



HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 10. august 2021

Sag BS-47627/2019-HJR
(1. afdeling)

A
(advokat Ole Søgaard-Nielsen, beskikket)

mod

Dansk Arbejdsgiverforening
som mandatar for X
(advokat Tine Benedikte Skyum)

Biintervenient til støtte for A:
Fagbevægelsens Hovedorganisation
(advokat Rune Asmussen)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Viborg den 3. januar 2019 (BS-13117/2018-VIB) og af Vestre Landsrets 15. afdeling den 2. juli 2019 (BS-2008/2019-VLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Thomas Rørdam, Vibeke Rønne, Lars Hjortnæs, Anne Louise Bormann og Jørgen Steen Sørensen.

Sagen er behandlet skriftligt, jf. retsplejelovens § 387.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Retsgrundlag

Sygedagpengelovens § 36 a har følgende ordlyd:

”§ 36 a. En arbejdsgiver kan forlange en lægeerklæring, en såkaldt mulighedserklæring, af en lønmodtager ved kortvarigt, ved gentaget og ved langvarigt sygefravær. Lægeerklæringen har til formål at bidrage til, at lønmodtageren fastholdes i arbejde. Lægeerklæringen består af to dele.

Stk. 2. Arbejdsgiveren og lønmodtageren udfylder i fællesskab første del af erklæringen på baggrund af en samtale. I erklæringen beskrives medarbejderens funktionsnedsættelser, påvirkede jobfunktioner og eventuelle skåneinitiativer aftalt mellem arbejdsgiver og lønmodtager.

Stk. 3. Lægen udfylder anden del af erklæringen på baggrund af en samtale med lønmodtageren og oplysningerne i den første del af erklæringen. Denne del indeholder lægens vurdering af arbejdsgiverens og lønmodtagerens beskrivelse af funktionsnedsættelse og arbejdsmuligheder, lægens forslag til skåneinitiativer og forventet varighed af den periode, hvor arbejdet skal tilpasses eller helt eller delvist fravær fra arbejdet anses for påkrævet.

Stk. 4. Arbejdsgiveren kan forlange lægeerklæringen udarbejdet på et hvilket som helst tidspunkt i lønmodtagerens sygeforløb eller i tilknytning til et forløb med gentagne sygemeldinger. Erklæringen skal afgives på en blanket godkendt af Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering. Erklæringen betales af arbejdsgiveren.

Stk. 5. Arbejdsgiveren skal indkalde lønmodtageren til samtalen efter stk. 2 med et rimeligt varsel. Lønmodtageren har pligt til at møde op til samtalen. Hvis lønmodtageren ikke kan møde op på grund af sygdommen, kan samtalen holdes telefonisk, hvis sygdommen tillader det. Hvis lønmodtageren ikke deltager i samtalen, bortfalder lønmodtagerens ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren fra og med den dag, hvor lønmodtageren skulle have deltaget i samtalen, og til og med den dag, hvor samtalen gennemføres. Dette gælder dog ikke, hvis der er en rimelig grund til, at lønmodtageren ikke deltager i samtalen.

Stk. 6. Arbejdsgiveren kan fastsætte en rimelig frist for, hvornår lægeerklæringen skal være arbejdsgiveren i hænde. Afleveres erklæringen ikke inden for fristen, bortfalder lønmodtagerens ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren fra og med den dag, hvor arbejdsgiveren skulle have haft erklæringen i hænde, og til og med den dag, hvor arbejdsgiveren modtager erklæringen. Dette gælder dog ikke, hvis der er en rimelig grund til, at lægeerklæringen ikke er arbejdsgiveren i hænde inden for fristen.”

Bestemmelsen i § 36 a blev indsat i loven ved lov nr. 480 af 12. juni 2009 om ændring af bl.a. lov om sygedagpenge (En styrket beskæftigelsesrettet indsats over for sygemeldte m.fl.). Af lovforslagets bemærkninger til § 36 a fremgår bl.a. (Folketingstidende 2008-09, tillæg A, lovforslag nr. L 165, s. 5143 f.):

”Efter gældende regler kan arbejdsgiveren forlange en lægeerklæring af lønmodtageren. Formålet med den nuværende lægeerklæring var oprindeligt, at den dels skulle dokumentere sygdommen, dels give arbejdsgiveren information om de funktioner, som en sygemeldt lønmodtager ikke kan udføre. Lægen har ofte ikke med den nuværende lægeerklæring mulighed for at give et kvalificeret bidrag til virksomheden om, hvilken betydning lønmodtagerens sygdom har for det arbejde, lønmodtageren udfører. Da lægen ikke har oplysninger om lønmodtagerens arbejdsplads og arbejdsfunktioner, har lægen også svært ved at vurdere, hvilke arbejdsopgaver lønmodtageren eventuelt kan varetage.

Det foreslås i *stk. 1*, at der indføres en ny lægeerklæring, en muligheds-erklæring, med fokus på de muligheder, som lønmodtageren har for at udføre arbejdsopgaver på trods af sygdommen. Med forslaget ophæves den eksisterende lægeerklæring til virksomheden ”Lægeerklæring om uarbejdsdygtighed” som konsekvens af forslaget. Mulighedserklæringen anvendes som led i indsatsen for at fastholde en sygemeldt lønmodtager og for at øge muligheden for hel eller gradvis tilbagevenden til arbejdspladsen. Mulighedserklæringen anvendes, hvis der i dialogen mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren er usikkerhed om, hvilke arbejdsfunktioner lønmodtageren kan varetage. Arbejdsgiveren kan forlange mulighedserklæringen udarbejdet ved såvel kortvarigt, gentaget som langvarigt sygefravær.

Mulighedserklæringen består af to dele. Den første del indeholder arbejdsgivers og lønmodtagers vurdering af sygdommens betydning for lønmodtagerens arbejde, og den anden del indeholder lægens vurdering.

Arbejdsgiverens ret til efter den gældende § 36 at kræve en skriftlig sygemelding af lønmodtageren berøres ikke. Arbejdsgiverens ret til at kræve nærmere oplysning om varigheden af funktionærens sygdom efter funktionærlovens § 5, stk. 4, berøres heller ikke af forslaget. Arbejdsgiveren kan i øvrigt efter de arbejdsretlige regler kræve en lægeerklæring, hvis andet ikke er aftalt, idet arbejdsgiver kan bede om dokumentation for, at lønmodtageren har lovligt forfald. Med forslaget ændres der således ikke ved gældende ansættelsesretlig regulering.

I *stk. 2* foreslås, at den første del af lægeerklæringen udfyldes af arbejdsgiver og lønmodtager i fællesskab på baggrund af en samtale. I erklæringen beskrives arbejdsgivers og lønmodtagers vurdering af lønmodtagerens funktionsnedsættelser og hvilke begrænsninger sygdommen medfører i de arbejdsfunktioner, som lønmodtageren normalt udfører. Hvis arbejdsgiver og lønmodtager har aftalt skåneinitiativer, beskrives disse også. Det kan fx være, at arbejdsgiver og lønmodtager har aftalt, at arbejdet tilpasses, omplacering, ændrede arbejdsopgaver, hjemmearbejde, kollegahjælp, ledelsesstøtte, fysisk træning mv. Udfyldelse af den første del af erklæringen er en forudsætning for, at lægen kan udfylde anden del af erklæringen.

Samtalen mellem arbejdsgiver og lønmodtager om udfyldelse af den første del af lægeerklæringen kan eventuelt finde sted samtidig med den samtale, som arbejdsgiveren skal holde med den sygemeldte inden udgangen af 4. sygeuge, jf. forslaget i nr. 1 til § 7 a. Lønmodtageren kan lade sig bistå af tillidsrepræsentanten eller anden bisidder.

I *stk. 3* foreslås, at den anden del af lægeerklæringen udfyldes af lægen på baggrund af en samtale med lønmodtageren og de oplysninger, som arbejds-giveren og lønmodtageren allerede har udfyldt i den første del. Det foreslås, at lægen i den anden del giver sin vurdering af arbejdsgiverens og lønmodtagerens beskrivelse af funktionsnedsættelse og arbejdsmuligheder, lægens forslag til skåneinitiativer og forventet varighed af den periode, hvor arbejdet skal tilpasses eller fravær fra arbejdet anses for påkrævet. Lægens vurdering er således en konkret vurdering af den pågældende lønmodtager, lønmodtagerens sygdom og sygdommens betydning for lønmodtagerens arbejde. Lægen tager stilling til, om de arbejdsforhold, som arbejdsgiveren og lønmodtageren har beskrevet i den første del, er forsvarlige i forhold til helbredet, og om fravær på grund af sygdom fra arbejdet kan tilrådes. Lægen kan anføre sine forslag til skåneinitiativer og kan også anføre, om der efter lægens vurdering er behov for, at arbejdet bliver tilpasset yderligere, eller at de skåneinitiativer, som arbejdsgiver og lønmodtager har aftalt ikke er nødvendige. Endelig giver lægen et skøn over den periode, hvor arbejdet skal tilpasses, eller hvor helt eller delvist fravær fra arbejdet anses for påkrævet.

I *stk. 4* foreslås, at mulighedserklæringen kan udarbejdes på et hvilket som helst tidspunkt i sygeforløbet, hvor arbejdsgiveren finder det relevant at få en lægeerklæring. Der er altså ikke noget krav om, at lønmodtageren skal have været syg et vist tidsrum, før lægeerklæringen kan udarbejdes. Erklæringen kan også forlanges udarbejdet i tilknytning til et forløb med gentagne sygemeldinger – dvs. erklæringen kan forlanges udarbejdet på et tidspunkt, hvor lønmodtageren ikke er sygemeldt,

men har gentagne sygemeldinger bag sig. For at sikre kontinuitet i indsatsen i et sygeforløb kan den sygemeldte medbringe en kopi af mulighedserklæringen til den førstkommende opfølgningssamtale i jobcentret. Kommunen kan evt. ved opfølgningen anmode om at se mulighedserklæringen.

Det foreslås i *stk. 5*, at arbejdsgiveren skal indkalde lønmodtageren til samtalen efter *stk. 2* med et rimeligt varsel, fx en uge. Lønmodtageren har pligt til at møde op til samtalen inden for normal arbejdstid, hvis sygdommen tillader det. Det forudsættes, at samtalen holdes på lønmodtagerens normale arbejdssted. Hvis lønmodtageren ikke kan møde op på grund af sygdommen, holdes samtalen telefonisk.

Hvis lønmodtageren ikke deltager i samtalen, falder lønmodtagerens ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren bort fra og med den dag, hvor lønmodtageren skulle være mødt til samtale, og til og med den dag, hvor samtalen gennemføres. Dette gælder dog ikke, hvis der er en rimelig grund til, at lønmodtageren ikke deltager i samtalen. En fyldestgørende grund kan være, at lønmodtageren ikke kan møde op på grund af sygdommen. Da det er sygedagpengene fra arbejdsgiver, der kan bortfalde ved udeblivelse, får bestemmelsen om bortfald af sygedagpenge kun betydning for samtaler, der finder sted i arbejdsgiverperioden. Hvis samtalen finder sted efter arbejdsgiverperiodens udløb, kan sygedagpengene ikke bortfalde, hvis lønmodtageren udebliver fra samtalen, uden at sygdommen er årsag til udeblivelsen. I disse situationer kan arbejdsgiveren benytte de almindelige arbejdsretlige sanktioner, som fx en advarsel, hvis lønmodtageren ikke møder op til samtalen.

Det foreslås i *stk. 6*, at arbejdsgiveren kan fastsætte en frist for, hvornår lægeerklæringen skal være arbejdsgiveren i hænde. Fristen skal være rimelig – det kan fx være 14 dage, da der også skal indregnes tid til, at lønmodtageren kan få en aftale hos lægen. Afleveres erklæringen ikke inden for fristen, falder lønmodtagerens ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren bort fra og med den dag, hvor arbejdsgiveren skulle have haft erklæringen i hænde og til og med den dag, hvor arbejdsgiveren modtager erklæringen. Dette gælder dog ikke, hvis der er en rimelig grund til, at lægeerklæringen ikke er arbejdsgiveren i hænde inden for fristen.”

Supplerende anbringender

A har supplerende anført navnlig, at en mulig ret for X til at ophæve ansættelsesforholdet er bortfaldet ved passivitet. X burde have reageret med ophævelse straks, hvis man anså hans manglende deltagelse i en mulighedssamtale for en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet.

Dansk Arbejdsgiverforening som mandatar for X, har supplerende anført navnlig, at As anbringende om passivitet først er fremkommet for Højesteret, og at der må ses bort fra anbringendet, jf. retsplejelovens § 383. Der foreligger under alle omstændigheder ikke passivitet, idet det ikke bør lægges X til last, at man gav A flere chancer for at medvirke til en mulighedssamtale.

Fagbevægelsens Hovedorganisation som biintervenient til støtte for A har anført navnlig, at hverken tilbageholdelsen af løn eller ophævelsen af ansættelsesforholdet var berettiget. Udeblivelse fra sygesamtale kan ikke begrunde tilbageholdelse af løn eller bortvisning med tilbagevirkende kraft. Endvidere skal ledelsesretten udøves sagligt og proportionalt, og det er ikke sket i den foreliggende sag.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstilling

A sygemeldte sig den 1. september 2017 fra sin stilling som teknisk chef hos X (X). Han afviste efterfølgende flere gange at deltage i en samtale efter sygedagpengelovens § 36 a. På den baggrund tilbageholdt X fra den 13. oktober 2017 hans løn, og den 24. november 2017 ophævede X ansættelsesforholdet.

Sagen angår navnlig, om X var berettiget til at iværksætte disse reaktioner.

Indkaldelse til samtale

Efter sygedagpengelovens § 36 a, stk. 1, kan en arbejdsgiver forlange en lægeerklæring (mulighedserklæring) af en lønmodtager ved kortvarigt, gentaget og langvarigt sygefravær. Det fremgår af bestemmelsens forarbejder, at erklæringen anvendes som led i indsatsen for at fastholde en sygemeldt lønmodtager og øge muligheden for hel eller gradvis tilbagevenden til arbejdspladsen. Det fremgår også, at erklæringen anvendes, hvis der i dialogen mellem arbejdsgiveren og lønmodtageren er usikkerhed om, hvilke arbejdsopgaver lønmodtageren kan varetage.

Bestemmelsen må efter sin ordlyd og sit formål forstås således, at den gælder, uanset om lønmodtageren efter f.eks. funktionærlovens § 5 modtager løn under sygdom. Bestemmelsen må endvidere forstås således, at det er arbejdsgiveren, der afgør, om der skal udarbejdes en mulighedserklæring og i den forbindelse afholdes en samtale som nævnt i § 36 a, stk. 2 og 5. Arbejdsgiverens beføjelse må imidlertid anses for undergivet almindelige principper om saglighed og proportionalitet i udøvelsen af ledelsesretten, bl.a. således at der ikke kan indkaldes til samtale, hvis det efter de oplysninger, der foreligger for arbejdsgiveren, må anses for sikkert, at lønmodtageren ikke vil kunne varetage nogen arbejdsopgaver. Der må i den forbindelse tilkomme arbejdsgiveren et vidt skøn.

Det er ubestridt, at A på tidspunktet for indkaldelserne til samtale var syg, og at han som følge heraf ikke kunne varetage sit arbejde som normalt. Det må imidlertid lægges til grund, at X ikke havde kendskab til As nærmere helbredsmæssige forhold, og at X således ikke havde grundlag for at vurdere, om han f.eks. ville kunne varetage visse arbejdsopgaver hjemmefra.

Højesteret tiltræder herefter, at X var berettiget til at indkalde A til en samtale med henblik på udarbejdelse af mulighedserklæring.

Tilbageholdelse af løn

Efter sygedagpengelovens § 36 a, stk. 5, har lønmodtageren som udgangspunkt pligt til at møde op til en samtale som nævnt i bestemmelsens stk. 2. Kan lønmodtageren ikke møde op på grund af sin sygdom, vil samtalen kunne holdes telefonisk, hvis sygdommen tillader det. Deltager lønmodtageren ikke i samtalen, bortfalder lønmodtagerens ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren fra og med den dag, hvor lønmodtageren skulle have deltaget i samtalen, og til og med den dag, hvor samtalen gennemføres. Dette gælder dog ikke, hvis der er en rimelig grund til, at lønmodtageren ikke deltager i samtalen.

Da X den 13. oktober 2017 meddelte A, at man ville tilbageholde hans løn, havde X den 4. oktober 2017 indkaldt ham til samtale den 6. oktober 2017 og den 6. oktober 2017 til samtale den 13. oktober 2017. Ved begge lejligheder havde X vejledt A om muligheden for at tage samtalen telefonisk og samtidig taget forbehold for at tilbageholde hans løn og ophæve ansættelsesforholdet, hvis han ikke deltog i samtalen. A havde den 5. og 10. oktober 2017 meddelt X bl.a., at han ikke så nogen grund til at deltage i en samtale, og at han anså en samtale for "spild af min tid". Han havde ikke gjort gældende, at han var ude af stand til at deltage i en samtale, herunder telefonisk, og den mulighedserklæring, som han den 10. oktober 2017 havde sendt til X, var ikke udfyldt i overensstemmelse med reglerne i sygedagpengelovens § 36 a. Dette havde X samme dag gjort ham opmærksom på.

Sygedagpengeloven regulerer ikke spørgsmål om tilbageholdelse af løn ved uberettiget udeblivelse fra en samtale efter lovens § 36 a, stk. 2 og 5, og spørgsmålet må derfor bedømmes efter almindelige ansættelsesretlige regler. A havde som funktionær ret til løn under sin sygdom, men han havde som anført pligt til at deltage i samtalen efter de nærmere regler i bestemmelsen. Højesteret finder herefter, at A ved under de anførte omstændigheder at udeblive fra samtalen den 13. oktober 2017 groft misligholdt sine forpligtelser, og at X derfor på dette tidspunkt kunne have ophævet ansættelsesforholdet. På den baggrund tiltræder Højesteret, at X var berettiget til i stedet – som en mindre indgribende reaktion – at tilbageholde As løn som sket.

Ophævelse af ansættelsesforhold

Den 7. november 2017 indkaldte X igen A til samtale efter sygedagpengelovens § 36 a, denne gang til den 24. november 2017. A deltog ikke i samtalen. Herefter og efter det, der er anført ovenfor, tiltræder Højesteret, at X var berettiget til at ophæve ansættelsesforholdet med virkning fra den 24. november 2017. Den omstændighed, at X den 13. oktober 2017 i stedet for bortvisning alene tilbageholdt As løn, kan ikke begrunde, at X – da A på ny udeblev fra en samtale – fortabte sin ret til nu at bortvise ham.

Konklusion

Højesteret stadfæster dommen.

THI KENDES FOR RET:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal statskassen betale 40.000 kr. til Dansk Arbejdsgiverforening.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.