, og at hun på grund af sin sygdom ikke ville være i stand til fysisk at møde op til en sygefraværssamtale den 4. oktober 2022, men at hun gerne ville svare på spørgsmål pr. mail. Efter bortvisningen, men inden den 4. oktober 2022, tilføjede hun, at hun gerne ville deltage virtuelt i sygefraværssamtalen.

Jeg finder, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at A på og lige efter bortvisningstidspunktet fortsat var for syg til at arbejde og til fysisk at deltage i en sygefraværssamtale, og at det derfor ikke indebar en misligholdelse af hendes ansættelsesforhold, at hun meddelte Virksomhed 1, at hun ikke fysisk kunne deltage i samtalen. Jeg bemærker herved, at virksomheden ikke bad A om en ny lægeerklæring efter udløbet af den første sygemelding den 18. september 2022.

Det forhold, der er omtalt i bortvisningsbegrundelse 1, kan derfor hverken alene eller sammen med andre forhold føre til bortvisning, og det ville heller ikke kunne indgå i et sagligt afskedigelsesgrundlag. Det samme gælder bortvisningsbegrundelse 3, som der under sagen slet ikke har været bevisførelse om udover forklaringen fra A, som har afvist, at hun har ringet til borgere frem for at besøge dem, og C's helt ukonkrete forklaring.

Med hensyn til bortvisningsbegrundelse 2 har A forklaret, at hun sideløbende med sin ansættelse hos Virksomhed 1 fra den 1. september 2020 studerede til bygningsingeniør, og at hun som led i studierne den 7. august 2022 påbegyndte en lønnet fuldtidspraktiktjeneste, som skulle vare i 100 dage.

Jeg finder det efter bevisførelsen – herunder C's forklaring – ikke grundlag for at antage, at A arbejdede på praktikstedet, mens hun i perioden fra den 4. september til bortvisningen den 1. oktober 2022 var sygemeldt hos Virksomhed 1.

Jeg lægger endvidere til grund, at der ikke var regler eller andet, der var til hinder for, at A ved siden af arbejdet hos Virksomhed 1 studerede til bygningsingeniør og at hun som led i uddannelsen gennemførte et praktikforløb. Det kan heller ikke anses for en tilsidesættelse af hendes pligter over for Virksomhed 1, at hun muligt ikke orienterede virksomheden herom. Det ville dog være en tilsidesættelse af hendes forpligtelser over for Virksomhed 1 at påtage sig beskæftigelse mv. ved siden af arbejdet, hvis dette indebar, at hun ikke fuldt forsvarligt kunne udføre sine arbejdsopgaver hos Virksomhed 1.

Selv om A forud for den 7. august 2022 havde passet sine fuldtidsstudier ved siden af arbejdet hos Virksomhed 1, forekommer det med hensyn til praktikjobbet, som hun startede på den 7. august 2022, umiddelbart vanskeligt at forstå, at det ville kunne lade sig gøre forsvarligt at passe to fuldtidsjobs på én gang i de måneder, hun skulle være i praktik. Imidlertid er det ikke dette, som førte til bortvisningen den 1. oktober 2022, og det er højst indirekte dette, som bortvisningsbegrundelsen blev suppleret med i Virksomhed 1's mail af 17. oktober 2022, hvor fokus var på, at A efter Virksomhed 1's opfattelse havde arbejdet på praktikstedet, mens hun var sygemeldt hos Virksomhed 1, hvilket der som tidligere nævnt ikke er dokumentation for. Der er endvidere ikke oplysninger, der underbygger, at A ikke på forsvarlig måde passede sit arbejde i Virksomhed 1 i perioden fra praktiktjenestens begyndelse den 7. august til sygemeldingen den 4. september 2022, når bortses fra de ukonkretiserede "borgerklager", der er nævnt i afskedigelsesbrevet af 18. august 2022, og den uunderbyggede beskyldning om, at A i en række tilfælde blot ringede til borgerne i stedet for at besøge dem, jf. ovenfor om bortvisningsbegrundelse 3. Jeg bemærker, at jeg heller ikke finder belæg for, at A's sygemelding af 4. september 2022 helt eller delvist skyldtes det arbejdspress, der var foranlediget af, at hun skulle passe to fuldtidsjobs. Jeg lægger herved vægt på, at A's sygemelding ifølge hendes forklaring skyldtes stress, og at hun kort tid forud for sygemeldingen var blevet afskediget, uden at hun havde fået en forklaring på, hvad de "borgerklager", der er nævnt i afskedigelsesbrevet, nærmere gik ud på.

Efter det anførte er der heller ikke belæg for bortvisningsbegrundelse 2 som grundlag for bortvisning eller saglig afskedigelse.

Jeg tager herefter klagers påstand 1 til følge, og jeg tager påstand 2 til følge med 25.000 kr. Jeg bemærker, at jeg ikke finder tilstrækkeligt grundlag for at reducere påstandsbeløbet i påstand 1 med indtægter fra praktiktjenesten i opsigelsesperioden, da der er tale om indtægter, hun ville have haft også selv om hun ikke var blevet bortvist. Jeg har i den forbindelse ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at hun ikke ville have kunnet passe de to fuldtidsjobs indtil den 30. november 2022.

Thi bestemmes

Virksomhed 1 under konkurs skal inden 14 dage til FOA – Fag og Arbejde for A betale 84.003,88 kr. med sædvanlig procesrente fra de enkelte ydelsers forfaldstid og derudover 25.000,00 kr.

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

Thomas Rørdam