



RETEN I VIBORG DOM

afsagt den 3. januar 2019

Sag BS-13117/2018-VIB

A
(advokat Steen Halle)

mod

Den selvejende institution X *
(advokat Emilie Struck Westersø)

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen er anlagt den 17. april 2018.

Sagen drejer sig om, hvorvidt sagsøgte, Den selvejende institution X, Silkeborg (X), var berettiget til at standse lønudbetalingen til sagsøgeren, A, pr. 13. oktober 2017 og til at bortvise ham den 24. november 2017.

Sagsøgeren, A, har fremsat påstand om, at (X) skal betale 413.752,18 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg.

X har fremsat påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

A blev ansat som teknisk chef hos X den 1. juni 2016.

Siden foråret 2017 havde A behov for regelmæssig dialyse med deraf følgende fravær fra sit arbejde.

På grund af sygdommen sygemeldte A sig ved mail af 1. september 2017. Af mailen fremgår:

" ...
Til B og C.

Min sygdom er desværre fremskreden så meget, at jeg for en ubestemt periode bliver nød til at sygemelde mig på fuldtid, lidelsen er nærmere beskrevet i ansøgningsskemaet til paragraf 56.(Ved C).

Ifølge personale håndbogen punkt 8.2 skal jeg registrere sygefravær, venligst fremsend nævnte skema for min brug.

Jeg håber selv I finder en løsning på alle de udfordringer der er på Y-centret, jeg ser Y-centret efter den seneste tids negative udvikling ikke i stand til at forsætte som ellers tidligere aftalt. Alt autorisationskrævende arbejde(El, køl, frost osv) skal i perioden af mit fravær varetages af eksterne med eget autorisations nummer, og ansvar for at det overholdes ligger hos B.

Jeg træffes ikke på arbejdstelefonen/mail under sygeperioden, og tænker I selv informerer omkring mit fravær.

Mvh. A.
..."

Ved mail af 4. oktober 2017 fremsendte direktør hos X, B, et brev af 27. september 2017 til A. Af brevet fremgik:

" ...
Kære A

Allerførst vil jeg gerne sende dig de bedste hilsner med ønsket om rigtig god og hurtig bedring fra os alle her på Y-centret og X. Vi håber meget, at det går fremad med dig.

Jeg har flere gange - desværre forgæves - forsøgt at få kontakt til dig både telefonisk og via email.

Du har været sygemeldt siden fredag den 1. september 2017. Du indkaldes hermed til samtale på mit kontor på Y-centret, Vejl Søvej 51, 8600 Silkeborg (Bygning O, plan 3) **fredag den 6. oktober kl. 08:00** med henblik på udfyldelse af første del af skemaet vedrørende mulighedserklæring. Vedlagt dette brev finder du en ikke-udfyldt mulighedserklæring. Vi vil sammen på mødet udfylde en erklæring elektronisk.

Hvis du ikke har mulighed for at møde fysisk op, kan vi tage samtalen telefonisk på ovenstående tidspunkt. Du bedes straks give mig besked herom, hvis dette bliver tilfældet.

Efter samtalen skal du konsultere din praktiserende læge med henblik på udfyldelse af anden del af skemaet vedrørende mulighedserklæringen.

Når lægen har udfyldt anden del af skemaet vedrørende mulighedserklæringen, bedes du sende mulighedserklæringen til undertegnede på Y-centrets adresse. **Vi skal modtage mulighedserklæringen med lægens kommentarer senest mandag den 16. oktober 2017.** Virksomheden betaler mulighedserklæringen.

Hvis du ikke har mulighed for at sende mulighedserklæringen, så den modtages senest den angivne dato, bedes du straks kontakte mig.

Såfremt du ikke deltager i samtalen på virksomheden vedrørende mulighedserklæringen, eller virksomheden ikke modtager erklæringen med lægens kommentarer, tages for en ordens skyld forbehold for at stoppe lønudbetalingen, indtil mulighedserklæringen modtages.

Der tages også forbehold for at stoppe lønudbetalingen, hvis kommunen stopper sygedagpengerefusionen som følge af din manglende deltagelse i kommunens opfølgning, herunder deltagelse i sygesamtaler mv. hos kommunen.

Endvidere tages forbehold for at hæve ansættelsen, hvis du ikke deltager i samtalen vedrørende mulighedserklæringen, eller vi ikke efterfølgende modtager mulighedserklæringen med lægens kommentarer inden den angivne dato.

Du er naturligvis meget velkommen til at kontakte os, hvis du har spørgsmål.

Dette brev er sendt med quickbrev og afleveringsattest til den adresse, som du har oplyst til os.
..."

A svarede ved mail af 5. oktober 2017, hvoraf fremgår blandt andet

" ...
Hej B og C. (D)

Det er rigtigt fint I har behov for en mulighedserklæring ang. min sygemelding, og jeg kan se I har næsten har udfyldt del 1.

Jeg vil gerne at alt kommunikation vedr. mini sygemelding foregår på skrift, da det er lidt lettere efterfølgende at huske hvad og til hvem der er blevet delt information.

En mulighedserklæring er med henblik på at fastholde medarbejderen i en reduceret stilling, hvilket ikke er tilfældet her, derfor ser jeg ingen grund til at holde et møde her om, da arbejde pt. Ikke kan komme på tale, Vi kan holde et møde når reduceret arbejde kan komme på tale. (Er der spørgsmål af anden karakter, så fremsend dem her, og jeg vil svare efter bedste evne.)

..."

B svarede på A's mail ved brev af 6. oktober 2017, hvoraf fremgår blandt andet:

" ...

Jeg noterer mig, at du ikke ønsker at deltage i en mulighedssamtale, da du "ikke ser nogen grund til at holde møde" om din sygemelding. Jeg skal imidlertid gøre dig opmærksom på, at du er forpligtet til at deltage i en sådan samtale (evt. telefonisk), hvorfor vi ikke anser den i mail fremsendte mulighedserklæring som tilstrækkelig. Manglende deltagelse i en sådan samtale kan have betydning for din adgang til at modtage løn under sygdom.

Jeg vil derfor endnu engang bede dig om at deltage i en mulighedssamtale, så vi i fællesskab kan udfylde mulighedserklæringen. Du bedes derfor møde på mit kontor **fredag den 13. oktober 2017 kl. 08:00**. Hvis du ønsker, at mødet skal finde sted telefonisk, bedes du orientere os herom i god tid.

Hvis du er for syg til at kunne deltage i et telefonisk møde, skal jeg bede dig fremsende lægelig dokumentation herfor.

Jeg skal endnu engang gøre dig opmærksom på, at manglende deltagelse i samtalen uden lovligt forfald kan have som konsekvens, at vi er nødsaget til at stoppe din lønudbetaling.

Endvidere tages forbehold for at hæve ansættelsen, hvis du ikke deltager i samtalen vedrørende mulighedserklæringen, eller vi ikke efterfølgende modtager mulighedserklæringen med lægens kommentarer inden den angivne dato.

..."

Ved mail af 10. oktober 2017 fremsendte A mulighedserklæringen med lægens bemærkninger. Af A's mail til B fremgår blandt andet

" ...

Hej B og C (D)

Vedhæftet finder I mulighedserklæring udfyldt med lægens kommentar, samt faktura som i bedes betale direkte til lægehuset.

..."

B svarede på A's mail ved mail af samme dag. Af mailen fremgår blandt andet:

" ...

Vi kan ikke acceptere den ensidigt udfyldte mulighedserklæring. Vi fastholder, at du skal deltage i en mulighedssamtale på fredag den 13. oktober kl. 8.00.

Såfremt du udebliver uden rimelig grund, vil vi foretage fradrag i din løn. Vi skal understrege, at det ikke er rimelig grund til at udeblive, at du ikke mener, at der er behov for en samtale.

Hvis du ønsker, at mødet skal finde sted telefonisk, bedes du orientere os herom i god tid. Hvis du er for syg til at kunne deltage i et telefonisk møde, skal jeg bede dig fremsende lægelig dokumentation herfor.

Vi skal endvidere gøre opmærksom på, at manglende deltagelse i mulighedssamtalen anses for en misligholdelse af ansættelsesforholdet på linje med ulovlig udeblivelse. Vi tager derfor forbehold for at hæve ansættelsen, såfremt du uden rimelig grund nægter at deltage i mulighedssamtalen.

..."

A svarede ligeledes samme dag følgende:

" ...

Som jeg har oplyst dig tidligere ser jeg ingen grund til at holde et møde om "mulighed" da jeg er erklæret uarbejdsdygtig til efter nytår 2017/2018. Den oplysning er tidligere delt med Y-centret (dig) og Silkeborg Kommune. Derfor giver det ingen mening at holde et møde før vi nærmer os det tidspunkt. Dermed afslår jeg dit tilbud om et møde Torsdag den 13. oktober 2017, med begrundelsen "spild af min tid".

..."

A mødte ikke op til mødet den 13. oktober 2017. Ved brev af samme dag skrev B blandt andet følgende til A:

" ...

Vi konstaterer, at du ikke mødte op til mulighedssamtalen idag, fredag den 13. oktober kl. 08:00, eller forsøgte at ringe.

Vi har ved breve af henholdsvis 4. oktober 2017 samt 6. oktober 2017 og e-mail af 10. oktober 2017 gjort dig opmærksom på, at udeblivelse fra mulighedssamtalen uden rimelig grund vil medføre tilbageholdelse af din løn.

Vi skal derfor gøre dig opmærksom på, at vi tilbageholder din løn fra dags dato til og med den dag hvor samtalen kan finde sted. Retten til at tilbageholde løn følger af sygedagpengelovens § 36a, stk. 5.

..."

Ved brev af 7. november 2017 indkaldte B A til en ny samtale. Af brevet fremgår blandt andet:

" ...

Jeg vil hermed gerne endnu engang indkalde dig til en mulighedssamtale, hvor vi kan få lejlighed til at drøfte dit sygefravær og dit fremtidigt ansættelsesforhold, da vi har behov for planlægge den fremtidige ledelse af vores tekniske afdeling.

Du har tidligere nægtet at deltage i mulighedssamtale på trods af, at du har pligt hertil. Vi har ikke modtaget lægeerklæring eller anden form for dokumentation for, at din sygdom forhindrer dig i at deltage i et møde. Vi har derfor valgt at tilbageholde din løn fra det tidspunkt, hvor du skulle have deltaget i mulighedssamtalen jf. brev af 13. oktober 2017.

Det er naturligvis ikke en holdbar situation, at vi blot fortsætter med at tilbageholde din løn. Derfor vil jeg endnu engang bede dig møde til en mulighedssamtale. I overensstemmelse med de tidligere indkaldelser, skal jeg gøre opmærksom på, at såfremt du ønsker, at mødet skal finde sted telefonisk, bedes du orientere os herom i god tid. Hvis du er for syg til at kunne deltage i et telefonisk møde, skal jeg bede dig fremsende lægelig dokumentation herfor.

Jeg har reserveret fredag den 24. november 2017 kl.8:30 til et møde, hvor jeg gerne vil høre, hvordan du ser dine muligheder for at vende tilbage til jobbet som Teknisk Chef alternativt drøfte en fratrædelse fra jobbet.

Jeg skal endnu gøre opmærksom på, at manglende deltagelse i mulighedssamtalen anses for en misligholdelse af ansættelsesforholdet på linje med ulovlig udeblivelse. Vi tager derfor forbehold for at hæve ansættelsen, såfremt du uden rimelig grund nægter at deltage i mulighedssamtalen.

Venligst send mig en bekræftelse på, at du deltager i mødet.

..."

A mødte ikke op til mødet den 24. november 2017. Ved brev af samme dag skrev B blandt andet følgende til A:

" ...

Ophævelse af ansættelsesforholdet

Vi har adskillige gange anmodet dig om at deltage i en mulighedssamtale, herunder ved breve af henholdsvis 4. og 6. oktober 2017 samt e-mail af 10. oktober 2017.

Ved brev af 13. oktober 2017, gjorde vi dig opmærksom på, at vi fra denne dato tilbageholdt din løn som følge af din manglende deltagelse i en mulighedssamtale.

Ved brev af 6. november 2017 anmodede vi dig endnu engang om at deltage i en mulighedssamtale, som skulle finde sted i dag den 24. oktober 2017 kl. 08:30.

Vi har i alle henvendelser gjort opmærksom på, at udeblivelse fra mulighedssamtalen uden rimelig grund betragtes som misligholdelse af dit ansættelsesforhold, og at vi forbeholdt os retten til at ophæve ansættelsesforholdet.

Vi har intet hørt fra dig, og du mødte ikke op til dagens møde. Dette betragter vi som ulovlig udeblivelse, hvorfor dit ansættelsesforhold i virksomheden ophæves pr. dags dato.

Da din løn har været tilbageholdt siden den 13. oktober 2017, vil du ikke modtage yderligere løn fra virksomheden.

Der afregnes feriegodtgørelse i henhold ferielovens regler
..."

Forklaringer

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

A har forklaret blandt andet, at han blev ansat som teknisk chef hos X den 1. juni 2016. Afdelingen var i forfald, da han tiltrådte. Han styrede afdelingen tilbage på rette kurs. Han havde opbakning fra B til ledelsen af afdelingen. Han kunne godt have diskussioner med B, fordi de ikke altid var enige om tingene. Der var en god tone mellem ham og medarbejderne. Han styrede selv sin arbejdstid. På et tidspunkt fandt lægerne ud af, at der var noget galt med hans blod. Han var til mange undersøgelser, og undersøgelserne blev flere og flere. I starten af maj 2017 startede han i dialyse. Det var ham selv, der foreslog, at de lavede en § 56-erklæring, da han blev syg. § 56-erklæringen blev lavet efter aftale med C, som var økonomichef i X. Han sygemeldte sig i starten af september 2017 på opfordring fra lægen. Lægen havde oplyst ham om, at hans sygdom kunne blive kritisk. Han ønskede ikke at sygemelde sig, men han blev klar over, at det var nødvendigt. Han sygemeldte sig på mail. På det tidspunkt var han i dialyse 3 dage om ugen. Han var meget påvirket af dialysen og var svimmel og ufokuseret. Lægen havde forklaret ham, at han ville se situationen an efter tre måneder og derefter forlænge sygemeldingen, hvis det var nødvendigt. Han kan ikke huske, at han talte med B den 31. august. Han forstod brevet fra B vedrørende mulighedserklæringen sådan, at han kunne vælge mellem at komme til et møde eller få sin læge til at udfylde erklæringen. Han kunne ikke snakke med B på grund af dialysen.

Han ønskede, at al kommunikation med B skulle foregå på mail.

B har forklaret blandt andet, at A var fraværende fra sit arbejde som teknisk chef nogle gange på grund af behandlinger. Frem til 1. september varetog A sit arbejde til fuld tilfredsstillelse. A havde ikke været særligt meddelsom omkring sin sygdom. A havde vist stor villighed til at møde på arbejde på trods af sin sygdom. Kommunikationen mellem ham og A var almindelig. Der var heller ikke noget usædvanligt ved kommunikationen mellem dem i perioden op til A's sygemelding. Han havde indkaldt A til et møde den 1. september 2017, fordi der var tre medarbejdere fra teknisk afdeling, som havde klaget over tonen fra og samarbejdet med A. Han indkaldte A til mødet telefonisk og sendte ham en invitation via Outlook. A havde i løbet af sin ansættelse vist utrolig stor tjenstvillighed til at arbejde. Det kom som en stor overraskelse for ham, at A ikke ville møde op til en mulighedssamtale. Han ønskede en mundtlig dialog med A, fordi det virkede unaturligt ikke at snakke med ham om hans sygdom og om de igangværende arbejder, der var i afdelingen. Han vidste ikke, hvor syg A var, eller hvad han fejlede. Han ville gerne tale med A selv for at høre hans egen vurdering. Det virkede mærkeligt, at A ikke ville tale med ham. Det kom ud af det blå. Han betvivlede ikke lægens ord om, at A var syg, men han havde behov for at snakke med A om fremtiden og varigheden af sygdommen, herunder om han kunne varetage nogle opgaver hjemmefra på sigt. Han synes ikke, at lægens oplysninger var tilstrækkelige. Han ønskede en mulighedssamtale med A. Han bortviste A, fordi han var frustreret over, at A ikke levede op til sine forpligtelser til at møde til en mulighedssamtale. Bortvisningen havde ikke noget at gøre med A's udførelse af sit arbejde. Han ønskede ikke at fyre A. Han ønskede en samtale med ham. Derfor bortviste han ham ikke med det samme, men foretog først lønindeholdelse på grund af den manglende deltagelse i mulighedssamtalen. Da det ikke lykkedes at få A til at møde op til en mulighedssamtale eller til at sende en lægeerklæring, der dokumenterede, at han var for syg til at møde til en mulighedssamtale, var han nødt til at bortvise ham. Han følte sig magtesløs.

E har forklaret blandt andet, at hun blev ansat som chef i X i juni 2015. Hun fratrådte sin stilling i slutningen af 2017. Under sin ansættelse refererede hun til direktør B. Chefen for teknisk afdeling var hendes sidestillede kollega. Teknisk afdeling stillede tekniske serviceydelser til rådighed for hendes afdeling. Samarbejdet med A og teknisk afdeling var fint. Hun havde opfattelsen af, at samarbejdet mellem A og hans medarbejdere var fint. B's ledel-

sesstil var lidt gammeldags. Han fokuserede mere på magt end på motivation. Ved uenigheder kunne B godt råbe og skrig og banke i bordet.

F har forklaret blandt andet, at han har været ansat som tekniker i X i næsten 7 år. A har været hans chef. Umiddelbart før A's sygemelding, havde han og de øvrige medarbejdere i teknisk afdeling henvendt sig til A, fordi A ville ansætte en ny medarbejder i teknisk afdeling, som de vidste var af A's gode venner. De henvendte sig til A, fordi de ikke kunne lide, at han ville ansætte en god ven. Efterfølgende henvendte de sig til B om det samme. Han vidste ikke, at A var syg. A har aldrig fortalt, at han var syg. Han har en gang set A med en forbindelse på hånden.

G har forklaret blandt andet, at han har været ansat som elektriker og teknisk medarbejder i X i 9 år. A var hans chef. Umiddelbart før A's sygemelding, havde han og de øvrige medarbejdere i teknisk afdeling henvendt sig til B, for at snakke om dialogen i afdelingen generelt og om, at A ville ansætte en af sine gode venner som ny medarbejder i teknisk afdeling. Han og kollegerne i teknisk afdeling var ikke glade for, at A ville ansætte en god ven. Han vidste ikke, at A var syg.

Parternes synspunkter

A har i sit påstandsdokument anført følgende:

" ...

2. ANBRINGENDER

Denne sag handler om, hvorvidt ("X") som arbejdsgiver var berettiget til at standse A's lønudbetaling d. 13. oktober 2017, og om bortvisning af A d. 24. november 2017 var berettiget, eller om tilbageholdelse af løn og bortvisningen var uberettiget, og A derfor har krav på uberettiget tilbageholdt løn, erstatning for uberettiget ophævelse, hvilket er lønnen i opsigelsesperioden og godtgørelse for uberettiget bortvisning/afskedigelse.

Først gennemgås kravet for uberettiget tilbageholdelse af løn og derefter krav for uberettiget bortvisning. Til sidst er en detaljeret opgørelse af påstandsbetøbet.

2.1 Uberettiget standsning af lønudbetaling pr. 13. oktober 2017

X var ikke berettiget til at standse lønudbetaling d. 13. oktober 2017.

2.1.1 A har ret til løn under sygdom

A er berettiget til løn under sygdom, jf. funktionærloven § 5 stk. 1. Sygdom er lovligt forfald.

X var bekendt med A's sygdom og har fået den krævede mulighedserklæring udfyldt af lægen d. 9. oktober 2017 og dermed dokumentation for sygdom.

Den 28. juni 2017 indgik A og X en § 56 aftale, som blev godkendt af kommunen den 24. august 2017 (bilag 11). § 56 er en aftale om sygedagpengerefusion til arbejdsgiveren fra første sygedag. § 56 aftalen bevilges af kommunen på baggrund af en nyreproblematik. X er derfor allerede i juni 2017 bekendt med, at A har nyreproblemer.

Nyrelidelsen udvikler sig til en kritisk sygdom, og det betyder, at A løbende skal have dialysebehandling. A var i september og fremadrettet i dialyse 3 gange om ugen. Dialysebehandlingen medførte kraftige eftervirkninger og bivirkninger. Dette betød, at Claus blev sygemeldt på fuld tid af lægen i september.

X har fået dokumentation for sygefraværet ved lægens udfyldte mulighedserklæring af 9. oktober om, at A var fuldt uarbejdsdygtig på grund af sygdom, og lægen anbefalede fravær på fuld tid indtil 1. januar 2018. X er derfor ikke berettiget til at tilbageholde lønudbetaling.

2.1.2 Kommunen har betalt sygedagpengerefusion til arbejdsgiveren

X skriver til A d. 27. september 2017 (bilag 3), at der tages forbehold for *" at stoppe lønudbetalingen hvis kommunen stopper sygedagpengerefusionen, som følge af din manglende deltagelse i kommunens opfølgning."*

Kommunen har ikke på noget tidspunkt nægtet udbetaling af sygedagpengerefusion eller stoppet udbetaling af sygedagpengerefusion til X i A's sygeperiode frem til, at X bortviser A.

X er derfor ikke på grundlag af dette berettiget til at standse lønudbetalingen.

2.1.3 Sygedagpengeloven giver ikke ret til at tilbageholde lønnen i denne sag.

X har henvist til, at sygedagpengeloven berettiger dem til at tilbageholde lønnen. Det bestrides, at der kan udledes en sådan ret af sygedagpengeloven i denne sag.

Det følger bl.a. af § 1 i sygedagpengeloven, at formålet med loven er

- At yde økonomisk compensation ved fravær på grund af sygdom
- At medvirke til, at den sygemeldte genvinder sin arbejdskraft
- At understøtte samarbejdet mellem kommuner, virksomheder og andre relevante aktører for at nedbringe og forebygge sygefravær

Af forarbejderne til § 7a (LFF2008-2009.1.165), som er indsat i loven samtidig med § 36a, fremgår, at arbejdsgiveren skal indkalde en sygemeldt lønmodtager til en personlige samtale om, hvordan og hvornår lønmodtageren kan vende tilbage til arbejdet senest 4 uger efter den første sygedag. Det fremgår også, at *"Hvis den sygemeldte ikke deltager i samtalen, har det ikke konsekvenser for retten til sygedagpenge."*

Det følger af forarbejderne til § 36a (LFF2008-2009.1.165), at *"Mulighedserklæringen anvendes, hvis der i dialogen mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren er usikkerhed om, hvilke arbejdsfunktioner lønmodtagerne kan varetage."*

Det følger ligeledes af forarbejderne at *"Arbejdsgiverens ret til efter den gældende § 36 at kræve en skriftlig sygemelding af lønmodtageren berøres ikke. Arbejdsgiverens ret til at kræve nærmere oplysning om varigheden af funktionærens sygdom efter funktionærlovens § 5, stk. 4, berøres heller ikke af forslaget."*

Arbejdsgiveren kan i øvrigt efter de arbejdsretlige regler kræve en lægeerklæring, hvis andet ikke er aftalt, idet arbejdsgiver kan bede om dokumentation for, at lønmodtageren har lovligt forfald. Med forslaget ændres der således ikke ved gældende ansættelsesretlig regulering."

Ligesom der står i forarbejderne, at *"Udfyldelse af den første del af erklæringen er en forudsætning for, at lægen kan udfylde anden del af erklæringen."*

X påstår at have ret til at standse lønudbetalingen d. 13. oktober 2017, fordi A ikke deltager i en mulighedssamtale denne dag. X har ikke en sådan ret på det grundlag, da X fire dage før d. 9. oktober 2017 har modtaget en af lægen udfyldt mulighedserklæring, hvoraf det fremgår, at A er fraværende på fuld tid på grund af sygdom de næste 2½ måned.

Faktum i den aktuelle sag er, at de bemærkninger, X har anført på mulighedserklæringens side 1 (bilag B) sammen med de yderligere bemærkninger, A har anført (bilag 5), har været tilstrækkelige til, at lægen kunne afgive mulighedserklæringen d. 9. oktober 2017. Den opfylder dermed formkravene i sygedagpengeloven og er ikke ensidigt udfyldt. Opfyldte den ikke kravene, ville lægen ikke kunne have afgivet erklæringen.

Mulighedserklæringen af 9. oktober 2017 er også i overensstemmelse med attest til sygedagpengeopfølgning LÆ 285 af 20. september 2017 fra A's læge (bilag 12) til Kommunen i forbindelse med Kommunens opfølgning, hvor det fremgår, at

"Aktuelt ikke realistisk at passe arbejde - men på sigt (formentlig først i det nye år) forventes det, at pt kan stå til rådighed for arbejdsmarkedet 2 dage ugentligt. Efter fremtidig nyretransplantation forventes det, at pt igen vil kunne stå til rådighed for arbejdsmarkedet på fuld tid."

Det fremgår klart af denne erklæring, at A ikke vil kunne genoptage arbejdet delvist før primo 2018, og da ingen øvrige rubrikker er afkrydset, også at hverken skånebehov i form af ikke stressende/ikke psykisk belastende funktioner, aflastning af ryg, ben, skulder, arme,

støttestøtteperson eller andre skånehensyn vil kunne ændre herved. Dette er samstemmende med den mulighedserklæring, X modtog d. 9. oktober 2017.

A har deltaget i den nødvendige sygeopfølgning i henhold til sygedagpengeloven, og A har således ikke tilsidesat en pligt til at deltage i en mulighedssamtale.

Lægen har i mulighedserklæringen af 9. oktober 2017 tilrådet fuldt fravær i 2½ måned frem til januar 2018. Det er derfor helt unødvendigt, at X bliver ved med at indkalde til yderligere mulighedssamtaler. Det er i strid med formålet med mulighedserklæringen og bestemmelserne i sygedagpengeloven. Der er ikke usikkerhed om, hvilke arbejdsfunktioner A kan varetage. Han kan ikke varetage nogle arbejdsfunktioner resten af 2017. Det er unødvendigt og udtryk for unødvendig chikane af en sygemeldt lønmodtager at indkalde til formålsløse mulighedssamtaler, når der allerede er en gældende mulighedserklæring.

X havde hverken i oktober 2017 eller efterfølgende nogle forslag til ændrede eller andre arbejdsopgaver til A i hans sygeperiode i sidste kvartal af 2017. Dette understreger blot yderligere, at X ikke er berettiget til at bede om endnu en mulighedserklæring i november 2017, da man har en gældende mulighedserklæring af 9. oktober 2017, som gælder for perioden frem til januar 2018, og som fastslår, at A er fuldt uarbejdsdygtig.

2.1.4 Opsummering på at tilbageholdelse af løn er uberettiget og lønnen skal udbetales.

Da X har fået den nødvendige dokumentation for lovligt fravær på grund af sygdom i form af en mulighedserklæring, da A har deltaget i den for udbetaling af sygedagpengerefusionsnødvendige opfølgning, og da A er berettiget til fuld løn under sygdom, er tilbageholdelse af løn uberettiget, og lønnen for perioden 13. oktober – 24. november 2017 skal udbetales til A.

2.2 Uberettiget bortvisning og ophævelse af ansættelsesforholdet

Den 6. oktober fremsendte X et brev til A (bilag 4), hvor det bl.a. anføres at:

"Endvidere tages forbehold for at hæve ansættelsen, hvis du ikke deltager i samtalen vedrørende mulighedserklæringen, eller vi ikke efterfølgende modtager mulighedserklæringen med lægens kommentarer inden den angivne dato". [min fremhævning]. Den angivne dato er d. 13. oktober.

X modtager mulighedserklæringen med lægens kommentar d. 10. oktober.

Da X som anført ovenfor har fået en udfyldt mulighedserklæring og dokumentation for lovligt fravær på grund af sygdom, er bortvisningen uberettiget. Der henvises til det anførte om forarbejderne til syge-

dagpengeloven ovenfor, herunder at der med sygedagpengelovens § 36a ikke ændres ved den ansættelsesretlige regulering.

X har anført formålet med mødet d. 24. november 2017 som at høre, hvordan A ser sine muligheder for at vende tilbage til jobbet som Teknisk Chef, alternativt drøfte en fratrædelse af jobbet. A ønskede ikke at fratræde og er i øvrigt ikke forpligtet til at deltage i en samtale om mulig fratræden under sin sygefraværsperiode. Hvis X havde haft en rimelig grund til at opsige, måtte X have opsagt A i henhold til funktionærlovens regler herfor, men det har X ikke gjort.

Mulighederne for at vende tilbage til jobbet var beskrevet af lægen som fuldt fravær indtil januar 2018 og herefter delvist arbejde 2 dage pr. uge, og datoen for fuld tilbagevenden kunne ikke fastlægges endnu. En samtale om tilbagevenden til jobbet i november er derfor irrelevant. En sådan samtale kunne evt. være holdt ultimo december for at drøfte arbejdsopgaver på deltid i januar.

A var ikke forpligtet til at deltage i samtalen, som X havde indkaldt til 24. november 2017. Det er ikke ulovlig udeblivelse og ikke misligholdelse af ansættelsesforholdet. A var fuldtidssygemeldt, og bortvisningen er derfor uberettiget.

Som anført ovenfor er det unødvendigt og udtryk for unødvendig chikane af en sygemeldt lønmodtager at indkalde til formålsløse mulighedssamtaler, når der allerede er en gældende mulighedserklæring. Den reelle grund til bortvisningen er formentlig, at direktør B gerne ville af med A, men ikke havde et sagligt grundlag at afskedige A på og derfor uberettiget bortviser på baggrund af forløbet med mulighedserklæringen.

X ville heller ikke have kunnet opsige A med den i brev af 24. november 2017 anførte begrundelse om, at A ikke deltog i mødet d. 24. november. Det er ikke en saglig grund. Der henvises til det ovenfor anførte.

A's afvisning af at deltage i mødet d. 24. november er ikke en misligholdelse af A's forpligtelser. Hvis retten skulle finde, at A skulle have mødt til mødet d. 24. november, gøres det gældende, at bortvisningen er ikke proportionel i forhold til A's undladelse af at deltage i en samtale, hvor formålet allerede var opfyldt, og bortvisningen ikke har stået i et rimeligt forhold til overtrædelsens karakter og omfang, og bortvisningen er derfor uberettiget.

Bortvisning kan alene ske, hvis der foreligger en meget væsentlig misligholdelse fra A's side, hvilket ikke er tilfældet. A er derfor berettiget til erstatning for uberettiget ophævelse af ansættelsesforholdet samt godtgørelse for uberettiget bortvisning/afsked.

Erstatningen for uberettiget ophævelse af ansættelsesforholdet er svarende til løn i opsigelsesperioden på 3 måneder til udgangen af en må-

ned, jf. funktionærloven § 2. Det er løn fra bortvisningsdagen d. 24. november 2017 og til 28. februar 2018.

Godtgørelsen for uberettiget bortvisning er svarende til 3 måneders løn, jf. funktionærloven § 2b, stk. 1 og 3. A var på tidspunktet for den uberettigede bortvisning over 30 år gammel. Han var 45 år. Det var ikke muligt for A at få nyt job umiddelbart efter den uberettigede bortvisning, men først omkring et år efter den uberettigede bortvisning, hvilket også taler for, at godtgørelsen skal svare til 3 månedslønninger.

2.3 OPGØRELSE AF KRAVET

Sagsøgers månedsløn er beregnet på baggrund af lønseddel fra september 2017 (bilag 9), og som er retvisende vedrørende sagsøgers lønforhold.

Månedsløn inkl. pensionsbidrag $(45.940,75 + 7.809,93 - 2.604,84) = 51.145,84$
 Feriegodtgørelse pr. måned $(45.940,75 \times 0,125) = 5.742,59$
 Løn pr. md. inkl. pensionsbidr. og feriegodtg. $(51.145,84 + 5.742,59) = 56.888,43$

Feriegodtgørelse udgør 12,5 % af den ferieberettigede løn – dvs. månedsløn uden pensionsbidrag.

Pensionsbidrag indgår ved beregningen af en månedsløn, jf. U 1994.907/2 H. Pensionsbidrag skal således inkluderes ved beregning af uberettiget tilbageholdt løn, erstatning for løn i opsigelsesperioden og godtgørelse for uberettiget bortvisning.

Ved beregningen af de nævnte poster tillægges feriegodtgørelse, dog ikke for så vidt angår godtgørelsen for uberettiget bortvisning (FUL § 2 b godtgørelsen), da dette ikke er (træder i stedet for) løn, jf. Ferieudvalgets betænkning nr. 1207/1990, s. 67.

2.3.1 A's krav opgøres således:

Uberettiget tilbageholdt løn inkl. pensionsbidrag

Perioden fra den 13. oktober til og med den 31. oktober 2017:

Udbetalt $(19.484,38 + 3.312,34 - 1.104,76) = \text{kr. } 21.691,96$

Restbeløb $(51.145,84 - 21.691,96) = \text{kr. } 29.453,88$

Perioden fra den 1. november til og med den 30. november 2017

Restbeløb = kr. 51.145,84

Feriegodtgørelse af uberettiget tilbageholdt løn (inkl. erstatning 24-30 nov.)

Perioden fra den 13. oktober til og med den 31. oktober 2017

$(45.940,75 - 19.484,34) = \text{kr. } 26.456,41$

$(26.456,41 \times 0,125) = \text{kr. } 3.307,05$

7/7

Perioden fra den 1. november til og med den 30. november 2017

$45.940,75 \times 0,125 = \text{kr. } 5.742,59$

Erstatning for løn i opsigelsesperioden inkl. pensionsbidrag
 51.145,84 x 3 = kr. 153.437,52

Feriegodtgørelse af løn i opsigelsesperioden
 45.940,75 x 3 = kr. 137.822,25
 137.822,25 x 0,125 = kr. 17.227,78

Godtgørelse for uberettiget bortvisning (inkl. pensionsbidrag)
 51.145,84 x 3 = kr. 153.437,52

Samlet beløb
 29.453,88 + 51.145,84 + 3.307,05 + 5.742,59 + 153.437,52
 + 17.227,78 + 153.437,52 = kr. 413.752,18

Sagsøgte har ikke bestridt selve opgørelsen af beløbene.
 ..."

X har i sit påstandsdokument anført følgende:

" ...

Anbringender

Til støtte for den nedlagte påstand gøres følgende gældende:

1. Særligt vedrørende bortvisningen

1.1. A's gentagne udeblivelse fra lovligt indkaldte mulighedssamtaler udgjorde en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet.

A tilsidesatte adskillige gange sin pligt til at deltage i mulighedssamtalen i henhold til sygedagpengelovens § 36a stk. 5, som lovligt indkaldt til af X.

Udeblivelse fra en mulighedssamtale uden lovligt forfald sidestilles i praksis med ulovlig udeblivelse, hvilket karakteriseres som grov misligholdelse af ansættelsesforholdet.

1.2. Det var derfor berettiget at bortvise A, som følge af den grove misligholdelse af ansættelsesforholdet.

1.3. A havde ikke lovligt forfald i forhold til mulighedssamtalen.

En generel sygemelding berettiger ikke den sygemeldte til at udeblive fra en mulighedssamtale. Derimod forudsætter lovlig udeblivelse fra en mulighedssamtale, at medarbejderen tilvejebringer en lægeerklæring, der indeholder en angivelse af, at medarbejderen på grund af sin sygdom ikke kan møde op til en samtale.

I overensstemmelse hermed blev A ved følgende skrivelser gjort opmærksom på, at såfremt han var for syg til at deltage i mulighedssamtalen, kunne han blot fremsende lægelig dokumentation herfor:

Brev af 6. oktober 2017 (bilag 4)
 E-mail af 10. oktober 2017 (bilag C)
 Brev af 7. november 2017 (bilag 7).

I alle ovennævnte skrivelser samt ved brev af 27. september 2017 (bilag 3) gjorde X endvidere opmærksom på, at mulighedssamtalen kunne finde sted telefonisk.

A benyttede sig på intet tidspunkt af muligheden for meddele, at han ønskede en telefonisk samtale, eller at han for var for syg til at deltage i mulighedssamtalen.

I stedet oplyste han ved e-mail af 5. oktober 2017 (bilag 2), at han "ingen grund" så til at holde et møde, ligesom han ved e-mail af 10. oktober 2017 (bilag D) udtrykte: "*Dermed afslår jeg dit tilbud et møde torsdag 13 oktober 2017 med begrundelsen "spild af min tid"*".

1.4. A's gentagne nægtelse af at imødekomme X's retmæssige krav på hans deltagelse i en mulighedssamtale (enten fysisk eller telefonisk), udgjorde en lydighedsnægtelse af så grov karakter, at denne berettigede X til at hæve ansættelsesforholdet.

1.5. X havde på forhånd taget udtrykkeligt forbehold for at hæve ansættelsen ved udeblivelse fra mulighedssamtalen.

A havde rig mulighed for at undgå en bortvisning, idet han ved følgende skrivelser havde modtaget skriftlig orientering om, at udeblivelse fra mulighedssamtalen kunne føre til en ophævelse af ansættelsesforholdet:

Brev af 6. oktober 2017 (bilag 4)
 E-mail af 10. oktober 2017 (bilag C)
 Brev af 7. november 2017 (bilag 7).

1.6. En bortvisning skal vurderes på baggrund af forholdene på tidspunktet for bortvisningen.

A's efterfølgende sygdomsforløb kan således ikke tillægges vægt ved vurderingen af, hvorvidt det var berettiget at bortvise A. Ligeledes kan indholdet af LÆ 285 attesten (fremlagt som bilag 12) ikke lægges til grund ved vurderingen, idet X på tidspunktet for bortvisningen ikke havde kendskab til attestens indhold, da A alene havde fremsendt et ganske kort uddrag herfra (bilag 2, side 2).

1.7. Det bestrides således, at sagsøger har krav på løn i en opsigelsesperiode efter funktionærlovens § 2, idet bortvisningen var berettiget.

1.8. På samme vis bestrides det, at sagsøger har krav på godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.

1.9. Såfremt retten måtte finde, at bortvisningen var uberettiget, gøres det gældende, at en afskedigelse havde været berettiget, og at A i så fald alene har krav på løn i opsigelsesperioden.

2. Særligt vedrørende mulighedserklæringen

2.1. Mulighedserklæringen af 9. oktober 2017 kan ikke tillægges vægt, idet erklæringen ikke opfylder forudsætningerne i sygedagpengelovens § 36a, stk. 2.

Det følger af sygedagpengelovens § 36a, stk. 2, at erklæringens første del skal udfyldes af arbejdsgiver og lønmodtager i fællesskab på baggrund af en samtale.

X havde alene på forhånd indsat objektivt konstaterbare oplysninger i mulighedserklæringens side 3 og 4.

X oplyste A ved brev af 6. oktober 2017 (bilag 4), at erklæringen påført A's egne bemærkninger ikke ansås for tilstrækkelig, idet hensigten var, at erklæringen skulle udfyldes i fællesskab.

Umiddelbart efter modtagelse af mulighedserklæringen 10. oktober 2017 gentog X, at den ensidigt udfyldte mulighedserklæring ikke kunne accepteres (bilag C).

2.2. A var således bekendt med, at X ikke anså den fremsendte mulighedserklæring som en opfyldelse af hans forpligtelser efter sygedagpengelovens § 36a.

2.3. Det bestrides, at mulighedserklæringen af 9. november 2017 opfyldte A's forpligtelse i henhold til sygedagpengelovens § 36a, stk. 5.

2.4. Det tilkommer ensidigt arbejdsgiveren at beslutte hvilken form for dokumentation, der kræves af en sygemeldt medarbejder.

En arbejdsgiver kan således vælge at kræve en friattest, en tro- og loveerklæring, en varighedserklæring og/eller en mulighedserklæring. På samme vis tilkommer det også arbejdsgiveren at vælge, om lægen skal tage stilling til en mulighedserklæring på baggrund af rubrik 3 og 4 alene, eller om arbejdsgiveren ønsker lægens vurdering på baggrund af rubrik 6.

Det er en i særdeleshed en forudsætning for opfyldelsen af formålet med en mulighedserklæring med en vurdering på baggrund af rubrik 6, at denne er udfyldt i fællesskab mellem arbejdsgiver og medarbejder.

2.5. Det gøres gældende, at en arbejdsgiver har pligt til at indkalde en sygemeldt medarbejder til en sygefraværssamtale, jf. sygedagpengelovens § 7a, og at denne pligt blandt andet kan opfyldes ved afholdelse af en mulighedssamtale, jf. sygedagpengelovens § 36a.

X indkaldelse af A til mulighedssamtalen var således i overensstemmelse med en arbejdsgivers ret og pligt efter sygedagpengeloven, hvorfor det bestrides, at anmodningerne havde karakter af chikane.

Uagtet, at arbejdsgivers forpligtelse til at afholde en sygefraværssamtale, jf. § 7a, kan opfyldes ved en mulighedssamtale, jf. § 36a, så er der ikke desto mindre forskellige konsekvenser knyttet til medarbejderens manglende deltagelse i de to former for samtaler. Det fremgår således direkte af § 36a, stk. 5, at udeblivelse fra mulighedssamtalen indebærer, at retten til sygedagpenge fra arbejdsgiver bortfalder.

2.6. X havde et rimeligt grundlag for sin anmodning om A's deltagelse i mulighedssamtalen.

Dette skyldes blandt andet, at X var bekendt med, at A under sin sygemelding deltog i et navigationskursus sammen med én af virksomhedens øvrige ansatte. På denne baggrund måtte det anses for sandsynligt, at A også ville kunne varetage visse arbejdsopgaver.

Hertil kommer, at erklæringen ikke blot har til formål at konstatere medarbejderens funktionsnedsættelse og påvirkede jobfunktion. Det følger således af sygedagpengelovens § 36a, stk. 1 at "lægeerklæringen har til formål at bidrage til, at lønmodtageren fastholdes i arbejde".

Ligeledes fremgår det af forarbejderne til sygedagpengelovens § 36a (LFF 2008-03-12 nr. 165), at "*Mulighedserklæringen anvendes som led i indsatsen for at fastholde en sygemeldt lønmodtager og for at øge muligheden for hel eller gradvis tilbagevenden til arbejdspladsen*".

3. Vedrørende den tilbageholdte løn

3.1. Det gøres gældende, at X var berettiget til at standse lønudbetalingen til A som følge af udeblivelsen fra mulighedssamtalen den 13. oktober 2017.

Det følger af sygedagpengelovens § 36a, stk. 5, at såfremt lønmodtageren ikke deltager i samtalen, så bortfalder lønmodtagerens ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren fra og med den dag, hvor lønmodtageren skulle have deltaget i samtalen, og til og med den dag, hvor samtalen gennemføres, medmindre lønmodtageren havde en rimelig grund til udeblivelsen.

3.2. A var blevet behørigt varslet om konsekvensen af hans udeblivelse, idet han havde forinden modtaget tre forudgående advarsler om de mulige konsekvenser (herunder lønstandsning) ved hans fortsatte udeblivelse fra den lovligt indkaldte mulighedssamtale.

Såfremt A var for syg til at deltage, kunne han have deltaget telefonisk eller – hvis selv dette ikke var muligt – have gjort gældende (ved fremlæggelse af lægeerklæring) at være for syg til at deltage.

Disse muligheder var A tre gange blevet gjort skriftligt opmærksom på (jf. ovenfor under pkt. 1.3 og 1.5).

A benyttede sig ikke af disse muligheder, men oplyste blot at han ikke ville deltage i en samtale med begrundelsen "spild af min tid".

3.3. Denne begrundelse kan ikke betegnes som en "rimelig grund" til udeblivelse, hvorfor A's ret til løn under sygdom må anses for bortfaldet i medfør af sygedagpengelovens § 36a, stk. 5.
..."

Parterne har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

Rettens begrundelse og resultat

Efter sygedagpengelovens § 36 a, stk. 1, kan en arbejdsgiver forlange en mulighedserklæring af en lønmodtager ved kortvarigt, ved gentaget og ved langvarigt fravær. Lønmodtageren har efter stk. 5 pligt til at møde op til en samtale med arbejdsgiveren med henblik på udfyldelse af mulighedserklæringen. Hvis lønmodtageren ikke kan møde op til samtale på grund af sygdommen, kan samtalen holdes telefonisk.

På baggrund af mailkorrespondancen mellem A og B lægger retten til grund, at X flere gange indkaldte A til en samtale om udfyldelse af mulighedserklæringen, herunder blandt andet ved mails af 4. oktober 2017, 6. oktober 2017 og 10. oktober 2017. Det fremgår af alle tre mails, at samtalen kunne foregå telefonisk, såfremt A ikke var i stand til at møde op til samtalen på grund af sygdommen.

Der er på baggrund af mailkorrespondancen ikke grundlag for, at A med rimelig grund kunne være i tvivl om, hvorvidt han var forpligtet til at deltage i mulighedssamtalen. Der er heller ikke grundlag for, at A med rimelig grund kunne være i tvivl om, hvorvidt det ville være tilstrækkeligt at foranledige, at hans læge udfyldte mulighedserklæringen, herunder om udfyldelse heraf udgjorde dokumentation for lovligt forfald fra mulighedssamtalen.

Ved at udeblive fra mulighedssamtalen uden at fremsende lægelig dokumentation for, at han på grund af sin sygdom var forhindret i at møde op til samtalen eller holde den telefonisk har A misligholdt sine forpligtelser ansættelsesforholdet hos X på en sådan måde, at det var berettiget, at han blev bortvist den 24. november 2017.

Det fremgår af sygedagpengelovens § 36 a, stk. 5, at lønmodtagerens ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren ophører fra og med den dag, hvor lønmodtage-

ren skulle have deltaget i mulighedssamtalen, og til og med den dag, hvor samtalen gennemføres.

Derfor var det berettiget, at X tilbageholdte A's løn fra og med den 13. oktober 2017, hvor A udeblev fra mulighedssamtalen.

Sagsøgte frifindes derfor.

Efter sagens resultat skal A betale sagsomkostninger til X.

Sagsomkostningerne er efter sagens værdi, forløb og udfald fastsat til dækning af advokatudgift inklusive moms med 48.125 kr. Det er oplyst, at X ikke er momsregistreret.

THI KENDES FOR RET :

Den selvejende institution X ** frifindes.

A skal inden 14 dage til Den selvejende institution X** betale sagsomkostninger med 48.125 kr. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

*) skal rettelig være

HORESTA Arbejdsgiver som mandatar for
DEN SELVEJENDE INSTITUTION X, SILKEBORG
(advokat Emilie Struck Westersø)

**) skal rettelig være

HORESTA Arbejdsgiver som mandatar for
DEN SELVEJENDE INSTITUTION X, SILKEBORG

Rettet i medfør af retsplejelovens § 221, stk. 1

Retten i Viborg, 7. februar 2019