



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 13. juni 2023

Sag BS-10536/2022-OLR
(23. afdeling)

B A/S
(advokat Ulrik Nørregaard)

mod

HK Danmark som mandatar for
[redacted] A
(advokat Anton Gramstrup Larsen)

Retten i Glostrup har den 2. marts 2022 afsagt dom i 1. instans (sag BS-29492/2020-GLO).

Landsdommerne Gunst Andersen, Julie Skat Rørdam og Kristoffer Gammelgaard Petersen (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, B A/S, har gentaget sin påstand for byretten om frifindelse.

Indstævnte, [redacted], har påstået dommen stadfæstet, dog således at 190.324,45 kr. korrigeres til 190.325,45 kr. og 179.824,45 kr. korrigeres til 179.825,45 kr.

Supplerende sagsfremstilling

Der er for landsretten fremlagt opkaldsliste for [redacted] A's
[redacted] telefon den 30. marts og 31. marts 2020 og CVR-udskrift vedrørende [redacted] A's
[redacted] ægtefælles virksomhed, hvoraf bl.a. fremgår,

at der i perioden marts 2020 til og med juli 2020 har været 6 ansatte, svarende til 3-6 årsværk.

Forklaringer

C og [REDACTED] har afgivet supplerende forklaring. F har endvidere afgivet forklaring.

C har forklaret supplerende bl.a., at hans første svar på [REDACTED] A's sygemelding den 30. marts 2020, kl. 7.58, blev sendt umiddelbart efter modtagelse af sygemeldingen – dvs. inden for 15 minutter. Han ventede måske 20 minutter, før han sendte den anden sms. Han havde ikke i mellemtiden modtaget den telefoniske sygemelding, han efterspurgte. Det er hans opfattelse, at det fravær begrundet i hovedpine, som [REDACTED] havde under sin midlertidige ansættelse, ikke var reel sygdom. Det rettede sig efterhånden. Han ville gerne hjælpe [REDACTED]. Hun fik først en midlertidig ansættelse, hvor man konstaterede, at [REDACTED] havde meget fravær. Hun fik en ny midlertidig ansættelse, og det blev aftalt, at hun ikke ville blive fastansat, hvis det ikke blev bedre. Da hun blev fastansat, var de symptomer, hun tidligere havde haft, forsvundet.

Det har hele tiden været sådan, at [REDACTED] kæreste, E, ikke kunne passe børnene pga. sin vognmandsvirksomhed. Da Corona kom, havde [REDACTED] været på arbejde 3½ dag efter sin barselsorlov. De aftalte, at hun kunne tage 14 dages forlods ferie, og så måtte de se tiden an. [REDACTED] gav udtryk for, at E ikke kunne passe børnene. På dette tidspunkt havde Brøndby Kommune ikke en nødpassningsordning, men det kom på plads inden for 14 dages perioden. Det var officielt, at der var en nødpassningsordning, hvis det var nødvendigt, at medarbejderne kom på arbejde. Han ved ikke, om [REDACTED] havde prøvet at ringe til ham søndag den 29. marts 2020, forud for at hun sendte en sms kl. 15.41. Det er ikke sædvanligt, at man ringer om aftenen for at varsle sygdom, og det var heller ikke det, samtalen gik ud på. [REDACTED] sagde, at hendes børn ikke skulle i nødpassning, og at E ikke kunne passe. Han gentog et par gange, at han ikke kunne tilbyde andet, og at han som arbejdsgiver var nødt til at bede hende om at møde på arbejde.

Han skrev ikke først, at han ikke troede på, at hun var syg. Han bad hende om at gøre, som hun skulle efter kontrakten. Han fik ingen reaktion. Han udtrykte sig derfor endnu klarere i den anden sms. Han bad ikke om en lægeerklæring, men om dokumentation for at hun var syg mandag, f.eks. i form af dokumentation for at børnene var sendt i nødpassning. Han protesterede ikke, da hun skrev, at hun ville gå til lægen, da han jo ikke kunne vide, om hun havde talt med lægen mandag. Han forstår ikke, hvorfor hun ikke bare ringede og meldte sig syg, som hun skulle, så havde det været det. Han har ikke styr på medarbejdernes ferie – det har deres administration – så han ved ikke, om der var tale

om forlods ferie eller optjent ferie. ████████ havde et akut problem, der skulle løses.

██████ A ████████ har forklaret supplerende bl.a., at det af opkaldslisten for den 30. og 31. marts 2020 fremgår, at hun ikke ringede til sin mand i den pågældende periode. Listen omfatter ikke indgående opkald, da hendes telefonselskab ikke kunne udskrive en sådan liste så lang tid efter. Hun kontaktede lægen den 31. marts 2020, kl. 09.07, fordi hun havde fået det værre end dagen før. Hun kom ikke igennem til lægen, men var i kø som nr. 1 i næsten 55 minutter. Hun tænkte da, at de nok ikke havde åbent. Hun ringede igen den 1. april 2020 om morgenen, hvor telefonsvareren sagde, at der var telefon-tid om eftermiddagen. Hun ringede igen om eftermiddagen. Først sad hun i kø, men blev smidt af, og hun ringede derfor op igen. Lægen havde lukket for fysisk konsultation pga. Corona. Hun fik den 2. april 2020 taget blodprøver i en åben klinik på Glostrup Hovedgade. Hun valgte at udstrege en linje i lægejournalen, som hun ønskede, at C ikke skulle se. Det fremgår heraf, at hun i januar 2020 fik udført en abort, som havde nogle komplikationer.

Hun og C aftalte indledningsvist, at hun havde ferie i 14 dage, fordi institutionen var lukket i 14 dage. De talte ikke om betaling af denne ferie. Hun mente, at hun havde ferie til gode på dette tidspunkt. Hendes mand kunne ikke fra den ene dag til den anden passe børnene. Hun og E talte om, hvad der skulle ske, hvis det fortsatte, og E fandt en løsning, så han ville kunne passe. Hun bad C om 14 dage, så de kunne få styr på det derhjemme. Hun skrev sms'en søndag den 29. marts 2020 kl. 15.41, fordi hun havde været væk i 14 dage og gerne ville give C en melding om, at hun var blevet syg. De aftalte, at hun skulle give besked mandag. Hun blev overrasket over C's beskeder og kunne fornemme, at C ikke var tilfreds. Hun tænkte, at C ikke troede på, at hun var syg. Hun kunne godt se, hvordan det så ud, når hun lige havde haft fri i 14 dage for at passe børn. Hun har altid sygemeldt sig på sms, hvilket ikke har været noget problem. Hun så C's sms'er og tænkte, at hun ikke havde energi til at tage en diskussion med ham om, hvorvidt hun var syg. Hun overvejede ikke at ringe, da hun var syg. Hun ved ikke, hvad E skulle gøre for at dokumentere, at han havde gjort forberedelser til at kunne passe børnene. Han havde fundet de mænd, der skulle til for at varetage hans arbejdsopgaver. Der står ikke navne på chauffører på køresedlerne. Der var heller ikke andre måder at dokumentere det på. Hun havde ikke forestillet sig, at det ville blive nødvendigt. Hun kontaktede HK om mandagen, fordi hun kunne fornemme, at hun kunne få behov for rådgivning. Hun husker ikke, hvad HK sagde til hende. Hun følte ikke, at der var behov for at kontakte lægen mandag, men hun gjorde det tirsdag og onsdag. Hun husker ikke, hvorfor hun ifølge opkaldslisten ringede til HK tirsdag morgen.

F har forklaret bl.a., at hun i 2020 var kæreste med C. De er nu gift. Hun har ingen forbindelse med B A/S.

Hun var til stede søndag aften den 29. marts 2020, da C så, at [A] først havde ringet og så sendt en sms. C ringede [redacted] op. Hun kunne høre, hvad både [redacted] og C sagde. De talte om pasning af [A's] børn, og [redacted] sagde, at hun ikke vidste sine levende råd pga. Corona. C henviste til, at hun havde haft fri i 14 dage, og at hun måtte finde en løsning. [redacted] sagde, at E ikke kunne passe. C tilbød, at [A] kunne holde fri uden løn, men det havde [redacted] ikke råd til. [redacted] sagde intet om sygdom, eller om at hun havde det dårligt. Hun kunne høre hele samtalen.

Anbringender

Parterne har for landsretten i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed. B A/S og [redacted] har herunder uddybet det anførte i påstandsdokumenter af henholdsvis 9. og 8. maj 2023.

Landsrettens begrundelse og resultat

Landsretten tiltræder af de grunde, der er anført af byretten, at bortvisningen af [A] var uberettiget. Det forhold, at [A] og C søndag aften havde en telefonsamtale, der muligvis omhandlede spørgsmålet om børnepasning, kan under de foreliggende omstændigheder, hvor sygemeldingen understøttes af lægeerklæring og journalnotat om blodprøvesvar, ikke føre til et andet resultat. Det bemærkes, at forståelsen af ansættelseskontraktens bestemmelse om sygemelding er uden betydning i forbindelse med det foreliggende spørgsmål om bortvisningens berettigelse, da sygemeldingen ubestridt er kommet frem til C.

Herefter og i øvrigt af de af byretten anførte grunde stadfæster landsretten byrettens dom, dog således at beløbene berigtiges som anført nedenfor.

Efter sagens udfald skal B A/S i sagsomkostninger for begge retter betale 95.280 kr. til HK Danmark som mandatar for [A] [redacted] 90.000 kr. af beløbet er til dækning af udgifter til advokatbi-stand inkl. moms og 5.280 kr. til retsafgift.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes med de ændringer, at 190.324,45 kr. korrigeres til 190.325,45 kr. og 179.824,45 kr. korrigeres til 179.825,45 kr.

I sagsomkostninger for begge retter skal B A/S inden 14 dage betale 95.280 kr.
til HK Danmark som mandatar for [REDACTED] A
[REDACTED]. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.



RET TEN I GLOSTRUP DOM

afsagt den 2. marts 2022

Sag BS-29492/2020-GLO

HK Danmark som mandatar for

A

(advokat Daniel Bendix Nielsen)

mod

B A/S

(advokat Ulrik Nørregaard)

Denne afgørelse er truffet af dommer Morten Juul Nielsen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Retten har modtaget sagen den 22. juli 2020.

Sagen drejer sig om B A/S' bortvisning af

A

den 14. april 2020. Sagen drejer sig også om, hvorvidt

A

har krav på godtgørelse efter ligeløn- og ligebehandlingsloven for manglende lønforhandling under graviditets- og barselsorlov, om godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis og refusion af udlæg til lægeerklæring.

HK Danmark som mandatar for

A

har nedlagt påstand om, at B A/S skal betale 229.634,80 kr. med tillæg af procesrente af 500 kr. fra den 2. maj 2020, af 211.634,80 kr. fra den 16. maj 2020 og af 17.500 kr. fra den 22. juli 2020 samt indberette 16.533,97 kr. til

A's

konto ved Lønmodtagernes Feriemidler.

Subsidiært skal B A/S betale 30.345,36 kr. med tillæg af procesrente af 500 kr. fra den 2. maj 2020, af 12.345,36 kr. fra den 16. maj 2020 og af 17.500 kr. fra den 22. juli 2020 samt indberette 1.543,17 kr. til [redacted] A/s konto ved Lønmodtagernes Feriemidler.

Mere subsidiært skal B A/S betale 28.912,42 kr. med tillæg af procesrente af 500 kr. fra den 2. maj 2020, af 9.699,93 kr. fra den 16. maj 2020 og af 17.500 kr. fra den 22. juli 2020 samt indberette 1.543,17 kr. til [redacted] A/s [redacted] konto ved Lønmodtagernes Feriemidler.

B A/S har nedlagt påstand om frifindelse.

HK Danmark som mandatar for [redacted] har opgjort sine påstande i sagen på baggrund af følgende om følgende oplysninger om [redacted] A/s sædvanlige månedsløn:

| | |
|--|-------------------|
| Grundløn | 25.500,00 kr. |
| Feriegodtgørelse heraf | 3.187,50 kr. |
| Pension – arbejdsgiverbidrag | 765,00 kr. |
| ATP-arbejdsgiverbidrag | <u>189,35 kr.</u> |
| I alt sædvanlig månedsløn, inkl. feriegodtgørelse | 29.641,85 kr. |
| I alt sædvanlig månedsløn, ekskl. feriegodtgørelse | 26.454,35 kr. |

Påstanden er herefter opgjort på følgende måde:

Principal opgørelse

Erstatning – herunder minimalerstatning, jf. funktionærlovens § 3 – for uberettiget bortvisning

Manglende løn og feriegodtgørelse fra 1. april og frem til bortvisning den 14. april 2020 og erstatning for værdi af mistet opsigelsesvarsel 14. april 2020 – 31. august 2020

Sædvanlig løn eks. feriegodtgørelse i april – august 2020: 26.454,35 kr. 5 måneder sædvanlig månedsløn, ekskl. feriegodtgørelse 132.271,75 kr.

Feriegodtgørelse heraf: 12,5 % af 132.271,75 kr. 16.533,97 kr.

Godtgørelse for urimelig opsigelse, jf. funktionærlovens § 2 b

Godtgørelse på 3 mdr. løn, ekskl. feriegodtgørelse:

3 mdr. x 26.454,35 kr. 79.363,05 kr.

Godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 14 / ligelønslovens § 2

| | |
|-------------|---------------|
| Godtgørelse | 10.000,00 kr. |
|-------------|---------------|

Refusion af lægeerklæring

| | |
|-------------------------|------------|
| Udlæg for lægeerklæring | 500,00 kr. |
|-------------------------|------------|

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

| | |
|-------------|----------------|
| Godtgørelse | 7.500,00 kr. I |
|-------------|----------------|

| | | |
|-----------------------|-----------------------|---|
| alt krav til betaling | <u>229.634,80 kr.</u> | I |
|-----------------------|-----------------------|---|

| | |
|---|----------------------|
| alt krav til Lønmodtagernes Feriemidler | <u>16.533,97 kr.</u> |
|---|----------------------|

Subsidiær opgørelseManglende løn og feriegodtgørelse fra 1. april og frem til bortvisning den 14. april 2020

| | |
|---|--|
| 14/30 af sædvanlig månedsløn, ekskl. feriegodtgørelse | |
|---|--|

| | |
|---------------|---------------|
| 26.454,35 kr. | 12.345,36 kr. |
|---------------|---------------|

| | |
|---|--------------|
| Feriegodtgørelse heraf: 12,5 % af 12.345,36 kr. | 1.543,17 kr. |
|---|--------------|

Godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 14 / ligelønslovens § 2

| | |
|-------------|---------------|
| Godtgørelse | 10.000,00 kr. |
|-------------|---------------|

Refusion af lægeerklæring

| | |
|-------------------------|------------|
| Udlæg for lægeerklæring | 500,00 kr. |
|-------------------------|------------|

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

| | |
|-------------|----------------|
| Godtgørelse | 7.500,00 kr. I |
|-------------|----------------|

| | | |
|-----------------------|----------------------|---|
| alt krav til betaling | <u>30.345,36 kr.</u> | I |
|-----------------------|----------------------|---|

| | |
|---|---------------------|
| alt krav til Lønmodtagernes Feriemidler | <u>1.543,17 kr.</u> |
|---|---------------------|

Mere subsidiær opgørelse

Manglende løn og feriegodtgørelse fra 1. april og frem til bortvisning den 14. april 2020 fratrukket 3 dage (30. marts – 1. april 2020)

| | |
|---|--------------|
| 11/30 af sædvanlig månedsløn, ekskl. feriegodtgørelse | |
| 26.454,35 kr. | 9.699,93 kr. |
| Feriegodtgørelse heraf: 12,5 % af 9.699,93 kr. | 1.212,49 kr. |

Godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 14 / ligelønslovens § 2

Godtgørelse 10.000,00 kr.

Refusion af lægeerklæring

Udlæg for lægeerklæring 500,00 kr.

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Godtgørelse 7.500,00 kr.

I alt krav til betaling 28.912,42 kr.

I alt krav til Lønmodtagernes Feriemidler 1.212,49 kr.

Oplysningerne i sagen

Den 2. oktober 2016 indgik [REDACTED] aftale med B A/S om tidsbegrænset ansættelse. I aftalen hedder det blandt andet:

"Løn:

Kr. 24 .000,- pr. måned, lønnen udbetales månedsvis bagud, og forhandles hvert år i december. Første gang: december 2017

...

Sygdom:

...

Efter mere end 3 dages sygdom skal lægeerklæring afleveret til B A/S.

Eventuel sygemelding skal foretages til undertegnede [C] på tlf. ... så tidligt som muligt, og senest ved normal arbejdstids begyndelse.

...

Særlige aftaler:

Du medtager den anciennitet du har optjent under din ansættelse i D ApS. Ansættelsen påbegyndes den 1. juni 2016. Du har således anciennitet fra denne dato."

Den 28. april 2017 blev [REDACTED] fastansat.

Den 8. december 2017 havde [REDACTED] medarbejder-samtale med C. Der er fremlagt en udfyldt formular herfor. Heraf fremgår blandt andet:

"Konklusion på samtalen:

...

~~Fremtiden~~ Graviditet – Fødsel – Barsel [med håndskrift]

Termin 7 april – barsel 14 dage inden

Fødselsorlov 14 uger + alle mulige uger afholdes af familien

Æt tilbyder at betale fuld løn i det omfang der er dækning herfor fra [ulæseligt] samt ATP.dk

Uddannelse og træning:

Løn 240 Pension 3 % 25.50 brutto. Pension 3 % "

Den 9. januar 2018 blev [REDACTED] sygemeldt. Den 12. marts 2018 overgik hun til graviditetsorlov, og den 7. april 2018 overgik hun til barsels- og forældreorlov.

I sommeren 2018 blev [REDACTED] på ny gravid.

Den 22. februar 2019 afsluttedes [REDACTED] forældreorlov, hvorefter hun afholdt ferie frem til 1. marts 2019, hvor hun på ny overgik til graviditetsorlov.

[REDACTED] A [REDACTED] var herefter på orlov frem til den 13. februar 2020.

Af en sms, som [REDACTED] sendte til C søndag den 29. marts 2020, kl. 15.41, fremgår:

"Hej C. Beklager jeg forstyrre i din weekend. Har du mulighed for at ringe til mig. Venlig hilsen [REDACTED]"

Der er enighed mellem parterne om, at [REDACTED] herefter havde en telefonsamtale med C.

Af en sms, som [REDACTED] sendte til C mandag den 30. marts 2020, kl. 07.58, fremgår:

"Hej C. Jeg er syg og kommer derfor ikke på arbejde. Hilsen [REDACTED]"

C svarede herpå i en sms samme dag, hvoraf fremgår

"Sygemelding skal foretages i henhold til ansættelseskontrakt. Udeblivelse vil medføre bortvisning

Jeg skal nok udtrykke mig meget tydeligere. Man kan udelukkende sygemelde sig telefonisk. Således har a'et ikke modtaget sygemelding fra dig. Dette blot til orientering, er du syg skal du som nævnt sygemelde dig i henhold til ansættelses kontrakten"

Af en sms, som C sendte til [REDACTED] A
tirsdag den 31. marts 2020, kl. 16.59, fremgår:

"Hej [REDACTED] du bedes læse din mail box"

Det fremgår således af et brev fra C til [REDACTED] A

[REDACTED], som var vedhæftet en mail af samme dato, kl. 16.58, blandt andet:

"Jeg har i går mandag morgen den 30. marts 2020 modtaget din sygemelding via SMS.

I lyset af dit ønske om at holde fri for at passe børn, som vi drøftede så sent som søndag aften, anser jeg det for usandsynligt, at du reelt er syg.

Du skal senest i morgen møde på arbejde til normal tid eller fremsende dokumentation for dit sygefravær.

Jeg indskærper under alle omstændigheder, at sygemelding skal ske ved telefonopringning og at forløbet under alle omstændigheder er uacceptabelt.

Du kan derfor anse dette for en skriftlig advarsel.

Såfremt det ikke sker, må du forvente at blive bortvist med virkning fra mandag morgen, den 30. marts 2020."

[REDACTED] A svarede herpå i mail af onsdag den 1. april 2020, kl. 09.20, hvoraf fremgår blandt andet:

"Jeg har rådført mig med min fagforening omkring dette.

Jeg tager kontakt til min læge i dag når de åbner på telefonen kl 14 og får en tid snarest muligt.

Du høre fra mig."

Der er i sagen fremlagt journalblad for [REDACTED], hvoraf fremgår, at hun blev modtaget i telefonkonsultation af praktiserende læge Heidi Pedersen torsdag den 2. april 2020. Det fremgår af journalbladet herfor blandt andet:

"2-04-2020 TK

Gn 2 uger haft det mærkeligt. Ingen appetit, sovet dårligt , hovedpine. Sidstnævnte dog ikke nyt, men nu forværring.

[overstreget]

Meldte sig syg mandag.

Lever af hvidt brød og vand.

Ingen opkastninger

Kvalme

Arbejder som kontorassistent.

Har talt med fagforening.

Føler, at hun ryster og bliver utilpas i løbet af dagen .

Uro i kroppen

Tabt sig 7 kg på 2 uger.

Arbgiver ønsker sygemelding.

rp dette

Aftaler

rp blp + EKG

Ringes op i morgen med svar og videre plan."

I [REDACTED] mail af samme dag, kl. 16.31, til C hedder det blandt andet:

"Vedhæftet er dokumentation for mit sygefravær samt kvittering for betaling af efterspurgte.

Du bedes overføre 500 Kr. til min konto for dækning af udgift til efterspurgt lægeerklæring."

Mailen var vedhæftet faktura på 500 kr. vedrørende lægeerklæring fra Lægerne Nygårds Plads i Brøndby, samt lægeerklæring udfærdiget af praktiserende læge Heidi Pedersen, begge af samme dato. I erklæringen hedder det blandt andet:

" [REDACTED] A

Det bekræftes, at [REDACTED] er sygemeldt fra i dag og foreløbig 1 uge frem."

Det fremgår af [REDACTED] journalblad, at hun den 3. og 8. april 2020 på ny blev modtaget i telefonkonsultationer. I journalbladet hedder det herom blandt andet:

"03-04-2020 TK

Svar på blp, som viser lav D-vit og let forhøjede infektionstal.

Aftaler

rp d-vit

Formentlig virus i kroppen. Ses an. Genhenv v manglende bedring el forværing.

...

08-04-2020 TK - pt er stadig syg og hjemme

aftaler at pt ser an om hun bliver rask over påsken - og ellers ringer pt om tirsdagen 08-09 for ny sygemelding"

[REDACTED] A rykkede i mail af 8. april 2020 C for betaling af lægeerklæring.

Af C's mail af samme dato fremgår som svar herpå blandt andet:

"Hej [REDACTED] A

Jeg har ikke bedt dig indhente en lægeerklæring.

Jeg har bedt dig om at dokumentere at du var syg mandag den 30. marts og frem, hvilket jeg fortsat ikke har modtaget dokumentation for."

I mail samme dag fra HK Danmark til C hedder det blandt andet:

"Jeg skal, på vegne af vores medlem [REDACTED], på det kraftigste protestere mod håndteringen af vores medlems sygemelding mandag d. 30. marts 2020 og frem.

Vores medlem sygemeldte sig til dig via sms, hvilket afstedkom en skriftlig advarsel på brev. Du beder i brevet vores medlem om at dokumentere hendes sygdom (som du i øvrigt sår tvivl om i brevet) senest dagen efter, ellers vil det kunne medføre en bortvisning.

Vores medlem har kunnet få en tid ved sin læge d. 2. april, så hun kunne dokumentere sin sygdom. Denne dokumentation har hun sendt til dig, og har rykket for betaling.

Du svarer at du ikke har bedt om en lægeerklæring, men dokumentation på at hun har været syg, og at du stadig mangler denne dokumentation. Lægeerklæringen er jo netop dokumentation på sygdommen.

Jeg går ud fra at du betaler vores medlem for hendes udlæg."

Den 14. april 2020 meldte [REDACTED] sig på ny syg. I

sms af samme dato, kl. 08.07, til C hedder det blandt andet:

"For god ordens skyld, som også er meddelt til dig telefonisk d. 14/4-20 kl 7.57.

Jeg er fortsat syg."

A

blev herefter samme dag bortvist fra B
A/S. I C's brev herom hedder det blandt andet:

"I forlængelse af den seneste korrespondance skal jeg meddele dig, at du hermed bortvises pr. 30 marts 2020.

Bortvisningen er begrundet i, at du i hvert fald fra den 30. marts til 1. april 2020 udeblev fra arbejdet uden gyldig grund.

I uge 9 havde vi flere drøftelser, fordi du ønskede fri til pasning af dine børn, da institutionen var lukket som følge af Coronavirussen. Du meddelte i den forbindelse, at du ikke ønskede at gøre brug af nødpassningsordningen og at du ikke havde andre til at passe børnene. Du ønskede heller ikke at acceptere mit tilbud om fri uden løn. Så sent som søndag aften den 29. marts 2020 talte vi sammen og du oplyste, at du ikke havde fundet en løsning på pasning. Du nævnte ikke ved denne samtale at du var syg eller havde optræk til sygdom.

Mandag morgen den 30. marts 2020 modtager jeg en SMS fra dig hvor du melder dig syg og oplyser, at du ikke kommer på arbejde. Du modtager kort efter besked fra mig om, at sygemelding skal ske i henhold til ansættelseskontrakten ved telefonopringning og at udeblivelse vil medføre bortvisning. En time senere modtager du igen en SMS fra mig, hvor du opfordres til at melde dig syg ved telefonisk henvendelse.

Jeg hører ikke yderligere fra dig hverken mandag eller tirsdag.

Tirsdag den 2. marts 2020 om eftermiddagen blev du anmodet om at dokumentere, at du var syg. Jeg oplyser ligeledes, at jeg - i lyset af vores forudgående drøftelser - anser det for usandsynligt, at du reelt er syg.

Først torsdag den 2. april 2020 kl. 16.30 fremsender du bekræftelse fra din læge på, at du er sygemeldt fra denne dag og en uge frem.

Du har således ikke på noget tidspunkt sandsynliggjort, at du har været forhindret i at passe dit arbejde grundet sygdom og dermed afkræftet min formodning om, at fraværet alene skyldes, at du hellere ville være hjemme og passe børn."

HK Danmark protesterede i mail af 15. april 2020 over bortvisningen.

Det fremgår af [REDACTED] journalblad at hun den 17. og 20. april 2020 på ny blev modtaget i telefonkonsultationer. I journalbladet hedder det herom blandt andet:

"17-04-2020 TK

*Har det fortsat rigtig skidt. Er blevet bortvist fra arbejde. Arb.giver vil ikke tro på, at hun er syg.
Aftaler tid til TK.*

...

20-04-2020 TK

Har det fortsat rigtig skidt. Især hovedpine og svimmelhed. Ikke længere så slemt med kvalme. Ikke dobbeltsyn.

Desuden udslæt på arme, som er tilkommet igår.

Aftaler

rp blp

Ny tid til opflg"

Det fremgår af sagen, at [REDACTED] blev henvist til neuromedicinsk speciallæge den 14. maj 2020. I henvisningen hedder det blandt andet:

"Anamnese, Socialt, Objektive fund og sagt til patienten

Siden primo april haft det mærkeligt med især hovedpine, voldsom træthed og svimmelhed. Ingen appetit, sovet dårligt, hovedpine med konstant pres på hovedet. Sidstnævnte dog ikke nyt, men forværring gn de sidste par mdr. Vågner dagligt med hovedpine. Besvimet kortvarigt en enkelt gang.

Sygemeldte sig på arbejde, som hun ellers har været meget glad for. Arb.giver bortvist hende, da han ikke troede på, at hun var syg. Ingen appetit, kvalme, in-

gen opkastninger i starten, men disse symptomer samt svimmelheden er bedret. Intet dobbeltsyn.

Uro i kroppen og vægttab på 7 kg.

Blp er fine fraset lav D-vit og let forhøjede infektionstal.

BT forhøjet til 150/90. Opstartes i enalpril med god effekt og nu normal BT, men fortsat svær hovedpine og let svimmelhed.

Grov neurologisk us:

Kranienerve 2-12: ia,

Øjne: Nat refleks for lys, fri bevægelighed, ej nystagmus, nat visus for hånd og normal synsfelt

Extr: Normal tonus: God egal kraft. Normal sensibilitet for stik og berøring.

Normal strakt-arm-test.

Egale og middelliølige dybe reflekser.

Normal plantarrespons. Ingen dysdladokinese.

Normal FNF og KHF.

Gang: Upåfaldende

Normal hæl-, tå og linjegang.

Romberg negativ.

Aftaler

rp henv neurolog mhb vurdering

Snak om, at hvis neurolog ikke finder noget, må hun komme retur, da de også kan være stress symptomer.

Neuromedicin

Hovedpine og svimmelhed"

Der er til brug for sagen desuden fremlagt lønsedler med videre for **A** **A** for perioden januar 2017 til marts 2020. Det fremgår heraf blandt andet, at **A** ved flere lejligheder er foretaget fradrag i hendes løn betegnet som "Ferieberettiget tillæg 1" – i april 2017 med 3.368 kr., i november 2017 med 1.123 kr. , i december 2017 med 3.293 kr. og i februar 2019 med 19.125 kr. I januar 2020 er der under samme betegnelse derimod ydet et tillæg med 6.000 kr.

Forklaringer

A, C og E har afgivet forklaring.

A har således forklaret, at hendes ansættelse hos B A/S kom i stand, fordi hendes farmor på daværende tidspunkt kendte C. Hun blev ansat til at lave forskelligt kontorarbejde. Da hun blev ansat gennemgik de kontrakten, og hvad der stod i den. De talte ikke særligt om, hvad der stod i afsnittet om sygdom. De talte ikke om det,

der stod om lægeerklæring og sygemelding. De talte om, at han hun ville blive indkaldt til lønsamtale. Hun fik ikke at vide, at hun selv skulle indkalde til en sådan samtale.

De havde heller ikke nogen samtaler om forståelsen af de pågældende punkter i forbindelse med den nye aftale i 2017.

C indkaldte til den samtale, som fandt sted i december 2017. Samtalen gik fint. De tale om hendes forestående barsel og fik afklaret de sidste ting i den forbindelse. De aftalte en lønstigning. Hun husker ikke noget andet særligt fra samtalen.

Hun gik fra den 9. januar 2018. Hun blev syg på grund af graviditeten. Hun var sygemeldt frem til sin fødsel 7. april 2018.

Hun blev gravid igen i sin barselsperiode. Hun oplyste det over for C. De aftalte, at de skulle fortsætte som hidtil. Hun husker ikke hvornår det foregik. Hun fik ikke, at vide det var en lønsamtale. Hun havde ikke lønsamtaler i december 2018 eller 2019. Hun talte ikke med sine kolleger om det. De andre havde ret til årlige lønforhandlinger.

Hun kom tilbage fra sin barselsorlov i februar 2020. De kunne ikke finde institutionsplads til deres datter. Derfor blev orloven forlænget med tre uger ferie. Hun var tilbage på arbejdet den 11. marts 2020. De første par dage handlede om, at hun skulle lande. C havde lavet en plan, men han var væk de første to dage. Hun sad derfor sammen med nogle andre.

Det faldt sammen med, at statsministeren initierede det første lockdown på grund af corona. Det var ikke muligt at arbejde hjemmefra hos B A/S, så det arbejdet fortsatte uforandret. Den næstfølgende mandag lukkede institutionerne. Hun spurgte C, om det muligt at holde to ugers ferie, så de kunne komme igennem det. Det var der ikke noget problem, og det fik hun lov til.

Hendes sygdom, der havde stået på i længere tid, blev på dette tidspunkt også værre. Hun har altid døjet med hovedpine og haft kortere sygdomsperioder. Det havde C været opmærksom på. Hun var også syg under sin barsel med svimmelhed og hovedpine. Det var dog ikke så slemt som det blev i marts og april.

Hendes ferie udløb den 29. marts 2020. Hun sendte en sms til C fordi hun gerne ville informere ham om, hvordan hun havde det. C ringede tilbage, og hun sagde, at hun var blevet syg. De talte ikke om ikke om børnepasning. C reagerede ikke særligt på dette. Hun meldte sig syg dagen ef-

ter. Hun sendte en sms til C's telefonnummer, for det havde hun altid gjort. C ringede ikke tilbage. Hendes mand passede deres barn den pågældende mandag. Hun meldte sig syg fordi hun var syg – ikke fordi hun skulle passe børn.

Hun gik i seng og vågnede til C's beskeder. Hun havde meget slem hovedpine. Hun havde sovet meget dårligt. Hun var for syg til at passe sit arbejde. Hun forventede ikke brug for lægehjælp, og derfor søgte hun det ikke.

Det var også hendes mand, der passede børnene den 31. marts 2020.

Hun blev ikke ringet op inden C's besked den 31. marts 2020. Hendes læge havde ikke åbent, da hun modtog beskeden. Næste morgen ringede hun til lægen. Hun fik at vide, at de havde kontortid efter kl. 14, men også at der var lukket på grund af corona. Den 2. april 2020 var det tidligste tidspunkt hun kunne få en konsultation.

Hun forklarede i konsultationen, hvordan hun havde det. De aftalte, at der skulle tages nogle blodprøver. De aftale, at de skulle tale sammen, når der forelå svar. De talte også om en sygemelding. Hun sagde, at hendes arbejdsgiver havde bedt om en lægerklæring. Lægen sygemeldte hende en uge frem. De skulle have svar på blodprøverne, og så skulle de se tiden an. Hvis situationen var den samme eller forværret, skulle de måske have nye blodprøver eller lægge en anden plan.

Det som læge har noteret i hendes journal er en retvisende beskrivelse af hendes tilstand – bortset fra at der ikke fremgår at hun var svimmel.

Hun var i denne periode helst ikke alene med sin børn. Det var navnlig på grund af svimmelhed.

Den 8. april 2020 talte hun og lægen om, at hun fortsat havde det skidt. Hun mener, at de aftalte, at der skulle tages nye blodprøver. Hun var stadig syg. Hun fik blodtrykssænkende medicin fordi hun havde forhøjet blodtryk. Lægen koblede det til hende hovedpine som en mulig årsag. Hun fik også recept på D-vitamin. Det var samme sygdomsbillede – også ind i påskeugen.

Hun var for syg til at passe sit arbejde fra den 30. marts til den 14. april 2020. Hun ringede til C den 14. april 2020 om morgenen. Hun ringede, så der ikke var flere misforståelse omkring dette. Hun sagde, at hun fortsat var syg. C sagde, at hvis hun ikke kom på arbejde, så ville hun blive bortvist. Hun gentog, at hun jo var syg. C sagde god bedring og lagde røret på. Herefter modtog hun sin bortvisning.

Hun var også syg efter den 14. april 2020. Hun var sygemeldt til januar 2021. Hun var raskmeldt i fem måneder og derefter sygemeldt igen fra maj til december 2021. Det var i alt væsentligt samme sygdomsbillede, men der kom også andre ting til undervejs. Hun blev henvist til speciallæge for at udelukke, at der ikke var noget alvorligt galt. I værste fald kunne det være en tumor.

Hun modtog sygedagpenge i perioden. Hun har ikke afbrudt denne periode for at holde ferie.

Den 29. marts 2020 fortalte hun C, at hun havde døjet med hovedpine, og at hun havde det dårligt. Det sagde C ikke så meget til – ikke andet end at de måtte tales ved næste dag. Hun meldte sig ikke syg søndag, for hun kunne være rask om mandagen.

Hun var godt klar over, at ikke alt var som det skulle være, da hun vågnede efter at have sovet et par timer og så C's beskeder. Hun ringede til sin fagforening. Hun ringede ikke til C, for hun var syg. Hun kontaktede HK om mandagen. Hun kunne godt læse på C's beskeder, at der allerede var et problem.

Hun kan ikke huske, om hun havde ferie til gode, da hun fik ferie i perioden fra den 16. til den 29. marts 2020. Det var for at passe børn. Efter dette var hedes mand hjemme. Den 29. marts 2020 talte hun ikke med C om børnepasning. Hun skrev til C, fordi hun havde været fraværende i to uger. Hendes samvittighed bød hende at tale med C.

Hun havde en kort samtale med C om nødpasning – hun tror, det var inden ferien. Hun tror, at C måske havde misforstået ordningen. Det var kun forældre med kritisk arbejde, som kunne få nødpasning. Hun ville have benyttet sig af ordningen, hvis det havde været muligt.

C var bekendt med hendes forløb omkring hovedpine. Han havde altid været forstående.

Hun talte ikke med lægen om, at hun skulle dokumentere bagudrettet sygdom. Det ville lægen jo heller ikke kunne.

Hun ved ikke hvorfor lægen ikke har skrevet noget ned om hendes tidligere sygdomshistorie i journalnotatet fra den 2. april 2020.

Hendes symptomer havde ikke noget at gøre med problemer omkring børnepasning eller truslerne om bortvisning at gøre.

En MR-scanning viste, at alt var fint. Hun har været i et længere udredningsforløb. Det er ført i maj 2021, at de endelige svar er kommet. Det er formentlig den rette medicin, som har betydet, at hun er rask igen. Hun har stadig hovedpiner men ikke i samme omfang.

Da hun blev gravid igen, aftale hun og C, at løn og afregning skulle ske på samme måde, som under den første barsel. Hun mener, hun var forbi to gange. Hun havde en samtale med C mellem de to barsler. Hun husker ikke det præcise tidspunkt. Hendes først bar blev født i april 2018, og det andet i marts 2019. Hun har ikke selv efterlyst, at hun manglede samtaler. Hun er ikke blevet nægtet en samtale. Hun havde muligvis fået mere i løn, hvis hun havde fået en samtale, men det ved hun ikke.

Hun var rigtig glad for sit arbejde – og arbejdspladsen. Hun havde en samtale inden fastansættelsen om, at der var nogle ting, hun skulle have styr på. Det var hendes indtryk at C var tilfreds med hende både som ansat og hendes arbejde.

Hun opfattede de to ugers ferie i marts 2018 som en hjælpende hånd. C tilbød hende ikke, at hun kunne holde fri uden løn. Hun kan ikke se, at der skulle være grunde til at bortvise hende.

Hun var ikke tvivl om sin løn, selvom hun har altid havde syntes, at hendes lønsedler var lidt svære at læse. Hun har ikke talt med C om, at der manglede noget.

Pensionsordningen var en frivillig ordning, som hun selv kunne vælge at indbetale til. Det er ikke hende, der har gjort opmærksom andet i kontrakten end det som handler om lønsamtalerne.

C har forklaret, at han er direktør i B A/S og daglig leder. Han har ansvaret for personalet. Han har været i virksomheden siden 2005.

Han kom i kontakt med [REDACTED] gennem nogle meget tætte relationer. Han blev spurgt, om han kunne gøre brug af en ung pige, der for tiden var ledig. Til starte med var [REDACTED] ansat i en tilknyttet virksomhed. [REDACTED] medtog sin anciennitet, da hun blev ansat i B A/S.

De var godt klar over, at [REDACTED] havde problemer med noget hovedpine. Han tænkte, at det ville fortage sig, når hun kom i fast arbejde og i faste rytmer. Det skete dog ikke helt. De aftalte først en tidsbegrænset ansættelse, og at der skulle

rettes op på det sygefravær, der havde været i den første ansættelse i den anden virksomhed. Sygefraværet faldt til stort set ingenting. Derfor indgik de aftale om fastansættelse.

■^A havde begge børn med i december 2019. De talte om, hvornår hun skulle komme tilbage fra barsel. Da de ■ kom i 2018, fortalte hun, at hun var gravid igen og ikke skulle starte op. Han havde været glad for ■, og derfor aftale de, at de ville give ■ fuld løn i det omfang, de blev kompenseret.

I 2020 kom ■ tilbage en tirsdag. Han kan ikke huske, om han var på kontoret i de dage. Han var der i hvert fald om onsdagen. Hun sagde, at hun skulle noget torsdag eftermiddag, og at hun havde behov for at gå nogle timer. De aftalte at betragte det som forlods afspadsering. Fredag kom ■ og sagde, at institutionerne lukkede. De talte i 10-15 minutter om, hvad de skulle gøre. Enden på det blev, at ■ forlods holdt ikke optjent ferie i 14 dage, så der kunne komme ro på. Hun havde ikke andre til at passe sine børn. Hendes mand kører lastbil og havde ikke mulighed for at passe børn.

Søndag eftermiddag, den 29. marts 2020, modtog han en sms. Han havde ikke sin telefon på sig, da han fik beskeden fra ■. Han ringede derfor kl. 20-21 om aftenen. ■ sagde, at hun havde et problem med børnepasning. Han nævnte, at der var mulighed for nødspasning. ■ sagde, at hun ikke ville have sine børn i nødspasning. Han sagde, at han ikke kunne give hende mere fri med løn, men at hun kunne få uden løn. ■ sagde, at det havde hun ikke råd til. Han sagde, at han som arbejdsgiver er jeg nødt til at sige, at du skal komme på arbejde. ■ sagde, at hun ikke anede ikke sine levende råd. Det er ordret, hvad hun sagde. Han gentog, at han som arbejdsgiver var nødt til at bede hende om at komme på arbejde næste morgen. Hun nævnt ikke noget om hovedpine.

Der havde ikke været noget med hovedpine siden 2016. Han var glad for ■^A ■. Samtalen den 29. marts 2020 handlede kun om børnepasning.

Sms'en mandag morgen kom som en overraskelse. Hans opfattelse var, at ■^A ■ manglede børnepasning. Hun ville ikke bruge nødspasning og lade sin børn passe af andre end de sædvanlige.

I ansættelsesbeviset står der, at der skal ringes, hvis man melder sig syg. Det er det, som både ■ og de andre medarbejder benytter sig af. Han tror at ■^A ■ valgte at skrive en sms fordi hun var bange for at blive konfronteret med, at det hun sagde var forkert.

Han opfordrede hende to gange til at gøre tingene, som det var aftalt. Han må som arbejdsgiver ikke kontakte en medarbejder telefonisk.

Bortset fra dette forløb havde han ingen grund til at slippe [REDACTED]. Der gået lang tid, og der var ting, der skulle genindlæres. Der var sket en udvikling, men han havde en klar forventning om, at det ville [REDACTED] kunne finde ud af.

Han husker, at [REDACTED] har været på besøg i november eller december 2018 og 2019.

I 2018 aftalte de om forløbet mellem de to barsler. Hun har aldrig efterspurgt andre samtaler. De havde en samtale i slut 2019, inden hun skulle starte, hvor de planlagde hvordan det skulle foregå, at hun vendte tilbage.

Selvom de ikke har fået fuld dækning, har det under hele forløbet betalt fuld løb til [REDACTED].

Bestemmelsen om lønforhandlinger i december er standard i deres kontrakter. Den fremlagte formular er også den standardformular, som de brugte på daværende tidspunkt. De har en medarbejdersamtale hvert år. Han kan ikke svare på, om han havde lønforhandlinger med andre i 2018 eller 2019. Der har været holdt nogle. Han ved ikke hvornår. Der er ikke givet lønstigninger. De har vel omkring fem ansatte. Han er ikke sikker på, om der er givet lønstigninger. Hvis man er på orlov eller fraværende, kan man ikke stige i løn.

Han modtog en sms den 30. marts 2020, og derfor svarede han på sms.

For så vidt angår den besked, som han sendte den 31. marts 2020, ville han bare have dokumentation. Det kunne være dokumentation for, at [REDACTED] havde nogen til at passe sine børn. Han opfattede det sådan, at det handlede om børnepassning. Han tænkte, at der var noget galt, når hun ikke ringede men i stedet sendte en besked. Det kunne være en lægefaglig vurdering. Det kunne være en HK medarbejder var kommet ud til [REDACTED] og havde konstateret sygdom. Det havde han godtaget.

Grundlaget for fastsættelse af løn er kompetence og præstation.

Han tænker, at lønstigningen i 2017 til dels handlede om den frivillige pensionsordning, som var kommet på plads.

E har forklaret, at han har kendt [REDACTED] A [REDACTED] i 15 år. [REDACTED] har haft problemer hovedpine. Det var forskelligt med hensyn til, hvor slemt det var og hvor ofte. Det er svært for ham at

vurdere, om det var en kronisk tilstand, men det var i hvert fald unormalt. Hun har haft det sådan i al den tid de har kendt hinanden.

■ A ■ var syg den 30. marts 2020. Hun var meget svimmel og havde ekstrem hovedpine. Hun havde det svært med mad og at sove. Hun var ikke til stede, som hun plejer. Hun meldte sig ikke syg den dag for passe børnene. Det var hun for syg til, og det var ham, der passede børnene i de dage.

■ A's ■ sygdom fortsatte efter den 30. marts 2020. Det var lidt op og ned. Nogle dage var bedre end andre. Han passede også børnene den 31. marts og den 1. april 2020. Han tog sig også af børnepasningen hen over påskeugen. Sygdommen fortsatte frem til december sidste år.

Han er selvstændig vognmand, og han disponerer selv over sin tid. Det er hans chauffører, der kører bilerne. Han har 16 ansatte i dag. Han husker ikke, hvor mange han havde i 2020. Det var lidt færre. Han kan godt passe sin virksomhed samtidig med, at han passer børn. Han har ikke mulighed for at dokumentere, at han var hjemme og passe børn.

Parternes synspunkter

HK Danmark som mandatar for ■ A ■ har i sit påstandsdokument anført blandt andet:

"ANBRINGENDER

...

Principal påstand

Godtgørelse efter ligestillingsloven

Enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet og hendes 14 ugers fravær efter fødslen betragtes som direkte forskelsbehandling, jf. ligestillingslovens § 1 a, stk. 1, og lignende i § 1, stk. 2, i ligestillingsloven. Det gælder også undladelse af handlinger som ikke at indkalde en gravid/orlovshavende lønmodtager til lønforhandling, jf. U 2003.2276 V, når hun havde krav herpå efter ansættelsesaftalen.

Det fremgår af ansættelseskontrakten (bilag 3), at ■ A ■ skulle have lønforhandling hver december måned. Den første foregik i december 2017, hvorpå hun fik en lønstigning ved årsskiftet 2017/18. Det er ubestridt, at B A/S hverken i december 2018 eller december 2019 indkaldte ■ A ■ til lønforhandling, hvor ■ A ■ var fraværende på grund af

graviditet og orlov. [REDACTED] er da heller ikke steget i løn under fraværet, jf. bilag 20, bilag 21 og bilag 22.

Derved behandlede B A/S [REDACTED] dårligere under [REDACTED] A's [REDACTED] graviditets- og orlovsbetingede fravær, end selskabet gjorde forud for det graviditets- og orlovsbetingede fravær. Det udgør et brud på ligebehandlingsloven og ligelønsloven, som berettiger til godtgørelse på 10.000 kr.

Ligestillingslovgivningen: Arbejdsgiver er pligtsubjektet

Det er arbejdsgiver, der har pligt til ligebehandling, ikke lønmodtager, jf. ligebehandlingslovens § 3 og ligelønslovens § 1, stk. 2, og § 6. Hvorfor det er B A/S, der havde pligt til at indkalde [REDACTED] til lønforhandlinger under det graviditets- og barselsbetingede fravær. Sagsøgte påstand om, at det påhvilede lønmodtager efter parternes aftale at indkalde til lønsamtalen, er endvidere helt udokumenteret.

Bevisbyrden

Der gælder delt bevisbyrde for sager vedrørende løn og arbejdsvilkår for en gravid lønmodtager. Det er ubestridt, at B A/S ikke har indkaldt og afholdt lønsamtaler for [REDACTED] i december 2018 og 2019 som forudsat og aftalt i ansættelseskontrakterne, efter [REDACTED] overgik til graviditets- og orlovsbetinget fravær. Hvorimod sagsøgte forud for det graviditets- og barselsbetingede fravær afholdt en lønsamtale i dec. 2017, jf. bilag G.

Der er herved påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er lagt vægt på det graviditets- og barselsbetingede fravær ved undladelsen af lønforhandlinger, hvorfor bevisbyrden overgår til sagsøgte, jf. hhv. ligebehandlingslovens § 14 samt ligelønslovens § 6, stk. 2. Den bevisbyrde kan arbejdsgiver ikke løfte.

Refusion af lægeerklæring

Sagsøgte har efterspurgt dokumentation for sygefravær, jf. bilag 5, hvilket er en efterspørgsel af en lægeerklæring. Den fremlagte lægeerklæring (bilag 9) dokumenterer sygdom fremadrettet set, således som arbejdsgiver har udspurgt sig. Det fremgår også af ansættelseskontrakten (bilag 3), at det er en lægeerklæring, der skal afleveres efter mere end 3 dages sygdom. Der kræves derfor betaling af refusion af lægeerklæringen (bilag 9), da sagsøgte som arbejdsgiver er forpligtet til at betale lægeerklæringen (bilag 5 og bilag 10)

Uberettiget bortvisning

Sagens hovedspørgsmål er, om B A/S' bortvisning af [REDACTED] A [REDACTED] den 14. april 2020 var berettiget eller ej. Det gøres gældende, at bortvisningen 14. april 2020 var uberettiget og heller ikke kunne berettige en opsigelse. Som følge heraf tilkommer der [REDACTED] [REDACTED] erstatning for mistet opsigelsesvarsel, jf. funktionærlovens § 3, samt en godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b, jf. § 2 b, stk. 3. Det er ubestridt, at [REDACTED] var omfattet af funktionærloven.

Bortvisningen manglende berettigelse

Bortvisningsbegrundelsen lød således, jf. bilag 12:

”Bortvisningen er begrundet i, at du i hvert fald fra den 30. marts til 1. april 2020 udeblev fra arbejdet uden gyldig grund.”

Bortvisningsbegrundelsen er urigtig, idet [REDACTED] ikke udeblev uden gyldig grund. Hun var syg og havde derfor havde lovligt forfald, jf. funktionærlovens § 5, stk. 1. Sygdommen meddelte hun arbejdsgiver den 30. marts 2020 om morgenen. I forlængelse af B A/S' forespørgsel om lægefaglig dokumentation den 31. marts 2020 kl. 16.59 opsøgte [REDACTED] A [REDACTED] læge den 1. april 2020, hvor hun opnåede en konsultationstid dagen efter, 2. april 2020, hvor lægen sygemeldte hende, jf. bilag 9. Sygemeldingen var reel og er lægefagligt dokumenteret i sagens bilag og vil også blive uddybet i forklaringen. [REDACTED] har efter fast praksis opfyldt kravene for sygefravær som gyldig fraværsgrund.

Vurderingen af sygdommen og beviserne herfor i perioden 31. marts – 1. april 2020 og derefter

B A/S har anført, at [REDACTED] ikke har godtgjort, at hun var syg 30. marts – 1. april 2020, og at [REDACTED] skal bære den bevismæssige risiko herfor. Det er imidlertid ikke korrekt.

Sygefravær indtil lægeerklæringens udstedelse den 2. april 2020 skal ifølge s. 461 i Lars Svenning Andersen m.fl.: Funktionærret, 5. udgave (2016), bedømmes således: ”Arbejdsgiveren kan kræve, at funktionæren dokumenterer lovligheden af udeblivelsen. Ved kortvarig sygdom lægges funktionærens forklaring om sygdommen normalt altid til grund”.

Der er ingen holdepunkter for, at funktionærens forklaring for sygefraværet ikke skulle lægges til grund i nærværende sag. Lægen har umiddelbart efter konsultation sygemeldt [REDACTED]. Og de kliniske fund i blodprøverne taget den 2. april 2020 understøtter også [REDACTED] forklaring, idet de vi-

ste let forhøjede infektionstal og lav D-vitamin, hvilket bl.a. fik lægen til at konkludere "formentlig virus i kroppen" og skrive recept på D-vitamin, jf. bilag 8.

Men dersom en arbejdsgiver ikke tror på en sygemelding, kan arbejdsgiver anmode om en lægeerklæring allerede på førstedagen for fraværet, jf. sygedagpengelovens § 36 a, stk. 4. Det gjorde sagsøgte imidlertid ikke. B A/S anmodede først om dokumentation for sygefraværet 31. marts 2020, kl. 16.59, hvorfor dokumentation tidligst kunne opnås ved først mulige lægelige konsultation herefter.

I sagens natur kan sygdom ikke dokumenteres lægeligt, før [REDACTED] havde mulighed for at blive tilset af en læge. En læge kan først konstatere sygdom, når lægen tilser patienten. Det følger også af s. 471 i Lars Svenning Andersen m.fl.: Funktionærret, 6. udgave (2020), at "Har funktionæren ikke søgt læge under sygdommen, vil denne normalt ikke kunne udstede erklæring "med tilbagevirkende kraft".

[REDACTED] A orienterede B A/S kl. 09.20 den 1. april 2020 om, at hun ville tage kontakt til lægen samme dag, men at lægen først havde telefontid kl. 14.00, jf. bilag 5. Lægepraksissen havde på grund af samfundsnedlukningen i marts og april 2020 lukket for fysiske konsultationer. Det fremgår af journaludskrift fra [REDACTED] læge, at hun den 1. april 2020 kontaktede lægen, og at hun fik tildelt en telefonkonsultation (TK) den 2. april 2020, jf. bilag 8. Lægen udstedte 2. april 2020 en lægeerklæring om sygemelding en uge frem, som arbejdsgiver blev gjort bekendt med samme dag, jf. bilag 9.

Derved var sygdommen lægefagligt dokumenteret. [REDACTED] foretog alle rimelige og behørigt anstrengelser for at dokumentere sygefraværet, så snart hun blev anmodet derom, og hun orienterede undervejs B A/S, jf. bilag 5. Evt. bevismæssig uklarhed vedrørende perioden frem til lægeerklæringens udstedelse den 2. april 2020 må derfor komme B A/S til last i Rettens bevismæssige vurdering.

Validiteten af den lægefaglige vurdering

Sagsøgte gør gældende, at den per 2. april 2020 lægefagligt attesterede sygdom ikke var reel sygdom. Hertil skal fremhæves s. 447 i Lars Svenning Andersen: Funktionærret. 6. udgave (2020): "Hvad begrebet "sygdom" dækker, kan give anledning til tvivl. I relation til FUL § 5 er det afgørende, at fraværet fra en lægelig vurdering må karakteriseres som "sygdom", og at sygdommen kan begrunde fraværet. Den læge, der udsteder en lægeerklæring, vurderer også spørgsmålet, om der foreligger uarbejdsdygtighed, og denne vurdering lægges normalt til grund."

Fraværet i denne sag er lægefagligt karakteriseret som sygdom, der medførte uarbejdsdygtighed og derfor begrundede fraværet, jf. bilag 9. Der er ikke grundlag i denne sag for, at lægevurderingen ikke skulle lægges til grund. Den er understøttet af kliniske fund om let forhøjede infektionstal og vitaminmangel den 2. april 2020, og tillige af det efterfølgende langvarige sygeforløb med bl.a. inddragelse af specialislæge i maj 2020, jf. bilag 8 og bilag 17. [REDACTED] overgik endvidere til sygedagpenge i hele opsigelsesvarselsperioden, som løb frem til 31. august 2020. Det er en betingelse for udbetaling af sygedagpenge, at lønmodtageren selv er syg, jf. § 7 i sygedagpengeloven.

Sagsøgte havde – såfremt han var utilfreds med den modtagne lægeerklæring (bilag 9) – også mulighed for at anmode om en decideret mulighedserklæring eller en specialislægeerklæring. Sagsøgte må følgelig tåle, at den i sagen forhåndenværende lægefaglige dokumentation lægges til grund. Evt. mangel ved den lægelige dokumentation for sygdommen kan sagsøgte alene laste sig selv for.

Det bemærkes i øvrigt, at arbejdsgiver ikke har ret til at opnå kendskab til sygdommens art eller karakter. Men lønmodtager har i denne sag udstrakt en overordentlig stor velvillighed til at fremlægge lægenotaterne desuagtet. Herunder endog frem til betydeligt senere end både den omtvistede periode 30. marts – 1. april og endog langt videre end til bortvisningstidspunktet den 14. april 2020.

Det bemærkes i øvrigt, at en forelæggelse af sagen fra Retslægerådet ville være aldeles uegnet til at bedømme, hvorvidt [REDACTED] faktisk var syg, idet rådet ikke ville kunne tage højde for hvordan [REDACTED] faktisk var på konsultationstidspunktet.

Sygdom vurderes i forhold til uarbejdsdygtighed i stillingen

Det bemærkes, at en sygemelding i et ansættelsesforhold foretages i forhold til lønmodtagerens evne til at være arbejdsdygtig i lønmodtagerens stilling. Vurderingen foretages ikke i forhold til private gøremål, evt. anden lønnet stilling eller for den sags skyld arbejdsevne i forhold til det øvrige arbejdsmarked. Det er således uden betydning for bedømmelsen af, om [REDACTED] sygdom gjorde hende uarbejdsdygtig, om hun kunne passe børn. [REDACTED] var ikke ansat til børnepasning ved B A/S.

Det er udelukkende af betydning for bortvisningens berettigelse, om [REDACTED] A's [REDACTED] helbredstilstand forhindrede hende i at være arbejdsdygtig i stillingen ved B A/S i perioden eller ej. Hvilket den gjorde.

Sygdommens årsag er også uden betydning, så længe lønmodtageren ikke forsætligt har forårsaget sygdommen. Hvilket [REDACTED] ubestridt ikke har gjort.

Ansættelseskontraktens krav om dokumentation af sygdom

Det fremgår også af ansættelseskontrakten (bilag 3), at sygdom først skal dokumenteres (ved lægeerklæring) efter "mere end 3 dages sygdom". Det har [REDACTED] også overholdt, da hun den 2. april 2020 sendte lægeerklæring for sin sygdom, der startede den 30. marts 2020. Hvorfor der også af den grund ikke er tale om misligholdelse af ansættelsesforholdet, men tværtom en overholdelse af ansættelsesaftalen.

B A/S havde kendskab til sygemeldingerne

Bortvisningen skal alene bedømmes ud fra bortvisningens begrundelse; den begrundelse er udeblivelse i perioden 30. marts – 1. april 2020.

B A/S har ikke i bortvisningen gjort gældende, at bortvisningen var begrundet i manglende kendskab til [REDACTED] sygemelding den 31. marts 2020, jf. bilag 12. Postulatet om udeblivelse den 14. april 2020 er ikke anført i bortvisningsskrivelsen (bilag 12). De efterfølgende anførte synspunkter i processkrifter mv. herom er således uden betydning for bedømmelsen af bortvisningens berettigelse.

Skulle Retten mod forventning alligevel lægge vægt på fornævnte synspunkter, anføres følgende:

B A/S var bekendt med [REDACTED] lovlige forfald den 30. marts 2020, for [REDACTED] havde foretaget en behørig telefonisk sygemelding den 30. marts 2020 (bilag 4). Således blev sygemeldingen foretaget i overensstemmelse med ansættelseskontrakten (bilag 3), som foreskrev en telefonisk sygemelding. Sagsøgte havde bevisligt kendskab til sygemeldingen, da han besvarede sms'en, jf. bilag 4.

Den 31. marts 2020 gav B A/S en advarsel (bilag 5) for sms-sygemeldingsformen, som de kaldte "uacceptabel". Det indskærpedes først skriftligt her, at sygemeldinger skulle foretages per telefonopringning. Hvilket ikke fremgår af ansættelseskontrakten. Denne uklarhed i ansættelseskontrakten om måden for telefonisk sygemelding må komme B A/S til skade som koncipist. Advarslen var således uberettiget.

Postulatet om udeblivelse den 14. april 2020 er forkert, idet [REDACTED] A var syg og behørigt sygemeldte sig den 14. april 2020 både ved telefonopringning og mail, jf. bilag 18 og bilag 19.

Proportionalitet

Såfremt retten mod forventning måtte mene, at [REDACTED] i forbindelse med sygemeldingen og sygefraværet op til bortvisningen har misligholdt ansættelsesforholdet i nogen som helst grad, gøres det gældende, at bortvisning på den baggrund uanset var en uproportional reaktion, og at en irrettesættelse, advarsel eller i yderste fald en opsigelse kunne have været en tilstrækkelig sanktion. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at det fastholdes, at den i ansættelsen udstedte advarsel for selve den telefoniske indberetning af sygefraværet (bilag 5) var uberettiget og følgelig ikke relevant.

Passivitet

Retten til bortvisning var endvidere fortabt for arbejdsgiver på bortvisningstidspunktet den 14. april 2020 som følge af passivitet. B A/S bortviste [REDACTED] den 14. april 2020 på baggrund af forhold, de havde haft kendskab til siden den 2. april 2020, og som let kunne overskues, og hvor bortvisningssanktionens mulighed havde været varslet fra sagsøgte siden den 31. marts 2020. Det endda til trods for, at B A/S eksplicit tog stilling til lægeerklæringen den 8. april 2020 i mail til [REDACTED] (bilag 10).

Sagsøgte gjorde heller ikke gældende ved modtagelsen af sygemeldingen den 2. april 2020 eller den 8. april 2020, at han fortsat tog forbehold for at gøre bortvisning gældende, og/eller at yderligere undersøgelser af forholdet eller andet var nødvendigt forud for eventuel meddelelse om bortvisning.

Bevisbyrde

Det følger af fast retspraksis, at det er B A/S, der - som den hævende part, og som parten, der påberåber sig en grov misligholdelse - har bevisbyrden for berettigelsen af bortvisningen.

Det er ikke [REDACTED], der skal afkræfte sagsøgte "formodninger" om, at [REDACTED] A [REDACTED] ikke var syg. Det er sagsøgte, der skal dokumentere den påstand. Den bevisbyrde kan sagsøgte ikke løfte. Det følger både af den omfattende fremlagte lægefaglige dokumentation fra sagsøgers side, som i øvrigt løfter en evt. bevisbyrde, der måtte påhvile sagsøger. Men det følger også af sagsøgte manglende anmodning om lægefaglig dokumentation fra sygefraværets førstedag og manglende anmodning om indhentning af specialisterklæringer eller mulighedserklæringer mv.

Såfremt sagsøgte på dette bevismæssige grundlag skulle få medhold i, at bortvisningen var berettiget, vil lønmodtagere fremover ikke være berettigede til at

sygemelde sig, førend lønmodtageren sad i konsultation ved lægen med en udfyldt lægeerklæring i hånden, uagtet om arbejdsgiver har udbedt sig en sådan.

Feriemodregningskravet

██████████ A ██████████ har været sygemeldt i hele opsigelsesvarselsperioden, som udløb den 31. august 2020. Sygdom er en feriehindring, jf. ferielovens § 12, hvorfor sagsøger ikke kan stilles som havende afholdt ferie i opsigelsesvarslet. Der skal således ikke på denne baggrund foretages modregning i den opgjorte erstatning efter funktionærlovens § 3.

Det bemærkes endvidere, at ferie ikke kunne afholdes på forskud inden den nye ferielov trådte i kraft, hvorfor en evt. aftale herom er ugyldig. Den nye ferielov trådte først i kraft per 1. maj 2020, jf. 48 a.

Feriegodtgørelsespåstanden

Feriegodtgørelseskravene i sagen er ændret til at afspejle, at indberetning og indbetaling af manglende feriegodtgørelse for overgangsperioden foretaget efter den 31. december 2020 skal være til lønmodtagernes feriemidler og ikke længere til FerieKonto, jf. §§ 3-5 i lov om forvaltning og administration af tilgodehavende feriemidler (Lov nr. 58 af 30. januar 2018).

Godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b

Det gøres gældende, at bortvisningsbegrundelsen om udeblivelse fra den 30. marts til den 1. april 2020 ikke udgør en rimelig afskedigelsesbegrundelse i ██████████ A's ██████████ forhold, idet ██████████ som anført ovenfor ikke udeblev, men derimod var syg og var behørigt sygemeldt i perioden og i forlængelse herefter.

Det kan være, at sagsøgte mistede tilliden til ██████████. Men det ville så være uberettiget, idet ██████████ efterkom reglerne for sygemelding og udfoldede alle rimelige bestræbelser på at efterkomme sagsøgtes ønsker om lægefaglig dokumentation for sygefravær mv.

Godtgørelsesudmålingen

I skærpende retning skal anføres, at der ikke blot var tale om en opsigelse, men en bortvisning, og at sagsøger siden indgik i et længerevarende sygeforløb, hvorfor sagsøgters mulighed for at opnå ny beskæftigelse har været negativt påvirket ud over selve opsigelsesvarselsperioden.

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Den uklare formulering i ansættelsesbeviserne (bilag 2 og bilag 3) vedrørende "telefonisk" sygemelding har medført tvist og risiko for betydelige retstab, hvorfor denne mangel er væsentlig efter ansættelsesbevisloven og berettiger til en godtgørelse efter ansættelsesbevisloven § 6.

Oplysningerne i ansættelsesbeviserne om løn og pension er ufyldstgørende i forhold til den faktisk ydede løn (bilag 1), herunder den variable løn, som slet ikke er nævnt. Den variable løn fremgår af lønsedlerne for apr. 2017, nov. 2017, dec. 2017, jan. 2019 og jan. 2020 som "ferieberettiget tillæg 1", jf. bilag 1, bilag 20, bilag 21 og bilag 22. De ferieberettigende tillæg 1-beløbs størrelse varierer betydeligt i ansættelsen.

Det vides således ikke, om [REDACTED] har modtaget løn nok, da hendes retskrav på den variable løn ikke er beskrevet. Det vides således heller ikke, om det var en bonus, der var så påregnelig, at den burde indgå i udmålingerne efter funktionærlovens § 2 b el. § 3. Manglen har således bevirket risiko for tab.

Manglende information om løn m.v. er en væsentlig mangel efter ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 9.

[REDACTED] er derfor også af denne grund berettiget til en godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

Forrentning

Rentepåstanden begrundes således:

- kravet om lægeerklæring på 500 kr. for lægeerklæring per 2. maj 2020, jf. rentelovens § 3, stk. 3, da kravet er fremsat den 2. april 2020, jf. bilag 9,
- kravet om erstatning for mistet løn og godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b på i alt 211.634,80 kr. per den 16. maj 2020, jf. bilag 14, og
- kravet om godtgørelse efter ligeløns/ligebehandlingsloven og godtgørelse efter ansættelsesbevisloven på i alt 17.500 kr. per den 22. juli 2020, jf. rentelovens § 3, stk. 3, jf. bilag 17, men også per den 22. juli 2020 i medfør af rentelovens § 3, stk. 4, under henvisning til stævningens indgivelse samme dag.

Ovenstående forrentningsdatoer gælder også for de forholdsvist mindre udgaver af samme krav i hhv. den subsidiære og mere subsidiære påstand.

SUBSIDIÆR PÅSTAND

Vedrørende bagudrettet bortvisning

Såfremt retten – mod forventning – måtte konkludere, at bortvisningen var berettiget, gøres det gældende, at der ikke i dansk ret er mulighed for at foretage en bagudrettet bortvisning.

B A/S er således - selv hvis bortvisningen den 14. april 2020 var berettiget – forpligtet til at betale løn og feriegodtgørelse frem til bortvisnings- tidspunktet den 14. april 2020.

Arbejdsgivers manglende mulighed for at foretage bagudrettet bortvisning bl.a. af de almindelige obligationsretlige principper om, at ydelse fordrer modydelse. A havde lovligt forfald i kraft af lægeerklæringen per 2. april 2020, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2. Hun fulgte de instrukser fra arbejdsgiver, som hun modtog om indhentning af dokumentation for sygefravær. Hun været underlagt sagsøgte instruktionsbeføjelse frem til bortvisningstidspunktet og har erlagt sin ydelse efter ansættelseskontrakten og funktionærloven. Dermed er sagsøgte som arbejdsgiver forpligtet til at yde sin modydelse (lønnen) frem til det tidspunkt, hvor sagsøgte ophæver.

Sanktionen for tab ved grov misligholdelse for arbejdsgivere er at søge erstatning for de tab, som den hæveberettigende adfærd har medført, og som arbejdsgiver kan dokumentere. Det følger af både almindelig erstatningsret og obligationsret, men også af funktionærlovens § 4, som netop giver arbejdsgiver ret til at kræve erstatning for påførte tab i forbindelse med, at arbejdsgiveren hæver tjenesteforholdet på grund af grov misligholdelse af kontrakten fra funktionærens side, jf. højesteretsflertallet i U 2006.1046H.

Såfremt retten tillader bagudrettet bortvisning, kan arbejdsgiver opnå en uberettiget berigelse, da besparelsen så overstiger tabet. En sådan berigelse ved erstatning af tab er ikke i overensstemmelse med dansk rets principper og kan kun opnås ved klar lovhjemmel, som eksempelvis i funktionærlovens § 4, 2. pkt.

Bevisbyrde

Såfremt retten mod forventning måtte komme til den konklusionen, at en bagudrettet bortvisning kan lade sig gøre, gøres det gældende, at det er sagsøgte, der skal bevise, at betingelserne for en bagudrettet bortvisning var opfyldt. Det er tillige sagsøgte, der skal løfte bevisbyrden for et eventuelt erstatningskrav, sagsøgte måtte mene at have mod sagsøger. Disse bevisbyrder har sagsøgte ikke løftet.

Kravene efter ligebehandlingsloven, ansættelsesbevisloven og refusion af lægeerklæring

Kravene efter ligebehandlingsloven, ansættelsesbevisloven og om refusion af lægeerklæring gøres også gældende under den subsidiære påstand. Der henvises til det anbragte under den principale påstand.

MERE SUBSIDIÆR PÅSTAND

Mere subsidiært gøres det gældende, at såfremt retten – mod forventning – måtte konkludere, at bortvisningen var berettiget, og/eller retten mod forventning måtte mene, at der er et erstatningskrav efter funktionærlovens § 4, 1. pkt., kan sagsøgte højst modregne for løn for 30. marts – 1. april 2020, idet sagsøgte ikke har gjort gældende og/eller sandsynliggjort, at sagsøger er udeblevet i perioden 2. april – 14. april 2020. Der har således været lovligt forfald i perioden 2. - 14. april 2020, hvorfor [REDACTED] er berettiget til løn under sygdom, jf. funktionærlovens § 5, stk. 1.

Kravene efter ligebehandlingsloven, ansættelsesbevisloven og refusion af lægeerklæring

Kravene efter ligebehandlingsloven, ansættelsesbevisloven og om refusion af lægeerklæring gøres også gældende under den mere subsidiære påstand. Der henvises til det herom anbragte under den principale påstand.

SAGSOMKOSTNINGER

Det må tillægges væsentlig skærpende betydning for udmålingen af sagsomkostninger i sagsøgers favør, at sagsøgte højst usædvanligt anmodede om forelæggelse for Retslægerådet i en ordinær ansættelsesretlig sag. Det blev afvist af Retten, endog med sagsøgers begrundelse om, at der var tale om overflødig bevisførelse efter retsplejelovens § 341. Anmodningen har været drøftet på de telefoniske retsmøder og i fire processkrifter som følge af sagsøgtes forfølgelse af synspunktet fra 12. oktober 2020 og frem til kendelsen af 11. august 2021 ti måneder senere, som gengivet i rettens retsbog og kendelse af 11. august 2021 i denne sag.

Dersom sagsøger mod forventning skulle betragtes som den helt eller delvist tabende part i sagen, gøres det gældende, at der ved sagsomkostningernes udmåling tages hensyn til de ovennævnte overflødige processkridt, jf. retsplejelovens § 318.”

B A/S har i sit påstandsdokument anført:

”ANBRINGENDER:

Fraværsårsagen:

Til støtte for den anførte påstand gøres det gældende, at sagsøger ulovligt udeblev fra arbejdet den 30. marts 2020 og i hvert fald frem til torsdag den 2. april 2020, hvilket berettigede en bortvisning.

Det gøres gældende, at sagsøger ikke var syg, men alene blev hjemme for at passe børn. Sagsøger har ikke løftet bevisbyrden for at der var andre til at passe sagsøgers børn. Sagsøgers ægtefælles forklaring herom kan ikke tillægges værdi, da denne er partisk og dermed utroværdig, ligesom den ikke er dokumenteret, trods gentagne opfordringer hertil.

Det gøres gældende, at sagsøger ikke ved fremlæggelse af lægeerklæring og de øvrige lægelige dokumenter, har dokumenteret reelt at have været syg. Lægeerklæringen indeholder ikke oplysninger om sagsøgers sygdom. Af lægejournal (bilag 8) fremgår, at sagsøgers "sygdom" består af "manglende appetit, sovet dårligt, kvalme og hovedpine". Kort sagt forhold, der ikke er objektivt konstaterbare og som med al sandsynlighed skyldes, at sagsøger ulovligt er udeblevet fra arbejdet og risikerede at blive fyret.

Det fremgår af neurologhenvisning (bilag 16), at symptomerne også kan skyldes stress. Det må tillægges sagsøger processuel skadevirkning, at sagsøger ikke har dokumenteret tidligere sygdomshistorik eller fremlagt resultatet af neurologudregningen. Øjensynligt fordi den ikke påviser nogen sygdom.

Sagsøgers eneste argument er, at en sygemelding fra en lønmodtager altid skal lægges til grund, og at en lønmodtager aldrig kan blive forpligtet til at sandsynliggøre, at vedkommende rent faktisk er syg.

Hverken sagsøger eller HK har på noget tidspunkt inden bortvisningen gjort noget forsøg på at tilbagevise den helt berettigede mistanke om manglende børnepasning som årsag til fraværet, som sagsøgte fra start har gjort opmærksom på.

Det gøres gældende, at dokumentationen for sagsøgers sygdom alene består i en gengivelse af sagsøgers egne oplysninger. Der er ingen objektivt konstaterbare oplysninger, der bekræfter sygdommen og sagsøger har modsat dig vurdering fra Retslægerådet, der ellers ville kunne bekræfte sagsøgers oplysninger, hvis de var valide.

Endelig må der lægges vægt på, at det er almindelig kendt, at lønmodtagere som altovervejende hovedregel kan få udstedt en lægeerklæring ved den mindste uenighed med arbejdsgiver, uden at der kan konstateres nogen reel sygdom.

Lønmodtagere og fagforeninger udnytter dette i stort omfang ved konflikter med arbejdsgivere.

Sygemelding:

Det gøres gældende, at sagsøger kendte til proceduren for sygemelding, men ikke fulgte denne. Heller ikke da sagsøger blev gjort opmærksom herpå, blev der rettet op på forholdet. Forholdet har stor betydning for forløbet og udfaldet af ansættelsesforholdet, idet sagsøger, såfremt den rigtige procedure var blevet fulgt, endnu tidligere var blevet oplyst, at sygefraværet i lyset af det forløbne blev anset for usandsynligt, og at sagsøgte ville kræve dokumentation for dels reel sygdom og dels muligheder for børnepasning. At sagsøger bevidst undlod at følge reglerne kan alene skyldes, at sagsøger godt vidste den var gal, men ikke ønskede at blive konfronteret med det.

Bortvisning:

Det gøres gældende, at sagsøgtes bortvisning er sket rettidigt. Sagsøgte har i perioden fra sagsøgers udebleven og indtil bortvisningen flere gange forsøgt at få oplysninger og dokumentation fra sagsøger vedrørende udeblivelsen, hvilket sagsøger har ignoreret. Ydermere har der været påskeferie i perioden og sagsøgte har skulle rådføre sig med eksterne rådgivere om situationen og mulighederne inden der blev truffet en afgørelse.

Der går reelt kun 1 rigtig arbejdsdag fra sagsøgte modtager lægeerklæring torsdag den 2. april 2020 til bortvisningen sker tirsdag efter påske den 14. april 2020.

Opsigelse:

Subsidiært gøres det gældende, at sagsøgte under alle omstændigheder var berettiget til at opsiges sagsøger, idet sagsøger ikke loyalt besvarede sagsøgtes anmodninger og at sagsøger ikke har dokumenteret, at en opsigelse ville være usaglig. Sagsøgers krav kan derfor under alle omstændigheder maksimalt opgøres til løn i den sædvanlige opsigelsesperiode.

Ansættelsesbevis:

Vedrørende godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis gøres det gældende, at ansættelsesbeviset er tilstrækkeligt klart og at der ikke er uklarheder der konkret har givet anledning til tvivl om ansættelsesvilkårene, og at der heller ikke er generelle uklarheder af en sådan karakter, at det kan give grundlag for godtgørelse.

Det gøres gældende, at sagsøger aldrig har været i tvivl om sine ansættelsesvilkår og aldrig har spurgt til disse. De anførte forhold har hverken konkret eller potentielt givet anledning til tvivl, hvilket understreges af, at sagsøger heller ikke efter grundig gennemgang af HK har rejst lønkrav grundet uklarhed i ansættelsesbeviset.

De af sagsøger anførte fradrag skyldes afholdes af ferie uden løn. Tillægget i januar måned 2020 er et tillæg som alle fik, grundet forsinkelse med lønudbetalingen for december 2019. Det har sagsøger vist glemt at oplyse til HK.

Det gøres gældende, at sagsøger er fuldt ud klar over, at ansættelsen ikke indeholder nogen pensionsordning. Efter ønske fra medarbejderne blev der indgået aftale med PFA om en frivillig ordning, som medarbejderne selv kunne indgå med PFA. Sagsøgte sørgede alene for betaling via lønnen. Sagsøger har således selv indgået aftale med PFA om pensionsordning og har selv alle oplysninger herom.

Det gøres gældende, at sagsøgers påstand og anbringende om ansættelseskontrakten er rent fiskeri og unødigt oppustning af sagen. Her må også lægges vægt på, at hverken sagsøger eller sagsøgers fagforening nævner dette med et ord, før kravet rejses i stævningen længe efter.

Ligebehandling:

Vedrørende godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingsloven gøres det gældende, at sagsøger ikke har godtgjort, at der er sket forskelsbehandling, som potentielt kunne medføre forskelsbehandling af sagsøger. Sagsøgte har ikke på noget tidspunkt afvist en lønsamtale, som sagsøger blot kunne have bedt om.

I forbindelse med at sagsøger gik på barsel første gang, blev det aftalt, at lønnen blev udbetalt så længe der var fuld dagpengerefusion. Samme aftale blev indgået da sagsøger gik på barsel i 2019. Parterne har således drøftet lønnen både i 2018 og i 2019. Det er således ikke korrekt, at parterne ikke har drøftet lønnen og igen bemærkes, at sagsøger ikke på noget tidspunkt har henvendt sig eller påtalt manglende lønsamtale.

Det er medarbejderne der henvender sig angående medarbejdersamtaler og ikke sagsøgte. Det ville tværtimod være forskelsbehandling af de øvrige medarbejdere, hvis sagsøgte lige pludselig skulle tage fat i sagsøger angående dette.

Derudover har sagsøger ikke påvist hverken konkrete eller potentielle omstændigheder der sandsynliggør, at manglende samtaler har medført nogen form for forskelsbehandling.

Der må også her lægges vægt på, at hverken sagsøger eller sagsøgers fagforening nævner dette med et ord, før kravet rejses i stævningen længe efter.

Opgørelse af sagsøgers krav:

Såfremt retten mod forventning måtte lægge til grund, at bortvisningen var uberettiget, gøres det gældende, at der ikke skal tilkendes godtgørelse efter FUL § 2 b. Såfremt det alligevel sker, skal godtgørelsen ikke fastsættes til det maksimale beløb på 3 måneders løn. Det må lægges til grund, at den påståede sygdom uanset bevisbyrden er yderst tvivlsom, og at forløbet helt berettiget har gjort, at sagsøgte mistede enhver tillid til sagsøger, der under alle omstændigheder berettigede en opsigelse af ansættelsesforholdet.

Det gøres gældende, at der ved fastsættelse af godtgørelsen også må tages hensyn til, at ansættelsesforholdet kun har varet i lidt mere end 3 år.

Såfremt sagsøger får medhold i at være berettiget til løn i opsigelsesperioden skal der fratrækkes løn for 3 uger i forbindelse med ferieafholdelse svarende til 26.454,35 kr. / 4,22 x 3 = 18.806,41 kr. der under alle omstændigheder skal fratrækkes sagsøgers påstand. 2 uger blev afholdt på forhånd i marts for at passe børn og 1 uge må anses for afholdt opsigelsesperioden. Det har formodningen imod sig, at sagsøgers "sygdom" skulle have varet flere måneder.

Betaling for lægeerklæring:

Det bestrides, at sagsøgte skal betale for lægeerklæringen. Sagsøgte har ikke bedt specifikt om en lægeerklæring, og den fremsendte erklæring dokumenterer ikke det, som sagsøgte har efterspurgt dokumentation for – nemlig at hun var syg mandag den 30. marts og frem."

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

Rettens begrundelse og resultat

Bortvisningen af [REDACTED] A

Retten lægger til grund som ubestridt, at [REDACTED] A ansættelse var omfattet af funktionærloven, jf. dennes § 1.

[REDACTED] A blev den 14. april 2014 bortvist med henvisning til, at hun efter B A/S og C's opfattelse "i hvert fald fra den 30. marts til 1. april 2020" var udeblevet fra arbejdet uden gyldig grund.

B A/S har bevisbyrden for, at der forelå en sådan milsigholdelse af ansættelsesforholdet, at det var berettiget at bortvise [A].

Det fremgår af sagen, at [] meldte sig syg den 30. marts 2020 om morgenen, og at C og dermed B A/S modtog denne sygemelding. Den omstændighed, at sygemeldingen efter B A/S' opfattelse ikke skete i overensstemmelse med ansættelseskontraktens bestemmelse herom er uden betydning. Retten finder i den forbindelse dog anledning til at bemærke, at når det i kontrakten hedder, at "Eventuel sygemelding skal foretages til undertegnede [C] på tlf. ...", må det efter en almindelig ordlydsfortolkning forstås således, at sygemelding kan foretages både ved opringning eller – som [A] gjorde – ved sms til det pågældende telefonnummer.

Det følger blandt andet af funktionærlovens § 5, stk. 1, at såfremt funktionæren på grund af sygdom bliver ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes den heraf følgende tjenesteforsømmelse som lovligt forfald for funktionæren.

Efter de lægelige oplysninger i sagen finder retten, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte [] forklaring om, at hun i den for sagen relevante periode var syg og ude af stand til at udføre sit arbejde.

Det fremgår ydermere af sagen, at [] efter anmodning fra C om at dokumentere sin sygdom søgte læge. Retten lægger i den forbindelse til grund at det skete uden ophold. Herefter skaffede [] sådan dokumentation i form af en lægeerklæring, som det måtte være muligt at få på daværende tidspunkt. Denne dokumentation blev i øvrigt ikke anfægtet før i C's mail af 8. april 2020.

Retten finder herefter, at bortvisningen af [A] var uberettiget.

[A] har herefter krav på erstatning svarende til hendes løn indtil det tidspunkt, til hvilket hun den pågældende dag lovligt kunne have været opsagt, jf. funktionærlovens § 3, og godtgørelse, jf. funktionærlovens § 2 b, stk. 3, jf. stk. 1.

I forhold til spørgsmålet om opsigelsesperiode tiltræder retten, at [A], der på tidspunktet for bortvisningen havde knapt fire års anciennitet i ansættelsen i B A/S, den 14. april 2020

tidligst kunne opsiges til fratræden den 31. august 2020, jf. funktionærlovens § 2, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2 og stk. 3.

Retten lægger desuden til grund, at [REDACTED] ikke modtog løn for april 2020.

Retten lægger herefter til grund, at [REDACTED] har krav på erstatning svarende til fem måneders løn, herefter i alt 128.445,75 kr. I den forbindelse finder retten, at der ikke er grundlag for at medregne pension. Efter såvel [REDACTED] og C's forklaring lægger retten således til grund, at der ikke var tale om en arbejdsgiverbetalt pension, men derimod om en frivillig ordning, som [REDACTED] A [REDACTED] selv indbetalte til, og som blot blev administreret gennem B A/S.

B A/S skal som følge heraf også indberette 16.055,84 kr. til

[REDACTED] A's [REDACTED] konto ved Lønmodtagernes Feriemidler.

Retten bemærker, at der ikke, således som det er gjort gældende af B A/S, er grundlag for at foretage fradrag i den erstatning, som [REDACTED] A [REDACTED] har krav på med henvisning til ferie som kunne eller skulle være afholdt før eller efter bortvisningen. Det er således i alle tilfælde ikke godtgjort, at en sådan afholdelse eller afskrivning af ferie ville have reduceret hendes krav på løn i den pågældende periode.

For så vidt angår spørgsmålet om godtgørelse efter funktionærlovens § 2 b finder retten, at denne passende kan fastsættes til et beløb svarende til to måneders løn, i alt 51.378,70 kr. Retten har herved lagt vægt på ansættelsesforholdets længde og de samlede omstændigheder i forbindelse med bortvisningen, herunder måden den foregik på og baggrunden.

Godtgørelse efter ligeløns- og ligebehandlingsloven

Det følger af ligelønslovens § 1, stk. 1, blandt andet, at der ikke på grund af køn må finde lønmæssig forskelsbehandling sted i strid med loven. I lovens § 1 a hedder det, at der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af køn behandles ringere, end en anden person bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation, og videre at enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet og under kvinders 14 ugers fravær efter fødslen betragtes som direkte forskelsbehandling. Efter lovens § 6, stk. 2, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, hvis en person, der anser sig for krænket, jf. § 1, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling.

I denne sag har HK Danmark gjort gældende, at der er sket forskelsbehandling i strid med loven, derved at hun ikke, som hun ellers har krav på efter ansættelseskontrakten, blev indkaldt til lønforhandlinger i december 2018 og 2019.

Retten lægger efter bevisførelsen til grund, at der ikke var sådanne forhandlinger mellem [REDACTED] og B A/S A/S i den periode, hvor hun var på orlov som følge af sin graviditet og barsel. I det omfang der har været møder mellem parterne, har der ikke været lønforhandlinger, og eventuelle samtaler har ikke drejet sig om løn. Efter C's forklaring lægger retten videre til grund, at der i perioden har været lønforhandlinger med andre medarbejder.

Retten finder herefter, at der er påvist sådanne omstændigheder, at det påhviler B A/S at bevise, at det ikke var som følge af [REDACTED] A [REDACTED] orlov, at hun ikke blev indkaldt til lønforhandlinger, og at denne bevisbyrde ikke er løftet i denne sag.

Det er derfor ikke godtgjort, at ligebehandlingsprincippet i ligelønslovens § 1 ikke er krænket ved B A/S' manglende indkaldelse til lønforhandlinger. Retten har herved tillige lagt på, at C under hovedforhandlingen direkte har forklaret, at man, hvis man er på orlov eller fraværende, ikke kan stige i løn.

Den omstændighed, at [REDACTED] ikke selv har bedt om lønsamtaler kan ikke føre til et andet resultat

Det følger af ligelønslovens § 2, stk. 2, at [REDACTED] herefter har krav på godtgørelse, som skal fastsættes under hensyn til hendes ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt.

Retten finder på den baggrund, at en godtgørelse på 10.000 kr. må anses for passende.

Retten finder herefter, at det er ufornuddent at træffe afgørelse om, hvorvidt der efter de tilsvarende bestemmelser i ligebehandlingsloven tillige foreligger en krænkelse efter denne lov.

Godtgørelse efter ansættelsesbevisloven

Det følger af ansættelsesbevislovens § 2, stk. 1, 1. pkt., og stk. 2, nr. 8, at arbejdsgiveren skal give lønmodtageren oplysninger om alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet, herunder blandt andet den gældende eller aftalte løn, som

lønmodtageren har ret til ved ansættelsesforholdets påbegyndelse, samt tillæg og andre løndelev, der ikke er indeholdt heri.

Retten finder, at ansættelseskontraktens bestemmelser om sygemelding ikke indebærer en sådan fortolkningsusikkerhed om [redacted] A [redacted] [redacted] rettigheder og forpligtelser, at dette indebærer en krænkelse af ansættelsesbevisloven, jf. herved også bemærkningerne ovenfor om den konkrete sygemelding. Retten bemærker i den forbindelse, at tvisten i denne sag, uanset C's bemærkninger herom før og efter bortvisningen, må anses for at udspringe af B A/S' manglende anerkendelse af, at [redacted] A [redacted] ret til sygefravær og ikke formen på hendes sygemelding.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt [redacted] A's [redacted] ansættelseskontrakt indeholder tilstrækkelige oplysninger om hendes lønforhold, er der i under sagen ikke fremkommet nærmere oplysninger om, hvad posterne på lønsedlerne for april, november og december 2017, samt februar 2019 og januar 2020 med betegnelsen "Ferieberettiget tillæg 1" dækker over, bortset fra at det fremgår af B A/S' påstandsdokument, at tillægget i januar 2020 vedrører en forsinket lønudbetaling i december 2019. Retten lægger dog til grund, at de øvrige poster dækker over visse fradrag i lønnen og ikke tillæg, og at de i det hele taget fremstår som enkeltstående, konkrete reguleringer.

Retten finder på den baggrund, at der ikke er tale om sådanne forhold vedrørende [redacted] løn, som havde krav på særskilt skriftlig underretning herom, herunder ved egentlig anførsel i ansættelseskontrakten, jf. de anførte bestemmelser i ansættelsesbevisloven.

[redacted] A [redacted] har derfor ikke i denne sag krav på godtgørelse efter ansættelsesbevisloven.

Refusion af udgifter til lægeerklæring

Det fremgår af sagen, at C og B A/S efter [redacted] A's [redacted] sygemelding den 30. marts 2020 dagen efter anmodede hende om at "... fremsende dokumentation for [sit] sygefravær."

Der er, uanset C's forklaring, ikke grundlag for at opfatte dette som andet end en anmodning om lægeerklæring, hvilket da også er ordningen efter såvel ansættelseskontrakten som hvad, der må anses for sædvane på området. [redacted] havde i hvert fald ikke føje til at opfatte det på anden måde.

██████████ A ██████████ har herefter krav på refusion af sine udgifter til den lægeerklæring, som hun herefter indhentede til brug for dokumentation.

Konklusion og sagsomkostninger

B A/S skal herefter samlet betale i alt 190.324,45 kr. til ██████████ A ██████████ med procesrente af 500 kr. fra den 2. maj 2020, af 179.824,45 kr. fra den 16. maj 2020 og af 10.000 kr. fra den 22. juli 2020 samt indberette 16.055,84 kr. til hendes konto ved Lønmodtagernes Feriemidler.

Efter sagens udfald skal B A/S betale sagsomkostninger til HK Danmark med 55.280 kr.

Sagsomkostningerne er efter sagens værdi og forløb, herunder i lyset af at der under forberedelsen har været et ikke ubetydeligt merarbejde forbundet med B A/S' anmodning om forelæggelse af spørgsmål for Retslægerådet, hvilken ikke blev imødekommet, fastsat til dækning af advokatudgift med 50.000 kr., og af retsafgift af det vundne beløb med 5.280 kr. HK Danmark er ikke momsregistreret.

THI KENDES FOR RET:

B A/S skal betale 190.324,45 kr. til ██████████ ██████████ med procesrente af 500 kr. fra den 2. maj 2020, af 179.824,45 kr. fra den 16. maj 2020 og af 10.000 kr. fra den 22. juli 2020.

B A/S skal endvidere indberette 16.055,84 kr. til ██████████ A's ██████████ konto ved FerieKonto.

B A/S skal betale sagsomkostninger med 50.280 kr. til HK Danmark.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne bliver forrentet efter rentelovens § 8 a.