

PROTOKOLLAT

med tilkendegivelse af 21. juni 2011

i

faglig voldgift (FV2010.0088):

Farmakonomforeningen
for
A
(advokat Karen-Margrethe Schebye)

mod

Danmarks Apotekerforening
for
Taastrup Apotek
(advokat Yvonne Frederiksen)

Twisten og dens behandling

Der er under denne sag tvist mellem parterne om en række forhold i anledning af Tåstrups Apoteks afskedigelse af farmakonom og tillidsrepræsentant A, herunder om apoteket har handlet bodspådragende bl.a. ved ikke at overholde overenskomstens regler om høring af Farmakonomforeningen, om opsigelsen var begrundet i tvingende årsager, om overenskomstens forståelse i forhold til beregningen af As opsigelsesvarsel og krav på godtgørelse samt om apotekets pligt til at refundere hende nogle afholdte udgifter til færdiggørelse af en uddannelse.

Da der ikke har kunnet opnås enighed mellem parterne, er sagen indbragt for denne voldgiftsret bestående af juridisk chef i Farmakonomforeningen Malene Hjørnet, udpeget af klager, arbejdsmarkedschef i Apotekerforeningen Per Rasmussen, udpeget af indklagede, samt som opmand højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen.

Sagen blev forhandlet den 21. juni 2011, hvor Farmakonomforeningen var repræsenteret ved advokat Karen-Margrethe Schebye og Apotekerforeningen ved advokat Yvonne Frederiksen.

Farmakonomforeningen nedlagde følgende påstande:

1. Taastrup Apotek skal betale en af voldgiftsretten fastsat bod til Farmakonomforeningen for manglende overholdelse af § 5, stk. 2, 1. pkt., i den mellem organisationerne indgåede tillidsrepræsentantaftale (bilag 1 til overenskomsten mellem Danmarks Apotekerforening og Farmakonomforeningen (2008)).
2. Taastrup Apotek skal til A betale en kompensation indeholdende dels en godtgørelse, dels en erstatning på samlet 5 måneders løn.
3. Taastrup Apotek skal refundere A 19.403 kr. for afholdte kursusafgifter.
4. Taastrup Apotek skal betale en af voldgiftsretten fastsat bod til Farmakonomforeningen for at have opsagt As funktionstillæg med for kort varsel.

Apotekerforeningen har over for klagers påstand 1-4 nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af mindre beløb end påstået, og har derudover nedlagt følgende selvstændige påstande:

1. Farmakonomforeningen tilpligtes at anerkende, at § 5, stk. 3, 2. pkt., i bilag 1 til overenskomsten mellem Danmarks Apotekerforening og Farmakonomforeningen (2008) skal fortolkes således, at den tillidsrepræsentant, der afskediges efter den 1. oktober 2008, uden at der foreligger tvingende omstændigheder, har krav på et opsigelsesvarsel, der som minimum skal udgøre det individuelle opsigelsesvarsel tillagt 3 måneder.
2. Farmakonomforeningen tilpligtes endvidere at anerkende, at § 5, stk. 3, 2. pkt., i bilag 1 til overenskomsten mellem Danmarks Apotekerforening og Farmakonomforeningen (2008) skal fortolkes således, at det forlængede opsigelsesvarsel må opgøres som en tabserstatning – og dermed på samme måde som ved en fritstilling i en opsigelsesperiode – i den situation, hvor tillidsrepræsentanten er fratrukket sin ansættelse på det tidspunkt, hvor der sker tilkendelse af det forlængede opsigelsesvarsel.

Farmakonomforeningen har endeligt påstået frifindelse over for begge apotekerforeningens selvstændige påstande.

Der blev afgivet forklaring af A, direktør i Farmakonomforeningen Line Posselt, apoteker Peter Kielgast, apoteker Helle Abildgaard Rasmussen og arbejdsmarkedskonsulent i Apotekerforeningen Andreas Nielsen, hvorpå sagen blev procederet.

Der blev ikke opnået flertal for en afgørelse blandt de af parterne valgte medlemmer, og afgørelsen blev herefter overladt til opmanden.

Opmandens begrundelse og resultat

Ad klagers påstand 1:

§ 5, stk. 2, 1. og 2. pkt., i den mellem organisationerne indgåede tillidsrepræsentantaftale er sålydende:

”Stk. 2. Inden en tillidsrepræsentant afskediges, skal sagen være forhandlet mellem Apotekerforeningen og Farmakonomforeningen. Forhandling skal finde sted senest 8 dage efter anmodning herom er fremsat.”

Det er ubestridt, at Taastrup Apotek ikke overholdt denne bestemmelse forud for afskedigelsen af A den 2. juni 2009.

Jeg finder, at der er tale om et overenskomstvilkår, som det er vigtigt at overholde både af hensyn til tillidsrepræsentanten og organisationerne, ligesom en forhandling mellem parterne i mange tilfælde vil kunne forebygge en tvist som den foreliggende. Jeg finder derfor, at der for forholdet må udmåles en følelig bod, og dette gælder uanset indklagedes efterfølgende tilbud om at erklære opsigelsen for en nullitet med henblik på eventuelt at lade denne gå om.

Efter en samlet vurdering findes boden herefter passende at kunne udmåles til 25.000 kr.

Ad forståelsen af § 5, stk. 2, 3. pkt., og stk. 3, 2. pkt. i den mellem organisationerne indgåede tillidsrepræsentantaftale:

Der må, førend der kan tages stilling til klagers påstand 2, tages stilling til indklagedes to selvstændige påstande, som angår forståelsen af § 5, stk. 2, 3. pkt., og stk. 3, i tillidsrepræsentantaftalen.

Disse bestemmelser er sålydende:

”Stk. 2... Såfremt en tillidsrepræsentant afskediges, skal dette ske med mindst 5 måneder.

Stk. 3. Afskediges en tillidsrepræsentant, uden at der foreligger tvingende omstændigheder, ydes der en godtgørelse, der fastsættes efter den pågældendes anciennitet, alder og sagens øvrige omstændigheder. Såfremt en tillidsrepræsentant afskediges efter den 1. oktober 2008 og der ikke foreligger tvingende omstændigheder, har vedkommende krav på sit individuelle opsigelsesvarsel tillagt 3 måneder.”

Uenigheden bag indklagedes selvstændige påstand 1 angår, om tillidsrepræsentantaftalens § 5, stk. 2 og 3, skal forstås således, at en tillidsrepræsentant, som ifølge aftale har fået tillagt et forlænget individuelt opsigelsesvarsel, ved afsked kan kræve, at forlængelsen lægges oveni de minimumsvarsler, der fremgår af § 5, stk. 2, sidste pkt., og § 5, stk. 3, sidste pkt.

§ 5, stk. 2, sidste pkt., må imidlertid efter sin ordlyd forstås således, at varslet er opfyldt, blot tillidsrepræsentanten er afskediget med mindst 5 måneder, og dette må gælde, uanset om den pågældende også uden at være tillidsrepræsentant ville have haft et opsigelsesvarsel af tilsvarende længde. Parterne er i den forbindelse enige om, at en tillidsrepræsentant med en anciennitet, som berettiger den pågældende til et individuelt opsigelsesvarsel på mindst 5 måneder, ikke efter § 5, stk. 2, sidste pkt., er berettiget til et opsigelsesvarsel, som er længere end den pågældendes individuelle opsigelsesvarsel. Der er ikke i overenskomstteksten grundlag for at antage, at det i sig selv skulle føre til et andet resultat, at en tillidsrepræsentant har et individuelt opsigelsesvarsel på mindst 5 måneder beroende ikke på anciennitet, men på en individuelt indgået aftale med arbejdsgiveren. Betydningen af en sådan individuelt indgået aftale må således bero på, hvorledes den pågældende aftale skal forstås, og kan ikke udledes af overenskomsten.

Der var i As ansættelsesaftale indsat følgende vilkår: ”Opsigelsesvarsel er gensidigt tillagt 2 måneder til det i overenskomsten fastlagte”. Henset til, at dette vilkår blev aftalt lang tid før As valg til tillidsrepræsentant, må vilkåret naturligt forstås således, at de to måneder skal tillægges As anciennitetsbestemte opsigelsesvarsel, og det er da heller ikke fra klagers side blevet gjort gældende, at vilkåret skal forstås på anden måde.

Det følger af det anførte, at A, som blev opsagt med et opsigelsesvarsel på 5 måneder, herved har fået det opsigelsesvarsel, som hun har krav på efter tillidsrepræsentantaftalens § 5, stk. 2, 3. pkt., og at hun dermed alene har krav på et yderligere varsel i det omfang, det følger af aftalens § 5, stk. 3.

Uenigheden bag indklagedes selvstændige påstand 2 angår, om det yderligere opsigelsesvarsel på 3 måneder, som en tillidsrepræsentant har krav på, hvis vedkommende er blevet afskediget uden tvungne årsager, har karakter af en godtgørelse – således at der i realiteten er tale om at supplere godtgørelsesreglen i § 5, stk. 3, 1. pkt., med en yderligere godtgørelsesregel indeholdende en minimumsgodtgørelse på tre måneder – eller om det er en regel om et forlænget varsel, således at der – hvis tillidsrepræsentanten er fratrukket – skal opgøres en tabserstatning.

Da ordlyden af § 5, stk. 3, 2. pkt., klart og utvetydigt angiver, at retsfølgen er, at ”vedkommende [har] krav på sit individuelle opsigelsesvarsel tillagt 3 måneder”, må det – i mangel af klare holdpunkter for et andet resultat – lægges til grund, at § 5, stk. 3, 2. pkt., ikke er en supplerende godtgørelsesregel, men er en regel om forlænget opsigelsesvarsel, som – hvis tillidsrepræsentanten allerede er fratrukket – udløser en tabserstatning.

Der må således gives indklagede medhold i begge indklagedes selvstændige påstande.

Ad klagers påstand 2:

Ved min vurdering af, om afskedigelsen af A har været begrundet i tvingende årsager, har jeg på baggrund af bevisførelsen lagt følgende faktum til grund:

A blev efter en periode som vikar fastansat ved Taastrup Apotek i henhold til en ansættelsesaftale indgået i november 2007 med henblik på tiltræden den 1. januar 2008. Hun blev ved aftalen tillagt et funktionstillæg for at påtage sig visse særlige ansvarsopgaver. Hun var imidlertid den 1. januar 2008 hospitalsindlagt som følge af en alvorlig vaccinationsforgiftning, og hun havde som følge heraf et stort sygefravær indtil sommeren 2008. Da hun som følge af sit store sygefravær ikke kunne varetage de særlige ansvarsopgaver, blev disse frataget hende, men hun blev senere tillagt nogle andre. Den 1. juni 2008 blev hun valgt som tillidsrepræsentant for farmakonomerne ved apoteket. Hun havde i slutningen af 2008 gentagne bihuleinfektioner, som efterhånden udviklede sig til en kronisk tilstand, da hun ikke reagerede på antibiotika. Hendes sygefravær blev herefter igen ret markant. Hun blev herefter frataget sine særlige ansvarsområder, ligesom hendes funktionstillæg blev opsagt i begyndelsen af maj 2009. Hendes samlede fravær i hele ansættelsesperioden udgjorde med udgangen af maj 2009 mindst 776 timer svarende til over 28 % af den samlede ansættelsesnorm. Hun blev ikke indkaldt til særlige sygefraværssamtaler eller bedt om at fremkomme med lægeerklæringer.

Den 2. juni 2009 blev hun opsagt ved sålydende brev:

”Ved vores møde ultimo april gav du udtryk for, at du ønskede at søge nyt arbejde. Jeg har tænkt over vores samtale, og har under hensyn til apotekets tarv besluttet at opsigte dig med det varsel, der er aftalt ved din ansættelse, dvs. til fratrædelse senest med udgangen af november måned. Jeg beklager, at din ansættelse hverken for dig eller for apoteket har fået det positive forløb, vi havde håbet på ved din ansættelse.”

Medarbejderne på apoteket blev den 3. juni 2009 orienteret om opsigelsen ved et opslag, hvori det bl.a. hedder:

”Som det fremgår af vedhæftede opslag søger vi en farmakonom. Beslutningen herom er udløst af, at A har tilkendegivet, at hun ønsker at søge andet arbejde.”

A har bestridt, at hun skulle have tilkendegivet, at hun ville søge andet arbejde. Sagen gav anledning til en forhandling mellem Farmakonomforeningen og Danmarks Apotekerforening den 15. juni 2010. Af referatet af dette møde fremgår, at Apotekerforeningen anførte, at begrundelsen for afskedigelsen skyldtes ”fravær p.g.a. sygdom, manglende resultater og kvalitet i arbejdet, og overtrædelse af As pligt som tillidsrepræsentant til at fremme rolige og gode arbejdsforhold”. Farmakonomforeningen afviste, at dette var begrundelsen for opsigelsen. A var sygemeldt i hele opsigelsesperioden og er først blevet raskmeldt igen i foråret 2010.

Det må på baggrund af de afgivne forklaringer lægges til grund, at As høje sygefravær gav anledning til ikke ubetydelige gener for apoteket, men det er ikke godtgjort, at hun ikke – når hun var på arbejde – udførte sit arbejde tilfredsstillende, ligesom det ikke er godtgjort, at hun skulle have modvirket rolige og gode arbejdsforhold.

Min vurdering af, om der har foreligget tvingende årsager til afskedigelsen, er herefter følgende:

Bevisbyrden for, at afskedigelsen af en tillidsrepræsentant har været begrundet i tvingende årsager, påhviler arbejdsgiveren, og der må i den forbindelse stilles strikte bevismæssige krav til arbejdsgiveren med hensyn til at godtgøre det faktiske afskedigelsesgrundlag.

Der er ikke efter bevisførelsen belæg for at lægge til grund, at A selv skulle have tilkendegivet, at hun ønskede at afbryde ansættelsesforholdet, og den begrundelse for opsigelsen, som blev givet i opsigelsesbrevet var således ikke holdbar, hvilket i sig selv må skærpe kravene til arbejdsgiverens bevisbyrde.

Der er efter bevisførelsen heller ikke noget belæg for at antage, at der skulle have været noget at udsætte på As arbejde eller hendes forhold til kollegerne og ledelsen, når hun var på arbejde.

Det må medgives, at hun har haft et endog meget højt sygefravær, hvilket efter omstændighederne vil kunne være en retmæssig begrundelse for at afskedige også en tillidsrepræsentant.

Imidlertid hidrørte en meget stor del af det samlede sygefravær, som var registreret på opsigelsestidspunktet, fra en tidligere – meget alvorlig – sygdom, som A havde været kureret for siden sommeren 2008, og arbejdsgiveren havde på opsigelsestidspunktet intet foretaget sig for at søge at få afklaret, hvornår A kunne forventes at blive raskmeldt.

Under disse omstændigheder findes det ikke med den fornødne sikkerhed godtgjort, at afskedigelsen på opsigelsestidspunktet var begrundet i tvingende årsager. Det kan endvidere ikke føre til en anden vurdering, at det efterfølgende viste sig, at As sygemelding varede til lidt ind i 2010.

I medfør af tillidsrepræsentantaftalens § 5, stk. 3, tilkommer der herefter A en godtgørelse samt en erstatning svarende til tre måneders løn.

Under hensyn til As unge alder og meget korte anciennitet findes godtgørelsen passende at kunne fastsættes til 25.000 kr.

Der er mellem parterne enighed om, at der i medfør af funktionærlovens § 3, stk. 1, ikke vil kunne ske fradrag i erstatningen for de tre måneders løn. Erstatningen udgør herefter følgende beløb:

Månedsløn	22.981kr.
Pension (16 %)	3.677 kr.
Feriegodtgørelse (15 %)	<u>3.447 kr.</u>

30.105 kr. x 3 = 90.315 kr.

Ad klagers påstand 3:

Det er i As ansættelsesbevis udtrykkeligt anført, at ”Apoteket betaler udgifter til LIF – uddannelse”.

Apoteket kan ikke ved den skete opsigelse antages at være blevet frigjort for denne forpligtelse, og der må derfor gives klager medhold i, at Taastrup Apotek skal refundere A den udgift på 19.403 kr., som hun har afholdt for at færdiggøre uddannelsen.

Ad klagers påstand 4:

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at der ved en fejl var blevet uarbejdet forskellige ansættelsesbeviser, heraf et, hvori aftalen om det forlængede opsigelsesvarsel på to måneder ikke fremgik. Da opsigelsen af As funktionstillæg skete i tillid til dette – fejlagtige – ansættelsesbevis, findes det at bero på en undskyldelig fejl, at funktionstillægget blev opsagt med et for kort varsel. Apoteket har da også, da forholdet blev afklaret, rettet for sig. Forholdet findes herefter ikke at være bodspådragende.

Opmandens samlede konklusion:

Taastrup Apotek skal i bod til Farmakonomforeningen betale 25.000 kr.

Taastrup Apotek skal til A betale:

godtgørelse	25.000 kr.
3 måneders løn m.v.	90.315 kr.
refusion af kursusudgifter	<u>19.403 kr.</u>
i alt	134.718 kr.

De idømte beløb skal betales inden for en frist af 14 dage.

Taastrup Apotek frifindes for klagers påstand 4.

De af indklagede selvstændigt nedlagte påstande tages til følge.

Parterne tog denne tilkendegivelse til efterretning og var enige om, at sagen afsluttes ved, at tilkendegivelsen dem imellem tillægges virkning som en kendelse, ligesom hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmanden.

København, den 27. juni 2011

Lene Pagter Kristensen