

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 6. juni 2018 af Østre Landsrets 13. afdeling (landsdommerne Tuk Bagger, John Mosegaard og Helga Lund Laursen (kst.)).

13. afd. nr. B-1611-17:

X Kommune

og som biintervenient

Kommunernes Landsforening

(begge v/ advokat Søren Skjerbek)

mod

Socialpædagogerne Storstrøm som mandatar for

A

(advokat Maria Rasmussen (prøve))

Nykøbing Falster Rets dom af 4. juli 2017 (BS 1-503/2016) er anket af X Kommune med påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af 7.524 kr.

Indstævnte, Socialpædagogerne Storstrøm som mandatar for A, har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Underretningsbreve (201) af 17. december 2015 og 13. januar 2016 i portalen ”Mit sygefravær” indeholder spørgsmål om, hvorvidt den sygemeldte er enig i oplysningerne fra

arbejdsgiver og er besvaret med nej og en kort supplerende tekst. Oplysningsskema (300A) indeholder spørgsmål til den sygemeldte om første fraværsdag, sygdommens art, eventuel tidligere sygemelding af samme årsag, forventninger om at vende tilbage til arbejdspladsen, behandling mv. Det den 3. februar 2016 udfyldte oplysningsskema fylder udskrevet med lille skrift halvanden side.

Der er med henblik på at forbedre portalen "Mit sygefravær" i juni 2016 indført en påmindelsesfunktion, således at den sygemeldte mindes om udfyldelse af anmodning om sygedagpenge og oplysningsskema efter besvarelse af underretningsbrevet, og i februar 2017 en opgavetæller og pile med gennemførelsesgrad.

Ved Ankestyrelsens afgørelse af 9. august 2016 stadfæstedes X Kommunes afgørelse af 4. februar 2016 om, at A ikke havde ret til sygedagpenge for perioden fra den 26. december 2015 til og med den 3. februar 2016. Der henvistes i begrundelsen navnlig til, at A ikke havde afleveret oplysningsskemaet rettidigt og uden rimelig grund, at hun var vejledt om muligheden for genoptagelse, at hun ikke var fritaget for at modtage digital post, og at hun ikke med henvisning til lægeerklæring kunne fritages for at modtage digital post, samt at modregning i løn var et ansættelsesretligt spørgsmål, som Ankestyrelsen ikke havde kompetence til at træffe afgørelse om.

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet supplerende forklaringer af E, A, N og C. Der er endvidere afgivet forklaring af M.

E har supplerende forklaret blandt andet, at han blev involveret i sagen første gang den 4. januar 2016. Kommunen modtager årligt 30-50 af den slags underretninger om ophør af sygedagpenge. Dengang iværksatte de ikke en høring af den sygemeldte allerede på grund af underretningen om ophør af sygedagpenge, da de ikke kunne vide, om kommunen ville lide et tab. Efter nærværende sag er praksis justeret, så kommunen iværksætter høring allerede, når de modtager underretning fra Jobcentret. Det er ikke, fordi de mener, at kommunen har pligt til det, men de vil gerne forhindre lignende sager. Forventningen er, at folk vil reagere, når de får brev både fra Jobcentret og fra arbejdsgiveren. Han kontaktede D, fordi han vidste, at Socialpædagogerne

var partsrepræsentant for A. Det var derfor den hurtigste måde at få fortalt A om, at der var et udestående. Han bad D kontakte A for at få oplysningsskemaet udfyldt, men hans henvendelse medførte ikke, at skemaet blev udfyldt. Brevet af 21. januar 2016 med partshøring om modregning er normal fremgangsmåde. Det er et standardbrev. Han havde ikke adgang til sagen i Ydelseskontoret. Det må han ifølge lovgivningen ikke have. Brevet af 22. januar 2016 fra A's mand ændrede ikke deres opfattelse. Der var intet i brevet, der fortalte vidnet, at A ikke skulle være i stand til at udfylde oplysningsskemaet. Modregningen blev delt over to måneder for at sikre, at A havde nok til rest til at leve af. Han husker ikke præcist, hvad han sagde til D, at der manglede, men han har sagt, at de havde fået orientering om ophør af dagpenge på grund af manglende oplysninger.

A har supplerende forklaret blandt andet, at hun før den 24. november 2015 havde haft sygefravær på grund af (...). Hun havde i over et år haft en § 56 aftale. Hun husker ikke nærmere om svaret den 12. december 2015. Hun havde i tiden efter sygemeldingen tankemylder om arbejdet, det var ret barskt. Hun magtede ikke al den elektronik. E-mails fra B gjorde hende bange og gav hende svedeture. Der lå krav bag, som hun ikke kunne håndtere. Hun magtede ikke mere. Hendes mand tog over. Da D ringede, hørte hendes mand samtalen på medhør. Han gik til sin computer og fik data. Hun talte med sin læge om de krav, e-mails betød for hende. Lægen sagde, hun skulle lade være med åbne e-mails, hvis hun kunne. Hun husker den tjenstlige samtale i februar 2016. B og personalekonsulenten deltog. D var også med til samtalen. Hun sagde til personalekonsulenten, at hendes mand havde skrevet, men ikke fået svar. Det beklagede personalekonsulenten. Da hun kom hjem, sagde hun til sin mand, at de manglede noget på Jobcentret. Hun fik det dårligt på mødet og måtte gå hjem. Så talte hendes mand med dem, og han udfyldte det, der manglede.

N har supplerende forklaret blandt andet, at den sygemeldtes pligter og tidsfrister fremgår af sygedagpengeloven. Brevet af 17. december 2015 fra Ydelseskontoret var et standardbrev. Borgeren kunne også dengang på skærmen i venstre side se, om der var ventende opgaver til udførelse. I højre side kunne man se kvittering for, hvad der var sendt til kommunen. De kunne se, at A den 17. december 2015 havde kontrolleret arbejdsgivers oplysninger. Borgerne vejledes om, at de kan kontakte kommunen, hvis de ikke kan finde ud af at svare digitalt. I denne situation vil kommunen

vurdere, om borgeren i stedet skal have skemaet mv. sendt på papir til udfyldelse. Praksis efter fristudløb er, at der foretages en partshøring med en frist på 8 dage. Kommer skemaet indenfor denne frist eller gives der en rimelig forklaring, vil kommunen se bort fra overskridelsen. Vidnet har kun adgang til Ydelseskontorets oplysninger og har således ikke adgang til oplysninger i Personalekontoret. Oplysningsskemaet, ekstrakten side 151, er det skema, A i første omgang ikke havde udfyldt. Der stilles de samme spørgsmål til alle. Ankestyrelsen gav kommunen medhold. A indbragte ikke Ankestyrelsens afgørelse for domstolene. Underretningsbrevet af 17. december 2015 og vidnets forsøg på samme dag at få telefonisk kontakt med A er fast praksis. De påser, om borgerne har udfyldt det, de skal, og mangler der noget, prøver de at få kontakt. Hun kunne ikke via Krak og Google finde A's telefonnummer og kontaktede hende derfor ikke.

C har supplerende forklaret blandt andet, at en tidlig indsats efter sygedagpengeloven kræver, at den sygemeldte samtykker. Hun vejleder almindeligvis borgerne om, at al korrespondance med Jobcenteret foregår gennem e-Boks, hvis de ikke ønsker at deltage i en tidlig indsats. Hun vejleder om Jobcentrets opgaver som myndighed. Hun vejleder ikke om kommunen som arbejdsgiver eller om ansættelsesretlige konsekvenser.

M har forklaret blandt andet, at hans hustru i tiden 24. november 2015 og frem ikke havde det godt. Det var hårdt, og hun havde også problemer med ... og (...). Hun havde oplevelsen af en arbejdsplads, der ikke drog omsorg. Omkring 16. - 18. december 2015 blev det for meget. Hun blev bombarderet med e-mails og breve fra ..., senest 23. december 2015. Vidnet tog aktion og hjalp præcist fra og med den 13. januar 2016 sin hustru med at svare. D havde ringet og sagt, at der var noget i e-Boks, de skulle svare på. A erklærede sig uenig i, hvad arbejdsgiver skrev. De tænkte, at der så nok kom noget mere. De så ikke, at der også var et oplysningsskema. Han husker høringen af 21. januar 2016 om modregning i løn. Efter ordlyden fra personalekonsulenten oplevede de, at man bare skulle gøre, "som vi siger". Han gik op på rådhuset og lagde svaret i postkassen. De hørte intet. Fra 13. januar 2016 fulgte de med i, hvad der kom i e-Boks. De skrev igen den 3. februar 2016, fordi A under den tjenstlige samtale havde fået at vide, at der var noget, der ikke var udfyldt. Vidnet talte med N. Der gik det op for vidnet, hvad det var for et skema. Så gik de hjem og udfyldte skemaet. Personalekonsulenten havde ikke kunnet forklare, hvad

det drejede sig om. Det er vidnet, der var hjernen bag svaret, men han talte med A om det. Vidnet skrev, fordi A var syg og ikke kunne koncentrere sig om det. Han har det sådan, at når han først finder ud af, at noget skal løses, så bliver det løst.

Retsgrundlaget

Det hedder i funktionærlovens § 5, stk. 1:

”§ 5. Bliver funktionæren på grund af sygdom ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes den heraf følgende tjenesteforsømmelse som lovligt forfald for funktionæren, medmindre han under tjenesteforholdets beståen har pådraget sig sygdommen ved forsæt eller grov uagtsomhed, eller han ved stillingens overtagelse svigagtigt har fortiet, at han led af den pågældende sygdom.”

Det hedder i forarbejderne, lovforslag nr. 77 af 20. februar 1948, herom blandt andet,

”at uforskyldt Sygdom, opstået under Tjenesteforholdets Forløb, betragtes som lovligt Forfald ... Det er en Byrde, som man fra gammel Tid har fundet det naturligt at lægge på Arbejdsgiveren under Hensyn til Funktionærforholdets særlige Karakter og de Goder, som Sikringen af den faste Arbejdskraft byder Arbejdsgiveren.”

Det hedder i lov om sygedagpenge blandt andet:

”§ 21. Retten til sygedagpenge bortfalder,

1) så længe den sygemeldte uden rimelig grund undlader at medvirke ved kommunens opfølgning, jf. kapitel 6 med undtagelse af § 11 b, herunder indsatsen efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, og så længe den sygemeldte uden rimelig grund undlader at medvirke til kommunens udarbejdelse af rehabiliteringsplanens forberedende del, jf. lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 30 a, eller undlader at deltage i møde i rehabiliteringsteamet, jf. § 9 i lov om organisering og understøttelse af beskæftigelsesindsatsen m.v.,

2) ...

3) ...

Stk. 2. Bortfald af sygedagpenge efter stk. 1, nr. 1 eller 2, er betinget af, at kommunen har givet den sygemeldte en skriftlig orientering om konsekvenserne af, at den sygemeldte undlader at medvirke ved opfølgning eller afviser at modtage nødvendig lægebehandling eller deltage i hensigtsmæssig optræning eller i indsatsen efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats.

Stk. 3. Retten til sygedagpenge ophører, dagen efter at betingelserne for at modtage sygedagpenge ikke længere er opfyldt. Afgørelse om ophør af retten til sygedagpenge kan tidligst træffes, når den sygemeldte har haft lejlighed til at udtale sig om de oplysninger om sagens faktiske omstændigheder, der efter kommunens opfattelse fører til, at betingelserne for at modtage sygedagpenge ikke længere er opfyldt. Kommunen fastsætter en frist for afgivelsen af udtalelsen.

Stk. 4. Udbetaling af sygedagpenge, der er bortfaldet efter stk. 1, nr. 1 eller 2, genoptages dagen efter det tidspunkt, hvor betingelserne for udbetaling af sygedagpenge på ny er opfyldt, hvis dette sker, senest 4 uger efter at den sygemeldte er blevet underrettet om bortfaldet. Udbetaling af sygedagpenge kan kun genoptages én gang under det aktuelle sygedagpengeforløb.

Stk. 5. Når kommunen partshører lønmodtageren i forbindelse med muligt bortfald af sygedagpenge efter stk. 1, skal en arbejdsgiver, der er berettiget til refusion efter § 54, orienteres om det mulige bortfald af sygedagpenge.”

...

§ 54. En arbejdsgiver, der udbetaler løn under sygefravær fra arbejdet, er berettiget til at få udbetalt de sygedagpenge, som lønmodtageren ellers ville have ret til fra kommunen vedrørende samme arbejdsforhold, dog højst med et beløb svarende til den udbetalte løn for samme tidsrum.

Stk. 2...”

Det hedder i forarbejderne til lovforslag nr. 165 af 12. marts 2009 om § 21:

”Efter gældende regler bortfalder retten til sygedagpenge, hvis den sygemeldte uden rimelig grund undlader at medvirke ved opfølgningen.

Det foreslås, at denne bestemmelse ændres, så udbetaling af sygedagpenge genoptages, hvis den sygemeldte efterfølgende medvirker ved kommunens opfølgning eller samtalen med arbejdsløsheds-kassen, og begrundelsen for at standse udbetalingen af sygedagpengene ikke længere er til stede.

Forslaget betyder, at sygemeldte, der har mistet sygedagpengene på grund af manglende medvirken ved samtalen med arbejdsløsheds-kassen eller kommunens opfølgning, kan få sygedagpenge fra det tidspunkt, hvor de igen medvirker. Det kan fx være ved at møde til en samtale med arbejdsløsheds-kassen, deltage i et aktivt tilbud efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, eller ved at aflevere oplysningsskemaet. Bestemmelsen vil også gælde manglende medvirken i tilfælde, hvor kommunen har overladt hele eller dele af indsatsen til andre aktører.

Formålet med denne ændring er dels, at den sygemeldte herved får et økonomisk incitament til igen at medvirke i opfølgningen, dels at fastsætte en sanktion, der er mere rimelig i forhold til den manglende medvirken.

Udbetalingen genoptages fra dagen efter det tidspunkt, hvor den sygemeldte oplyser at ville medvirke ved opfølgningen. Der foreslås sat en frist på 4 uger, både for så vidt angår bestemmelsen i stk. 1, nr. 1, hvor den sygemeldte kan fortryde sin manglende medvirken i opfølgningen, og bestemmelsen i stk. 1, nr. 2, hvor den sygemeldte kan fortryde manglende deltagelse i et aktivt tilbud eller afvisning af at modtage lægebehandling. Kommunen skal ved meddelelse om bortfald af sygedagpengene orientere den sygemeldte om, at udbetalingen af sygedagpenge kan genoptages, hvis betingelsen på ny er til stede senest 4 uger efter underretningen om bortfaldet. Også i forhold til overholdelse af denne frist gælder Ankestyrelsens praksis med hensyn til, hvem der har bevisbyrden for at et brev er afsendt/modtaget. Det må herefter normalt antages, at breve, der bliver befordret med Post Danmark, kommer frem til

adressaten. Der må være særlige forhold, som kan afkræfte denne formodning, hvis det skal antages, at et brev ikke er kommet frem.

Tidsfristerne for opfølgning påvirkes ikke af en eventuel periode med manglende medvirken eller afvisning af at modtage lægebehandling.

Det foreslås i *stk. 5* som noget nyt, at kommunen skal informere arbejdsgiveren, når kommunen tager skridt til at standse udbetalingen af sygedagpenge. Information til arbejdsgiveren skal fx gives, hvis en sygemeldt ikke returnerer oplysningsskemaet, udebliver fra et aftalt møde eller, hvis kommunen i øvrigt får oplysninger, der kan give anledning til bortfald af sygedagpenge efter § 21, stk. 1.”

Forarbejderne indeholder ikke noget af betydning for forståelsen af § 54.

Det hedder i betænkning 2004 – Modernisering af sygedagpengeloven afgivet af udvalget om modernisering af sygedagpengeloven, december 2004, side 23-24:

” ...

2.6 Arbejdsgivers afledte ret

Jf. kapitel 6.

Gældende ret

En arbejdsgiver, der yder løn under fravær fra arbejdet, er berettiget til at få udbetalt de dagpenge, som lønmodtageren ellers ville have ret til fra kommunen. Da det er en afledt ret, er arbejdsgiverens ret til refusion betinget af, at lønmodtageren opfylder betingelserne for udbetaling af dagpenge fra kommunen.

2.6.1 En generel ret for arbejdsgiverne

Forslag

Det er foreslået, at der indføres bestemmelser i sygedagpengeloven, der giver arbejdsgiverne en direkte ret til sygedagpenge og ikke kun – som i dag – en ret afledt af lønmodtagerens.

...

Udvalgets bemærkninger

DA finder, at det bør sikres, at virksomhederne har ret til refusion, så længe ansættelsesforholdet består. Det skal ikke mindst ses i lys af lovforslaget om visitation og opfølgning. Konsekvensen heraf vil være, at virksomhederne taber ret til sygedagpengerefusion, hvis lønmodtageren enten ikke udfylder en anmeldelsesblanket eller afviser at deltage i opfølgning. Man ønsker at straffe lønmodtageren, men det bliver virksomheden, som bliver straffet uden at have indflydelse herpå. DA vil derfor foreslå, at forslag 2.6.2 gennemføres. Skulle der ikke være vilje hertil, så vil DA foreslå, at ...

2.6.2 En generel ret for arbejdsgiverne i særlige situationer

Forslag

Det er foreslået, at der etableres en ”tillægsordning” til den gældende sygedagpengelov, sådan at adgangen til sygedagpenge (indgangen til systemet) opretholdes uændret (beskæftigelseskrav m.v.), mens der til visse ophørssituationer (udgangen af systemet) er knyttet en regel om, at

dagpengeudbetaling til arbejdsgiveren alligevel kan fortsætte i kraft af et ansættelsesforhold, hvis fx lønmodtageren:

- forholder helbredelsen eller undlader at medvirke i kommunens opfølgning, ...”

Det hedder videre i kapitel 6 om arbejdsgivers afledte ret, side 108-109:

6.2 Overvejelser

...

Hvis arbejdsgiveren skal sikres mod at miste sygedagpengerefusion i de tilfælde, hvor tabet sker som følge af noget, arbejdsgiveren ikke selv er herre over, kan man overveje en model, hvor man knytter udbetalingen af sygedagpenge til et ansættelsesforhold i hvilket, der udbetales løn under sygdom.

...

6.2.2 En generel ret for arbejdsgiverne i særlige situationer

...

Dele af udvalget har givet udtryk for den opfattelse, at man et stykke af vejen kunne argumentere for, at spørgsmålet om at sikre sygedagpengerefusion i forbindelse med udbetaling af løn må klares i det/de regelsæt, der regulerer lønudbetalingen, fx således at der i højere grad arbejdes på i overenskomsterne og i funktionærloven at gøre udbetalingen af løn under sygdom betinget af, at arbejdsgiveren er berettiget til refusion/den fulde refusion.”

Retspraksis

Højesteret har ved dom af 10. april 2000 (UfR. 2000.1523/3H) fastslået, at en arbejdsgiver ikke var berettiget til at foretage fradrag i opsigelseslønnen til en ansat, der havde fået førtidspension. Det hedder i Højesterets begrundelse, at funktionærens krav på sædvanlig løn under fravær som følge af sygdom efter funktionærlovens § 5, stk. 1, efter bestemmelsen alene begrænses i tilfælde af svig og selvforskyldt sygdom. Der var hverken efter ordlyden eller forarbejderne grundlag for at fortolke bestemmelsen således, at arbejdsgiveren kunne reducere funktionærens løn i anledning af, at funktionæren modtager førtidspension. En sådan reduktion kunne heller ikke støttes på regler i loven om social pension.

Procedure

Parterne har gjort anbringender gældende som angivet i deres påstandsdokumenter og i det væsentlige procederet i overensstemmelse hermed.

Det hedder i X Kommunes påstandsdokument:

”Ad den principale frifindelsespåstand

Til støtte for den nedlagte principale påstand gøres det overordnet gældende, at X Kommune har været berettiget til at modregne den mistede sygedagpengerefusion for perioden 26. december 2015 til 3. februar 2016 i A's løn som sket, jf. brev af 9. februar 2016.

Uddybende gøres det gældende, at en sygemeldt, som er berettiget til sygedagpenge/sygedagpengerefusion, har pligt til at medvirke ved kommunens opfølgning, og at det følger af sygedagpengelovens § 21, stk. 1, nr. 1, at sygedagpenge bortfalder, i det omfang borgeren uden rimelig grund ikke medvirker ved opfølgningen.

Det gøres hertil gældende, at A uden rimelig grund ikke medvirkede til den lovpålagte opfølgning i sygedagpengesagen.

Det gøres videre gældende, at de skrivelser, X Kommune som arbejdsgiver og som dagpengemyndighed har fremsendt til A med digital post, anses for fremkommet på det tidspunkt, hvor de var tilgængelige i A's e-boks, jf. lov om Offentlig Digital Post § 7, stk. 1, jf. § 10, nr. 1. Det er i den forbindelse ubestridt, at samtlige meddelelser har været tilgængelige, umiddelbart efter de blev sendt.

Det gøres fortsat gældende, at det forhold, at A havde lovligt forfald fra hendes arbejde grundet sygdom, ikke ændrer på, at A efter Offentlig Digital Post § 3 havde pligt til at være tilsluttet digital post, og at det følger af lovens § 7, jf. § 10, at meddelelser fra bopælskommunen i sygedagpengesagen anses for at være kommet frem på det tidspunkt, meddelelserne hver især har været tilgængelig i A's digitale post.

Det gøres gældende, at der hverken generelt eller konkret er undskyldelige omstændigheder, som kan begrunde, at borgere eller A ikke har logget på e-boks og/eller udfyldt de krævede underretningsdokumenter og oplysningsskemaet. Det bestrides i den forbindelse, at de forskellige opdateringer af Mit Sygefravær – som ellers anført af A – kan begrunde, at arbejdsgivere forud for opdateringerne ikke kan modregne for lønmodtageres manglende iagttagelse af lovbestemte pligter til medvirken til opfølgning i sygedagpengesagen.

I den forbindelse fremgik det klart af de fremsendte skrivelser, at manglende udfyldelse af oplysningsskemaet ville betyde, at retten til sygedagpenge bortfaldt. X Kommune har derfor gjort A opmærksom på konsekvensen af ikke at udfylde oplysningsskemaet.

Det gøres hertil gældende, at X Kommune som bopælskommune for A derfor har været berettiget til at træffe afgørelse om bortfald af sygedagpenge som sket.

I forhold til den skete modregning gøres det gældende, at X Kommune som arbejdsgiver ud fra almindelige obligationsretlige principper har været berettiget til at foretaget modregning.

I den forbindelse følger det af den almindelige obligationsretlige loyalitetspligt, at en kontraktpart skal agere loyalt i forhold til modparten i kontraktforholdet. Loyalitetspligten er en almen obligationsretlig grundsætning, som finder anvendelse, uafhængigt af om pligten er skrevet ind i parternes aftalegrundlag. Dette er også tilfældet i ansættelsesforhold. Derfor er modregning i et ansættelsesforhold ikke betinget af, at nogle særlige – og ellers ikke gældende – betingelser er opfyldt, og der kan ske modregning i det omfang en medarbejder, der påfører sin arbejdsgiver et tab ved ikke at iagttage lovbestemte handlepligter.

Hertil gøres det gældende, at modregningen ikke strider mod funktionærlovens § 5, stk. 1, ligesom det gøres gældende, at modregningen for så vidt slet ikke behøver hjemmel i denne bestemmelse, idet modregningen sker på baggrund af almindelige obligationsretlige principper.

Det gøres gældende, at det i situationen er tilstrækkeligt, at de almindelige modregningsbetingelser er opfyldt, hvilket de konkret er, og det bestrides, at der som hævdet af sagsøger gælder særlige krav om, at modregningsadgangen skal fremgå af ansættelseskontrakt, overenskomst eller andre aftaler.

For det tilfælde, at der alene kan ske modregning, såfremt der er tale om konnekse krav, gøres det videre gældende, at der netop er tale om modregning af konnekse fordringer, idet de udspringer af samme retsforhold.

At der er tale om konnekse fordringer skyldes, at A ved ikke i rimeligt opfang at deltage i den lovbestemte opfølgning i sygedagpengesagen har misligholdt sine pligter – i ansættelsesforholdet – som realdebitor og påført X Kommune et tab som realkreditor. I konsekvens heraf kan X Kommune som pengedebitor – i samme ansættelsesforhold – foretage modregning for det lidte tab i forbindelse med udbetalingen af løn til A som pengecreditor.

Konneksiteten understreges i den forbindelse af, at det tab i form af manglende sygedagpengerefusion, A har påført X Kommune, direkte har medført, at X Kommunes udgifter til A's løn er blevet forøget.

Videre gøres det gældende, at A ved ikke at iagttage den lovbestemte pligt til at medvirke til opfølgning i sygedagpengesagen har pådraget X Kommune et tab. I den forbindelse er de erstatningsretlige betingelser – herunder tab, ansvarsgrundlag, kausalitet og adækvans – opfyldt, hvorfor X Kommune har et erstatningskrav over for A, som svarer til det tab, A har påført X Kommune. Også af den grund har X Kommune været berettiget til at foretage modregning.

Det bestrides, at X Kommune har tilsidesat en pligt til at advare A om de mulige konsekvenser af den manglende lovbestemte opfølgning i sygedagpengesagen. Videre bestrides, dels at X Kommune er nærmest til at bære risikoen for det indtrådte tab, dels at A's adfærd er undskyldelig, i hvilken forbindelse det

bemærkes, at lovgiver netop har besluttet, at adgangen til sygedagpenge fortabes ved den af A udviste adfærd.

X Kommune bestrider, at X Kommune som arbejdsgiver ikke har foretaget den påkrævede partshøring, idet bemærkes, at der for så vidt slet ikke er tale om en afgørelse, hvorfor der ikke består en egentlig pligt til at partshøre efter forvaltningsloven. Som beskrevet i svarskriftet punkt 4.8. ekstrakten side 73f. gjorde X Kommune som bopælskommune ved brev af 17. december 2015, den indankede dom side 3-4, A opmærksom på hendes pligt til at udfylde oplysningsskemaet, og at en manglende iagttagelse af denne pligt ville medføre bortfald af sygedagpenge. Efterfølgende foretog X Kommune ved brev af 4. januar 2016, den indankede dom side 4-5, som bopælskommune partshøring over bortfaldet af sygedagpenge, jf. hertil svarskriftets punkt 4.12, ekstrakten side 75f. Endelig foretog X Kommune som bopælskommune den 21. januar 2016... partshøring over modregning.

I den forbindelse bestrider X Kommune, at X Kommune som arbejdsgiver skulle have foretaget partshøring af A/underrettet denne i forbindelse med, at X Kommune som ressortmyndighed behandlede sygedagpengesagen. Det følger i øvrigt af fast retspraksis, at en eventuel manglende partshøring ikke kan medføre, at afgørelsen/beslutningen om modregning er ugyldig med den konsekvens, at den skal tilsidesættes.

I forhold til de nye anbringender A over 3 sider fremsatte i ankeduplikken gøres det gældende, at erstatningsansvarslovens § 23, stk. 3, ikke finder anvendelse på modregningskravet, idet det tab, A har påført X Kommune, ikke er forvoldt som led i A's udførelse af tjenesten.

Subsidiært gøres det i forhold til erstatningsansvarslovens § 23, stk. 3, gældende, at A ved ikke at iagttage den lovbestemte pligt til at medvirke til opfølgning i bopælskommunens sygedagpengesag under alle omstændigheder har ageret uforsvarligt i § 23's forstand, hvorfor A – såfremt § 23, stk. 3, finder anvendelse – skal tåle, at X Kommune har foretaget modregning som sket. I den forbindelse taler de øvrige momenter efter § 23, stk. 3, jf. stk. 1 også for, at der skal tillades modregning, såfremt bestemmelsen overhovedet finder anvendelse.

Det gøres fortsat gældende, at det forhold, at A havde lovligt forfald fra hendes arbejde grundet sygdom, ikke ændrer på, at A efter Offentlig Digital Post § 3 havde pligt til at være tilsluttet digital post, og at det følger af lovens § 7, jf. § 10, at meddelelser fra bopælskommunen i sygedagpengesagen anses for at være kommet frem på det tidspunkt, meddelelserne hver især har været tilgængelig i A's digitale post.

Som anført nedenfor gøres i øvrigt gældende, at der netop med partshøringsbrevet var givet A en "advarsel" om, at der ville ske modregning, men på trods af denne udfyldte A fortsat ikke de krævede dokumenter. Selv for det tilfælde, at der tages

udgangspunkt i A's egne synspunkter, er der derfor grundlag for modregning fra den 21. januar 2016.

Samlet set skal der derfor ske frifindelse af X Kommune.

Ad X Kommunes subsidiære påstand

Udover ovenstående gør X Kommune følgende gældende til støtte for den subsidiære påstand:

X Kommune gør subsidiært gældende, at der fra den 22. januar til og med den 3. februar 2016 kan ske modregning, idet X Kommune netop – i overensstemmelse med ... og A's synspunkt – den 21. januar 2016 i partshøringsbrev om påtænkt modregning, den indankede dom side 6-7, gjorde det klart over for A, at en (fortsat) manglende medvirken til opfølgning i bopælskommunes sygedagpengesag ville medføre modregning i løn under sygdom.

Det gøres videre gældende, at den subsidiære påstand i øvrigt netop de facto modsvarer den løsning, A's anbringender er udtryk for, idet A's synspunkt under sagen bl.a. er, at der ikke kunne ske modregning, fordi X Kommune – som arbejdsgiver – ikke havde klargjort over for A, at dette ville ske.

X Kommune tydeliggjorde imidlertid netop dette ved partshøring af 21. januar 2016 over den påtænkte modregning.

Senest ved den påtænkte høring om modregning, brev af 21. januar 2016, den indankede dom side 6-7, må det derfor have stået klart for A, at der ville ske modregning, såfremt hun fortsat ikke medvirkede til opfølgning i sygedagpengesagen. X Kommune gør derfor subsidiært gældende, at der senest må kunne foretages modregning fra den 22. januar 2016.

Det gøres hertil gældende, at det af partshøringen udtrykkeligt fremgår, at den påtænkte modregning sker grundet manglende medvirken i sygedagpengesagen, at X Kommune som arbejdsgiver derved lider et tab, og at X Kommune derfor er sindet at foretage modregning.

Det gøres videre gældende, at i det omfang X Kommune heller ikke får medhold i det subsidiære synspunkt, vil konsekvensen ikke bare for X Kommune, men også for landets øvrige arbejdsgivere – offentlige som private – være, at en medarbejder (også) kan vælge at ignorere en meddelelse fra sin arbejdsgiver/kontraktpart om, at denne pådrages et tab som følge af medarbejderens manglende lovbestemte medvirken bopælskommunens sygedagpengesag.

Det gøres på den baggrund subsidiært gældende, at da A heller ikke medvirkede til opfølgningen i sygedagpengesagen efter modtagelsen af partshøringsbrevet, er X Kommune berettiget til at modregne for den del af tabet, som ligger efter, at A

modtog partshøringsbrevet svarende til modregning for manglende sygedagpengerefusion fra 22. januar 2016 til og med 3. februar 2016, hvorfor der skal ske frifindelse af X Kommune mod betaling af 7.524 kr.”

Det hedder i A's påstandsdokument:

”A gør overordnet gældende, at X Kommune var uberettiget til at foretage modregning af mistet sygedagpengerefusion i A's løn under sygdom. A var jf. overenskomsten tillagt vilkår svarende til funktionærlovens, herunder ret til løn under fravær pga. sygdom jf. funktionærlovens § 5. Det er ubestridt, at A i perioden den 26. december til 3. februar 2016 havde lovligt forfald i form af sygdom.

Modregning

Som udgangspunkt gælder der en ubetinget ret til effektiv betaling af løn, dvs. at lønnen udbetales ubeskåret, og der skal være klar hjemmel eller aftale herom, såfremt udgangspunktet skal fraviges. I nærværende sag foreligger der hverken en klar aftale eller hjemmel til fravigelse af udgangspunktet, ligesom X Kommune ikke har godtgjort, at de øvrige betingelser for modregning er opfyldt.

Funktionærloven

Det gøres gældende, at funktionærlovens § 5, stk. 1, indeholder en ubetinget ret til sædvanlig løn under fravær som følge af sygdom, og at denne ret alene begrænses i tilfælde af svig eller selvforskyldt sygdom.

Da A ubestridt havde lovligt forfald i form af sygdom i den pågældende periode, opfyldte hun allerede af den grund betingelsen for at opnå sædvanlig løn, jf. funktionærlovens § 5, stk. 1.

Der henvises i den forbindelse til forarbejderne til funktionærloven, Højesterets dom af 10. april 2000, dom fra Københavns Byret og dom fra byretten i Helsingør af 7. oktober 2013.

Sygedagpengeloven

Heller ikke i sygedagpengeloven er der hjemmel til, at X Kommune kan modregne mistet sygedagpengerefusion, jf. sygedagpengelovens § 21, stk. 1, nr. 1, jf. § 54 i løn under sygdom jf. funktionærloven.

Der henvises i den forbindelse til det forhold, at retten til løn under sygdom jf. funktionærloven bestod forud for indførelsen af arbejdsgivers mulighed for sygedagpengerefusion og til betænkning om modernisering af sygedagpengeloven hvoraf fremgår, at en arbejdsgiver lider et økonomisk tab, når en medarbejder med ret til løn under sygdom mister retten til sygedagpenge.

Konneksitet

Hertil kommer, at modregning i løn forudsætter, at fordringerne er konnekse.

Betingelsen om konneksitet er ikke opfyldt i denne sag, idet fordringerne (løn og sygedagpengerefusion) ikke er opstået i et gensidigt bebyrdende retsforhold. Dette er en konsekvens af, at hovedkravet består i løn og accessoriske ydelser, med andre ord pengeydelsen i arbejdskontrakten mellem A og X Kommune, imens modkravet alene er en afledt/transporteret ret fra A til X Kommune opstået i retsforholdet mellem A og sygedagpengemyndigheden.

Der henvises til betænkning om modernisering af sygedagpengeloven, U.2000.1234 V og *Konneksitet* af Pia Moltke Jensen.

Erstatningsansvar

Hvis Østre Landsret finder, at betingelserne for modregning er opfyldt gøres det gældende, at der ikke er grundlag for at pålægge A et erstatningsansvar.

For Østre Landsret gøres det gældende, at udgangspunktet for vurderingen af om A har handlet ansvarspådragende, er lempelsesreglen i erstatningsansvarslovens § 23, stk. 3, jf. stk. 1.

Bestemmelsen forudsætter, at skaden skal være forvoldt ved forsæt eller grov uagtsomhed.

X Kommune har ikke løftet bevisbyrden for, at betingelserne i erstatningsansvarslovens § 23, stk. 3, jf. stk. 1 er opfyldt.

Det skal fremhæves, at karakteren af A's sygdom afholdt hende fra at tilgå e-boks og at A derfor var uvidende om, at der var dokumenter i MitSygefravær.dk, der afventede at blive udfyldt. A reagerede med hjælp fra sin mand straks efter, at hun fik viden om de ventende dokumenter. Den mangelfulde rettidige udfyldelse af sygedagpengedokumenterne var således ikke et udslag af uagtsomhed eller ond tro. Dette understøttes af de ændringer i MitSygefravær.dk, det har været nødvendigt at foretage, for at sikre borgerne mulighed for korrekt udfyldelse af sygedagpengedokumenter.

Hvis Østre Landsret finder, at erstatningsansvarslovens § 23, stk.3, jf. stk. 1 ikke finder anvendelse gøres det gældende, at ej heller en almindelig culpa-vurdering kan føre til, at A er erstatningsansvarlig.

Det bestrides herudover, at A har handlet i strid med den i arbejdsforholdet gældende loyalitetspligt.

Tabsbegrænsningspligt

Såfremt Østre Landsret finder, at der er et ansvarsgrundlag gøres det gældende, at X Kommune ikke har iagttaget sin tabsbegrænsningspligt.

X Kommune modtog i overensstemmelse med sygedagpengelovens § 21, stk. 5, den 4. januar 2016 brev fra sygedagpengemyndigheden om "*Orientering om muligt bortfald af refusion for sygedagpenge*". Såfremt

X Kommune havde reageret overfor A på dette tidspunkt, havde A haft mulighed for at udfylde sygedagpengedokumenterne korrekt indenfor sygedagpengemyndighedens høringsfrist. Sygedagpengeudbetalingen ville i så fald ikke være ophørt, og X Kommune ville i konsekvens heraf ikke have lidt et tab.

Der henvises desuden til *Sygedagpengeloven* af Charlotte Vester.

Ansættelsesretlige konsekvenser

Hvis Østre Landsret finder, at betingelserne for modregning er opfyldt, og A er erstatningsansvarlig for det af X Kommune lidt tab gøres det gældende, at modregning er en ansættelsesretlig sanktion, der ikke kan iværksættes uden forudgående advarsel, jf. proportionalitetsprincippet.

En advarsel skal være klar og specifikt angive, hvilke forhold der påtales og hvilke konsekvenser manglende efterlevelse af advarslen får, jf. tilkendegivelse af 11. november 2010.

X Kommune har hverken i forbindelse med A's sygemelding eller på et senere tidspunkt gjort det klart, at X Kommune ville foretage modregning i lønnen, hvis X Kommune som følge af A's manglende udfyldelse af sygedagpengedokumenter fortabte retten til sygedagpengerefusion.

X Kommunes partshøring af 21. januar 2016 kan ikke træde i stedet for en advarsel.

Det bestrides, at arbejdsgiver kan støtte ret på de af sygedagpengemyndigheden fremsendte breve til A's e-boks af 17. december 2015, 4. januar 2016 og 13. januar 2016.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Det må, som også anført i Ankestyrelsens afgørelse af 9. august 2016, lægges til grund, at modregning i løn er et ansættelsesretligt spørgsmål, som hverken X Kommune som myndighed efter lov om sygedagpenge eller Ankestyrelsen har kompetence til at træffe afgørelse om. Retten skal således bedømme den skete modregning i løn som et ansættelsesretligt spørgsmål mellem X Kommune som arbejdsgiver og A som ansat.

Der findes hverken i loven eller i det for ansættelsen gældende aftale- og overenskomstgrundlag udtrykkelig hjemmel til modregning. Overenskomsten indeholder i

§ 9 ikke bestemmelser, der fraviger funktionærlovens § 5, og der findes ikke i øvrigt i ansættelsesbrevet eller overenskomsten bestemmelser af betydning for afgørelsen.

Der er herefter i første række spørgsmål om, hvorvidt de ansættelsesretlige regler om løn under sygdom, herunder efter funktionærlovens § 5, stk. 1, sammenholdt med sygedagpengelovens § 21 og § 54 og/eller efter et aftale- og overenskomstgrundlag, udtømmende gør op med muligheden for modregning, således at der ikke er hjemmel til modregning, eller om arbejdsgiver uden sådan hjemmel efter almindelige obligationsretlige regler er berettiget til ved modregning i den ansattes lønkrav at søge sig fyldestgjort for det tab, arbejdsgiver lider ved ikke at opnå refusion af sygedagpenge. I bekræftende fald skal den ansatte tillige have pådraget sig et erstatningsansvar for arbejdsgiverens tab.

Dommerne Tuk Bagger og John Mosegaard udtaler:

X Kommune begrundet sin beslutning af 9. februar 2016 om modregning med, at "I sager om ophør af sygedagpenge er det udelukkende Jobcentret, der træffer afgørelse, jf. brev ... af 13. januar 2016". Med gengivelse af, at A ikke fandt det rimeligt at modregne i hendes nettoløn, skriver kommunen videre, at "Det er vores opfattelse, at der ikke foreligger oplysninger, der har gjort det umuligt for dig at afgive korrekte oplysninger til tiden over for Jobcentret". Modregning skete i lønudbetalinger den 29. februar og 31. marts 2016. Ankestyrelsen stadfæstede den 9. august 2016 Jobcentrets afgørelse. X Kommune opnåede således ved modregning tvangsmæssig fyldestgørelse for sit krav i en situation, hvor der ikke forelå en endelig administrativ afgørelse efter lov om sygedagpenge, og hvor kommunen ikke havde tilkendegivet en selvstændig stillingtagen til det bestridte krav. A var herefter henvist til at anlægge denne retssag om tilbagebetaling af de modregnede beløb fremfor alternativt at blive mødt af et sagsanlæg om erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler.

Funktionærloven, der giver et ansættelsesretligt værn, hjemler blandt andet ret til løn under sygdom. Det er lovens klare udgangspunkt, at den ansatte har ret til effektiv udbetaling af løn. Der er således ikke en almindelig adgang til modregning efter de obligationsretlige regler, og en eventuel modregning vil i hvert fald være betinget af konneksitet mellem lønmodtagerens hovedkrav på løn som led i ansættelsen og den modfordring, der ønskes bragt til modregning.

Arbejdsgiverens krav på at modtage sygedagpenge efter love om sygedagpenge er efter loven alene et afledet krav af lønmodtagerens krav på at modtage sygedagpenge. Det fremgår af forarbejderne, at lovgiver gennem den afgivne rapport i 2004 har været bekendt med risikoen for, at arbejdsgiveren mister refusion for sin lønudbetaling, såfremt lønmodtageren ikke opfylder kravene efter sygedagpengeloven, herunder ved afgivelse af fornødne oplysninger om sygemeldingen på oplysningsskemaet. Lovgiver afstod fra at lovgive efter forslag herom i rapporten.

Højesteret har ved dom af 10. april 2000 (UfR. 2000.1523/3H) fastslået, at der hverken efter ordlyden af funktionærlovens § 5, stk. 1, eller forarbejderne var grundlag for at fortolke bestemmelsen således, at arbejdsgiveren kunne reducere funktionærens opsigelsesløn i anledning af, at funktionæren havde fået førtidspension. En sådan reduktion kunne heller ikke støttes på regler i loven om social pension.

På denne baggrund og i øvrigt af de af byretten anførte grunde finder vi ikke, at X Kommune som arbejdsgiver uden udtrykkelig hjemmel i loven eller aftale- og overenskomstgrundlag har været berettiget til at søge sig fyldestgjort ved modregning.

Vi stemmer derfor for, at byrettens dom stadfæstes.

Dommer Helga Lund Laursen udtaler:

Selvom arbejdsgivers krav er afledt af sygedagpengelovens bestemmelser, finder jeg også henset til det, der fremgår af forarbejderne til sygedagpengelovens § 21 om bestemmelsens formål som økonomisk incitament for arbejdstageren til at medvirke til opfølgningen samt sanktion over for denne – at hverken funktionærloven eller sygedagpengeloven i forholdet mellem den ansatte og arbejdsgiver afskærer et civilretligt krav efter dansk rets almindelige erstatningsregel og de almindelige obligationsretlige regler om modregning.

Jeg finder det endvidere godtgjort, at A ved ikke rettidigt at aflevere oplysningsskemaet har forsømt sin almindelige loyalitetspligt i ansættelsesforholdet og derved har pådraget sig et erstatningsansvar over for arbejdsgiveren. Jeg har herved foruden Ankestyrelsens afgørelse af 9. august 2016 lagt vægt på, at der ikke i nærværende sag vedrørende det civilretlige krav er fremlagt lægelig dokumentation, der understøtter, at A skulle have haft rimelig grund til ikke at medvirke til kommunens

opfølgning i sygedagpengesagen. Det anførte om indretningen af portalen "Mit sygefravær" kan ikke føre til andet resultat. Jeg finder endvidere, at kravet kan opgøres som sket, idet A efter brevet af 17. december 2015 har været bekendt med konsekvenserne for arbejdsgiver i form af et tilsvarende tab, hvis hun ikke efterlevede kravet om udfyldelse af oplysningsskemaet.

Der foreligger herefter et ansvarsgrundlag og et tab, ligesom erstatningsbetingelserne i form af årsagssammenhæng og påregnelighed findes opfyldt. Endvidere findes modregningsbetingelserne opfyldt, herunder om konneksitet i et ansættelsesretligt forhold. Endeligt har X Kommune opdelt modregningen på to lønudbetalinger og har herved iagttaget pligten til at sikre A's nødvendige leveomkostninger efter princippet i retsplejelovens § 509.

Jeg stemmer derfor for, at der gives appellanten medhold i den nedlagte påstand.

Der afsiges dom efter stemmeflertal.

X Kommune skal betale sagsomkostninger for landsretten til Socialpædagogerne Storstrøm som mandatar for A med i alt 20.000 kr. Beløbet omfatter udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens omfang og betydning.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal X Kommune betale 20.000 kr. til Socialpædagogerne Storstrøm som mandatar for A.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

