

Peter Blenstrup Nielsen

Sønder Allé 3, 1.
8000 Aarhus C
Tlf. 86 12 34 99

CVR 13393338

J.nr. 3013356/PBN/SPE

Artikel af advokat Peter Blenstrup Nielsen

Sygedagpengelovens § 7A og udmåling af 2B-erstatning til fleksjobbere ved uberettiget afskedigelse.

I september 2016 afskedigede min klient en medarbejder, som var ansat 20 timer ugentligt, og fra arbejdsgiveren modtog en månedsløn på godt kr. 13.000,00, ligesom fleksjobberen fra kommunen fik udbetalt godt kr. 11.000,00, således fleksjobberen havde en samlet månedsløn på kr. 24.000,00.

I august 2016 havde fleksjobberen sygemeldt sig, og blev derfor af arbejdsgiveren indkaldt til en sygefraværssamtale, i starten af september måned.

Fleksjobberen ønskede ikke at møde til sygefraværssamtalen og søgte derfor rådgivning hos sin fagforening og Aarhus Kommune om, hvordan hun kunne undgå at møde til sygefraværssamtalen, som arbejdsgiveren havde indkaldt til.

Uanset medarbejderen havde bekræftet tidspunkt for afholdelse af sygefraværssamtalen, udeblev medarbejderen fra mødet og uden at melde afbud.

Inden dato for sygefraværssamtale havde arbejdsgiveren også mange gange forsøgt at kontakte medarbejderen telefonisk uden held.

På grund af manglende fremmøde til en aftalt sygefraværssamtale uden afbud, valgte arbejdsgiveren at afskedige den pågældende medarbejder.

Fleksjobberens fagforening valgte at indbringe sagen for byretten i Aarhus, hvor fagforeningen krævede 3 måneders fuld løn, svarende til kr. 72.000,00.

I svarskrift for byretten bestred jeg, at beregningsgrundlaget for en erstatning for uberettiget afskedigelse kunne være kr. 72.000,00, idet tilskud på kr. 11.000,00 fra kommunen til fleksjobberen ikke er en del af medarbejderens løn, som udbetales fra arbejdsgiveren.

Byretten i Aarhus valgte at henvise sagen til Sø- og Handelsretten i København, fordi sagen var principiel.

Sø- og Handelsretten valgte at tage sagen under behandling og med 5 dommere til hovedfor-

handling mod normalt 3 dommere.

For Sø- og Handelsretten valgte fleksjobberens fagforening at nedsætte påstanden fra kr. 72.000,00 til kr. 39.000,00, således at fagforeningen erkendte, at det kommunale tilskud på kr. 11.000,00 pr. måned ikke kunne indgå i beregningsgrundlaget for en erstatning for urimelig afskedigelse.

Med andre ord anerkendte fleksjobberens fagforening, at beregningsgrundlaget for en uberettiget afskedigelse alene er den løn, som direkte udbetales fra arbejdsgiveren.

For Sø- og Handelsretten gjorde fleksjobberen gældende, at afskedigelsen var uberettiget, og en erstatning for uberettiget afskedigelse skulle ske på et forhøjet grundlag, svarende til 3 måneders løn.

Når erstatning for uberettiget afskedigelse skal udmåles, er lønmodtagerens anciennitet af stor betydning, og i nærværende sag ville en normal erstatning være på 6 ugers løn.

Sø- og Handelsretten havde derfor 2 vigtige spørgsmål at tage stilling til, nemlig var afskedigelsen sagligt begrundet, og hvis nej, skulle Sø- og Handelsretten så ændre retspraksis for udmåling af erstatning for uberettiget afskedigelse.

Sagen blev hovedforhandlet i Sø- og Handelsretten og 3 ud af 5 dommere valgte at frifinde arbejdsgiveren i dom, afsagt den 14. november 2017 (U2018 945 S).

Fleksjobberens fagforening valgte at anke sagen til Højesteret.

I forberedelse af sagen for Højesteret var begge parter enige om, at spørgsmålet om udmåling af erstatning for uberettiget afskedigelse var principielt, idet skulle fleksjobberen ved en eventuel erstatning kompenseres for det lavere beregningsgrundlag, i og med tilskud fra kommunen til fleksjobberen ikke indgår i beregningsgrundlaget.

Udgangspunktet er, at domme henvist fra byretten til Sø- og Handelsretten kan ankes frit til Højesteret, og også normalt tages under behandling af Højesteret.

Højesteret kan afvise at tage en anket sag fra Sø- og Handelsretten under behandling, hvorefter sagen i stedet henvises til Østre eller Vestre Landsret, som skal tage sagen under behandling, idet der i dansk ret gælder et 2-instans princip.

I en kendelse af 12. februar 2018 (U2018 1729 H) afviste Højesteret at tage nærværende sag under behandling, idet Højesteret var af den opfattelse, at sagen skulle afgøres ud fra nogle konkrete omstændigheder.

Højesterets kendelse af 12. februar 2018 i nærværende sag rejser naturligvis spørgsmålet, hvorfor Højesteret ikke tog nærværende sag under behandling, angående grundlaget for beregning af en eventuel erstatning for uberettiget afskedigelse.

Jeg opfatter Højesteretskendelse af 12. februar 2018 således, at Højesteret ikke ville bryde al

retspraksis for udmåling af en eventuel 2B-erstatning, angående uberettiget afskedigelse af fleksjobbere.

Havde Højesteret ønsket at ændre retspraksis for udmåling af 2B-erstatning, er jeg ikke i tvivl om, at Højesteret havde taget sagen under behandling.

Nærværende sag blev, efter Højesterets afvisning af sagen, i stedet anket af fleksjobberens fagforening til Vestre Landsret, som tog sagen under behandling.

For landsretten var yderligere bevisførelse, idet fleksjobberens læge blev afhørt som vidne.

Landsretten kom til et andet resultat end Sø- og Handelsretten, nemlig at afskedigelsen af fleksjobberen var urimelig og begrundelsen var, at uanset fleksjobberen nægtede at besvare telefoniske henvendelser fra arbejdsgiveren, blev det af landsretten tillagt betydning, at sygefraværssamtalen ikke var blevet tilbudt telefonisk.

Arbejdsgiveren havde i stedet tilbudt at komme på fleksjobberens private bopæl for at afholde sygefraværssamtalen.

Videre tillagde landsretten det betydning at fleksjobberen ikke i selve indkaldelsen til sygefraværssamtalen var blevet advaret om, at en udeblivelse kunne få ansættelsesretlige konsekvenser.

Det kan undre, at landsretten ser bort fra, at fleksjobberen blot bliver væk fra samtalen uden at melde afbud og havde søgt rådgivning om, hvordan hun kunne undgå at skulle deltage i sygefraværssamtalen.

På baggrund af, at landsretten fandt afskedigelsen urimelig, blev erstatning for urimelig afskedigelse fastsat til 6 ugers løn og beregnet af den løn, som blev udbetalt fra arbejdsgiveren.

For en godtgørelse efter funktionærlovens § 2B på 6 ugers løn til fleksjobberen, beregnet af løn udbetalt fra arbejdsgiver må siges at være i overensstemmelse med gældende retspraksis.

Landsrettens dom kan læses i U 2019 704 V.

Konklusionen for den retssag jeg førte er derfor, at det rent faktisk er blevet billigere at afskedige en fleksjobber i forhold til andre medarbejdere, fordi den del af lønnen, som udbetales fra kommunen direkte til fleksjobberen, ikke indgår i beregningsgrundlaget for en eventuel godtgørelse efter funktionærlovens § 2B, ligesom domstolene nu, med landsrettens dom af 3. oktober 2018, har afvist, at udbetaling af 2B-erstatning til fleksjobbere skal ske på et andet grundlag end for andre lønmodtagere.

I nærværende sag sparede arbejdsgiveren således kr. 16.500,00 i 2B-erstatning, fordi kommunens andel af fleksjobberens løn ikke skulle indgå i beregningsgrundlaget.

Under sagen blev det af fleksjobberens advokat gjort et diskriminationssynspunkt gældende, nemlig at fleksjobberen stilles ringere i forhold til andre lønmodtagere, men dette argument var nemt at afvise, idet forringelsen af beregningsgrundlaget skyldes en lovændring, vedtaget af Folketinget.

Arbejdsgiveren havde ikke foretaget diskrimination, ligesom man ikke kan stille en arbejdsgiver til ansvar for, hvilke love Folketinget vedtager.

Ligeledes er det ikke domstolenes opgave at forholde sig til, om en lovændring er retfærdig eller ej, idet retfærdighed er et politisk spørgsmål, som hører under Folketinget.

Efter min sag har der været 2 retssager i Ugeskrift for Retsvæsen angående udmåling af erstatning til fleksjobbere nemlig U 2019 2426 H og U 2022 3230 V.

I retssagen U 2019 2426 H kom Højesteret frem til at det ikke var i strid med forskelsbehandlingsloven at opsiges en fleksjobber, hvor ordning om fleksjob bortfaldt, i forbindelse med at fleksjobberen kunne gå på folkepension.

Da arbejdsgiveren blev frifundet, fik Højesteret ikke anledning til at tage stilling til spørgsmålet om beregningsgrundlaget for en godtgørelse for fleksjobberen.

I retssagen U 2022 3230 V blev arbejdsgiveren dømt for overtrædelse af forskelsbehandlingslovens § 7 stk. 1 og godtgørelsen blev udmålt til 9 måneders løn, med udgangspunkt i den løn arbejdsgiveren udbetalte til fleksjobberen.

Landsretten henviste til tidligere praksis og slog fast, at beregningsgrundlaget for arbejdsgiverens pligt til at betale godtgørelse, var arbejdsgiverens reelle lønudgift.

Samlet konklusion er derfor ved beregning af godtgørelse til fleksjobbere, at grundlaget fortsat er arbejdsgiverens reelle lønudgift og der skal ses bort fra tilskud fra kommunen, som udbetales direkte til fleksjobberen.