

PROTOKOLLAT MED TILKENDEGIVELSE

meddelt mandag den 14. januar 2013

i faglig voldgiftssag 2011.0185

HK/Privat

(advokat Martin Juul Christensen)

mod

Dansk Tandlægeforening

(advokat Elsebeth Aaes-Jørgensen)

Tvisten

Tvisten vedrører spørgsmålet om fortolkning af overenskomst for tandklinikassistenter mellem tandlægeforeningen og HK/Privat 2010/2012 vedrørende aflønning af deltidsansatte klinikassistenter, der indkaldes på arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag.

Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande:

Indklagede skal tilpligtes at anerkende, at deltidsansatte klinikassistenter, der indkaldes til arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag, skal aflønnes med den sædvanlige timeløn med tillæg af 100 %

for alle arbejdstimer den pågældende dag, jf. § 12, stk. 8, nr. 7 i parternes overenskomst, dog med undtagelse af tilfælde, hvorunder en klinikassistent arbejder på en normalt arbejdsfri hverdag som konsekvens af en indbyrdes aftale med en anden klinikassistent.

Over for indklagedes nedlagte principale og subsidiære påstande har klager påstået frifindelse

Indklagede har over for klagers påstand nedlagt påstand om frifindelse. Indklagede har endvidere nedlagt følgende selvstændige påstande:

Principalt: Klager tilpligtes at anerkende, at 100 % -tillægget i § 12, stk. 8, nr. 7 i overenskomst mellem Tandlægeforeningen og HK/Privat alene udløses, når en deltidsansat klinikassistent møder på arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag, som følge af et pålæg fra arbejdsgiveren, der gives senere end én dag, før arbejdet skal udføres.

Subsidiært: Klager tilpligtes at anerkende, at 100 % -tillægget i § 12, stk. 8, nr. 7 i overenskomst mellem Tandlægeforeningen og HK/Privat alene udløses, når en deltidsansat klinikassistent møder på arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag, som følge af et pålæg fra arbejdsgiveren.

Sagens behandling

Sagen blev behandlet mundtligt mandag den 14. januar 2013 med højesteretsdommer Jon Stokholm som opmand. Som sidedommere udpeget af klager fungerede faglig sekretær Helle Lindgreen og faglig sekretær Kim Jung Olsen. Som sidedommere udpeget af indklagede fungerede forhandlingschef Tina Raben Skaarup og juridisk konsulent Sten Modvig.

Der blev afgivet forklaring af faglig sekretær Charlotte Meyer efter begæring af klager og af konsulent, cand.jur. Jannie Arge og tidligere forhandlingsleder Bjørn Haulrig, efter begæring af indklagede.

Efter bevisførelse og procedure voterede rettens medlemmer. Der kunne ikke blandt sidedommerne opnås flertal for noget resultat. Sagen blev herefter overladt til opmandens afgørelse. Opmanden fremkom herefter med nedenstående tilkendegivelse.

Retsgrundlaget

Overenskomsten mellem Tandlægeforeningen og HK/Privat for klinikassistenter 2010/2012 indeholder i § 7, følgende bestemmelse:

”§ 7 Overarbejde

Stk. 1. Overarbejde skal begrænses mest muligt gennem en tilrettelægning af arbejdsgangen, der tilgodeser de aftalte arbejdstider.

Arbejdsgiveren kan dog beordre den ansatte overarbejde, når arbejdsgiveren vurderer, at der er behov herfor.

Overarbejde skal varsles senest dagen før. Undtaget fra varslingspligt er dog overarbejde på grund af uforudsete forhold, således fx overarbejde, der skyldes uafviselige patientbehandlinger, og overarbejde, der beror på det øvrige klinikpersonales uforudsete fravær.

Har overarbejdet en varighed ud over 2 timer efter normal arbejdstids ophør, ydes der 30 minutters spisepause med løn.

Stk. 2. Overarbejde opgøres ugevis. Der er kun tale om overarbejde, hvis arbejdet er udført efter ordre fra tandlægen eller dennes stedfortræder.

Stk. 3. overarbejde skal så vidt muligt kompenseres ved afspadsring (fritimer) inden udløbet af den følgende måned. De 3 første overarbejdstimer afspadsres med 50% (1½ time pr. time) og efterfølgende overarbejdstimer afspadsres med 100% (2 timer pr. efterfølgende overarbejdstime).

Det kan mellem arbejdsgiveren og klinikassistenten aftales at overarbejde afspadsres på et senere tidspunkt. Fritidens placering aftales mellem arbejdsgiveren og den enkelte klinikassistent. Fritiden skal så vidt muligt gives som hele eller halve fridage.

Stk. 4. Det beordrede overarbejde, der ikke afspadsres, beregnes med timeløn plus 50% tillæg for de 3 første timer og resten med 100%. Beordret overarbejde på søn- og helligdage beregnes med timeløn plus 100% tillæg.

Ved tilkald og særtjeneste uden for klinikkens normale daglige åbningstid, jf. www.sundhed.dk, samt på normalt arbejdsfri hverdage beregnes samtlige timer med timeløn plus 100% tillæg. Ved særtjeneste forstås eksempelvis ekstraordinær tjeneste i forbindelse med særligt beredskab, akut hjemmetandpleje og ambulancetjeneste.

Overarbejde skal underskrives af begge parter for at kunne kræves honoreret.

Timelønnen beregnes for fuldtidsbeskæftigede som den pågældende klinikassistents månedsløn divideret med 160,33, og der regnes med påbegyndte 1/2 timer.

Løn, der udbetales for overarbejde, indgår i beregningsgrundlaget for såvel pension som ferietillæg og feriegodtgørelse.

Stk. 5. Hvis klinikassistenten deltager i en vagtordning uden for klinikkens normale daglige åbningstid, sker aflønning på følgende måde:

Rådighedsvagt ("standby") uden for klinikken, aflønnes med 1/2 timeløn for hver time. Rådighedsvagten kan maksimalt have en varighed af 4 timer pr. dag. Ved tilkald til klinikken aflønnes efter de normale overtidsregler fra tilkaldetidspunktet. Der betales altid for minimum 2 timers arbejde.

Løn, der udbetales for rådighedsvagter, indgår i beregningsgrundlaget for såvel pension som ferietillæg og feriegodtgørelse.

Stk. 6. Den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid inklusive overarbejde kan inden for en 4-måneders periode ikke overstige 48 timer.

Beskæftigelsesministeriets bekendtgørelse om hviletid og fridøgn er gældende.”

Overenskomsten indeholder i § 12 følgende bestemmelser:

”§ 12 Deltidsansatte

Stk. 1. Klinikassistenter med under 37 timers beskæftigelse pr. uge er månedslønnede deltidsansatte.

Stk. 2. Deltidsbeskæftigede som er ansat 8 timer eller derunder pr. uge, er omfattet af funktionærlovens bestemmelser om sygdom og opsigelsesvarsler.

Stk. 3. Der lønnes efter de i § 8 anførte satser divideret med 37 og multipliceret med antallet af ugentlige arbejdstimer.

Stk. 4. Når en fuldtidsbeskæftiget klinikassistent fortsætter som deltidsbeskæftiget beregnes lønnen som ovenfor anført, men i forhold til den pågældendes hidtidige løn.

Stk. 5. Der tillægges anciennitet årligt efter overenskomstens almindelige bestemmelser, jf. § 9.

Stk. 6. Ved ansættelse af deltidsbeskæftigede aftales i hvert enkelt tilfælde normalarbejdstiden (længde og placering). Ændring af denne normalarbejdstid kan, medmindre parterne er enige herom, kun ske med funktionærlovens eller overenskomstens varsel.

Merarbejde/overarbejde opgøres ugevis.

Stk. 7. Der betales for søgnehelligdage i de tilfælde, hvor disse falder inden for de aftalte beskæftigelsestidspunkter.

Stk. 8. Mer-/overarbejde skal begrænses mest muligt gennem tilrettelægning af arbejdsgangen, der tilgodeser de aftalte arbejdstider.

Deltidsbeskæftigede uden frigørelsesattest er pligtige til i akutte situationer (uforudsete forhold, herunder uafviselige patientbehandlinger, eller det øvrige klinikpersonales uforudsete fravær) at deltage i merarbejde/overarbejde.

Deltidsbeskæftigede klinikassistenter, der har frigørelsesattest, er forpligtede til at påtage sig merarbejde/overarbejde af enhver art.

Ved beordret merarbejde/overarbejde aflønnes de første 6 timer med almindelig timeløn. Ekstratimer op til 37 timer aflønnes med timeløn + 25 %.

Timer udover 37 timer er overarbejde og aflønnes jf. § 7.

Timer udenfor klinikens normale åbningstid jf. www.sundhed.dk, er overarbejde, som aflønnes efter § 7.

En deltidsansat klinikassistent, der indkaldes til arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag, aflønnes med timelønnen + 100 % for alle arbejdstimer den pågældende dag.

Løn for mer- og overarbejde indgår i beregningsgrundlaget ved beregning af såvel pension som ferietillæg og feriegodtgørelse.

Beordret mer-/overarbejde skal registreres og underskrives af begge parter for at kunne kræves honoreret.”

Det er oplyst, at 100 %-tillægget i § 12, stk. 8, nr. 7, i overenskomsten kom ind i forbindelse med overenskomstforhandlingerne i 2010 som en teknisk præcisering og tydeliggørelse af den praksis, som overenskomstparterne var enige om fulgtes på området. Denne præcisering ansås for ukontroversiel.

Sagens opkomst

Der er fremlagt følgende e-mail korrespondance:

”Fra: ja@tdl.dk [mailto:ja@tdl.dk]

Sendt: 12. november 2010 14:48

Til: Bente Søndergaard

Emne: SV: 100% tillæg til deltidsansatte ved arbejde på arbejdsfrie hverdage

Hej Bente,

Kan du ikke lige give mig en kort skriftlig redegørelse for, hvornår I mener, at en ka, der møder op en normalt arbejdsfri hverdag, skal have +

100 % ?

Er det fx tilfældet, hvis alle klinikassistenter som led i en ferieplanlægning bytter rundt på deres vagter, så det kommer til at gå op i en højere enhed - det kan jo i princippet være helt uden indblanding fra arbejdsgiveren.

Når jeg har modtaget jeres svar, vil jeg tage en ny drøftelse med Sten og Tina om vores holdning, og så skal I få en tilbagemelding.

MVH

Jannie

Fra Bente Søndergaard [mailto:44BES@hk.dk]

Sendt 10. november 2010 15:25

Til: Jannie Arge; Sten Modvig

Cc: Charlotte Meyer

Emne: 100% tillæg til deltidsansatte ved arbejde på arbejdsfrie hverdage Hej Jannie og Steen.

Har vi stadig forskellige opfattelser af, hvornår deltidsansatte skal have 100% tillæg på arbejdsfrie hverdage?

Kan oplyse, at vi ikke har ændret opfattelse ;o) Hvis vi stadig har forskellige opfattelser , vil vi sætte gang i den faglige voldgifts skrifter, så vi kan få en afklaring af spørgsmålet.

Lad mig høre far jer ;o)

Hilsen Bente”

”Hej Jannie.

Skylder du mig ikke en tilbagemelding?

I har fået vores opfattelse af, hvornår der skal betales 100% tillæg til deltidsansatte, vedhæftet herunder. Til brug for sagen, har vi også brug for jeres fortolkning af, hvornår der ikke skal betales 100% tillæg til deltidsansatte.

Håber du vil sende mig jeres fortolkning, så vi kan få sat gang i sagen, og få en afklaring på vores uenighed.

... Bente

--- Videresendt af Bente Søndergaard/Forbund/H_K den 15-12-2010 16:19

til: 'ja@tdl.dk' <ja@tdl.dk>

cc: Charlotte Meyer <44CHM@hk.dk>, 'mjc@lo.dk' <mjc@lo.dk>

Sagsbehandling - E-post: 1616-113445.2

Hej Jannie.

Det kan siges ganske kort – om arbejdsgiveren er inde over eller ej, så skal der betales 100% ved arbejde på arbejdsfrie hverdage.

Den eneste undtagelse er - umiddelbart - hvor de bytter vagten af egen fri vilje. Eksempel: En har fast fri om onsdagen og en anden fast fri om tirsdagen, og de så i en uge bytter dage, fordi det passer dem bedst i den uge, så er det selvfølgelig ikke med 100% tillæg, jf. vores drøftelser ved overenskomstforhandlingerne og de tekniske udvalgmøder.

Det er tandlægens ledelsesret at sige til de ansatte, at de skal møde på arbejde, når der er behov. Denne ledelsesret er mange steder lagt ud til klinikassistenterne, men det betyder ikke, at tandlægen dermed kan komme ud af overenskomsten og undgå at betale 100% på arbejdsfrie hverdage.

Glæder mig til at høre fra jer.

KH Bente”

”Sendt: 10. april 2011 14:03

Til: Bente Søndergaard

Cc: sm@tdl.dk; trs@tdl.dk

Emne: SV: Vs: Vs: SV: 100% tillæg til deltidsansatte ved arbejde på arbejdsfrie hverdage - jass 113445

Kære Bente,

...

Vi har kigget på det endnu en gang, og det er stadig vores opfattelse, at klinikassistentens fremmøde på en normalt arbejdsfri hverdag skal ske på grundlag af et pålæg fra arbejdsgiveren, for at det kan udløse honorering med + 100 % for samtlige arbejdstimer den pågældende dag.

Da vi under vores seneste ”tekniske gennemgang” af overenskomsten talte om, at det ville være hensigtsmæssigt at få bestemmelsen og de deltidsansatte ind i overenskomsten, var vi enige om, at dette skulle ske for at sidestille de deltidsansatte med de fuldtidsansatte. Det var altså ikke hensigten, at de deltidsansatte skulle stilles bedre end de fuldtidsansatte, fordi vi så at sige bragte de deltidsansattes vilkår ajour med de fuldtidsansattes.

Når jeg ser tilbage i de gamle overenskomster, fremgår det efter min opfattelse klart, at bestemmelsen om + 100 % til de fuldtidsansatte helt fra starten var knyttet tæt sammen med de øvrige bestemmelser om honorering for overarbejde, og derfor er vi også stadig af den opfattelse, at det er en betingelse for at opnå + 100 %, at der skal være en vis "akuthed" i arbejdsgiverens pålæg, for at det kan udløse + 100 %.

Jeg håber, du kan bruge ovenstående til, at I enten revurderer jeres opfattelse eller kommer videre med sagen

Med venlig hilsen

Jannie Arge

Tandlægeforeningen"

"Kære Bente,

...

Som jeg nævnte i mailen af 10. april 2011 fremgår det allerede af de gamle overenskomster, at "+ 100 % - reglen" er tæt knyttet til de øvrige overarbejdsregler – herunder naturligvis især bestemmelsen om "tilkald og særtjeneste", som den er en del af. Derfor er det fortsat vores opfattelse, at kriterierne for, hvornår der kan kræves overarbejdsbetaling med + 100 %, skal svare til, vad der gælder for de øvrige.

Ifølge bestemmelsen, skal der være tale om et "tilkald", hvilket underbygger vores opfattelse af, at der skal være et pålæg fra arbejdsgiveren og at tilkaldet skal være akut.

Af overenskomstens § 7, stk. 1, afsnit 3, og § 12, stk. 8, afsnit 2, fremgår det, at arbejdsgiver kan pålægge en klinikassistent mer-/overarbejde uden varsel, når der er tale om uforudsete forhold som fx uafviselige patientbehandlinger og det øvrige klinikpersonales uforudsete fravær, og det må efter vores opfattelse være den definition på "akut", vi skal bruge i denne sammenhæng.

Til din orientering kan jeg oplyse, at bestemmelsen om + 100 % kom ind i overenskomstens § 4 allerede i 1977. Bestemmelsen er formuleret således:

”Stk. 1. Overarbejde, for hvilket der kan kræves betaling, beregnes med timeløn plus 50 % for de første 3 overarbejdstimer, og derefter samt for alt overarbejde på søn- og helligdage med timeløn plus 100 %. Ved tilkald og særtjeneste uden for normal daglig arbejdstid samt på normalt arbejdsfri hverdage vederlægges samtlige timer med timeløn plus 100 % tillæg. Timelønnes beregnes

Stk. 2. Overarbejdsbetaling ydes kun, når arbejdet er udført efter ordre fra tandlægen”

I 1979 indsættes et nyt stk. 1, hvoraf det fremgår, at overarbejde skal begrænses mest muligt. Tidligere stk. 1 og 2, bliver herefter stk. 2 og 3.

I 1981 bliver der indsat et nyt stk. 2, hvoraf det fremgår, at der ydes spisepause hvis overarbejdet har en varighed ud over 2 timer. Herved bliver honoreringsbestemmelsen i stk. 2 og ”ordrebestemmelsen” i tidligere stk. 3 skilt ad, men det betyder efter min opfattelse ikke noget for indholdet - overarbejde skal stadig ske efter pålæg fra arbejdsgiveren for at kunne honoreres med overarbejdstillæg.

I 1983 bliver der i § 4, stk. 1, indsat en ny bestemmelse om varsling af overarbejde – den svarer i det hele til de bestemmelser vi stadig har. Det tidligere stk. 1 bliver herefter stk. 2, men indholdet er uændret.

Herefter er bestemmelsen uændret indtil vi (Bente, Charlotte, Sten og Jannie) ved en teknisk gennemgang i 2004 beslutter os for at indstille, at bestemmelsen skal indeholde en definition af ”særtjeneste”.

...

Med venlig hilsen

Jannie”

Parternes procedure

Klager har gjort gældende, at det i overenskomstens § 12, stk. 8, nr. 7, indeholdte 100%-tillæg skal komme til udbetaling i samtlige tilfælde, hvor en deltidsansat klinikassistent indkaldes til arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag, uanset hvornår indkaldelse finder sted, uanset om indkaldelse sker ved fysisk adskillelse mellem arbejdsgiver og arbejdstager, og uanset om indkaldelsen finder sted som en ordre eller efter anmodning efter fra arbejdsgiver. Den eneste situation, hvor tillægget ikke skal udbetales, er, hvor to klinikassistenter aftaler at bytte arbejdsdag.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af overenskomstens ordlyd, at overarbejde udelukkende honoreres, hvis det er pålagt. Ordene ”indkaldes til arbejde” må ifølge almindelig sproglig forståelse medføre, at tandlægen og den deltidsansatte godt kan indgå en frivillig aftale om, at den deltidsansatte klinikassistent møder på en normalt arbejdsfri hverdag, uden at en sådan aftale udløser 100 %-tillægget. Der kan ikke sættes lighedstegn mellem en indkaldelsessituation og en aftalesituation. Endvidere gøres det gældende, at der ikke skal betales 100%-tillæg, når den deltidsansatte klinikassistent pålægges arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag tidligere end dagen før arbejdet skal udføres. For at udløse tillægget skal indkaldelsen have et vist akut element.

Processuel enighed

Indklagede har i sit svarskrift anført følgende:

”Det fremgår endvidere af ordlyden i overenskomstens § 12, stk. 8, nr. 7, at der skal være tale om *en normalt arbejdsfri hverdag*. Dette element indebærer således, **både** at der skal være tale om en dag, hvor klinikassistenten *normalt* holder fri, **og** at denne fridag skal være placeret på en hverdag.

Såfremt en deltidsansat klinikassistent har fået fri på en dag, der ellers er en arbejdsdag, vil 100%-tillægget således ikke blive udløst, såfremt der – trods det oprindelige tilsagn om frihed – alligevel sker indkaldelse.

Sammenholdt med indkaldelsesbegrebet betyder dette også, at der skal være tale om en **hel** fridag, idet der ikke vil kunne foreligge et ”indkald”, såfremt den deltidsansatte klinikassistent har en halv arbejdsdag, og bliver anmodet om at arbejde flere timer end planlagt. Denne situation vil efter omstændigheder udelukkende løse mer- eller overarbejdsbetaling.”

Indklagede har erklæret sig enig i det her anførte.

Opmandens tilkendegivelse

Overenskomstens § 12, stk. 8, nr. 7, giver hjemmel for krav om 100%-tillæg på timelønnen, når en deltidsansat klinikassistent ”indkaldes” til arbejde på en normalt arbejdsfri hverdag. Opmanden var enig med indklagede i, at ordet ”indkaldes” indebærer, at det er en betingelse, at arbejdsgiver som led i sin ret til at lede og fordele arbejdet, har givet den deltidsansatte et pålæg om at møde, og at bestemmelsen ikke omfatter af den situation, at arbejdsgiveren og den deltidsansatte klinikassistent frivilligt og i gensidig interesse har aftalt en ændret arbejdsdag. Bestemmelsen er således ikke begrænset til kun at udelukke tillæg i tilfælde, hvor to deltidsansatte klinikassistenter aftaler at bytte arbejdsdag, således som det er forudsat i klagers påstand.

Opmanden fandt endvidere, at der ikke kunne gives indklagede medhold i, at 100 % -tillægget kun finder anvendelse i tilfælde af pålæg fra arbejdsgiveren, der gives senere end 1 dag, før arbejdet skal udføres. Ej heller kunne der gives indklagede medhold i, at indkaldelsen skulle have en vis akut karakter. Opmanden ville derfor frifinde indklagede for klagerens påstand og give indklagede medhold i den subsidiære påstand.

Opmanden bemærkede, at det må bero på en konkret vurdering af den enkelte situation i lyset af sædvanlig praksis og kommunikationsform på vedkommende klinik og på baggrunden for det fremsatte ønske, hvorvidt en tandlæges anmodning til en deltidsansat klinikassistent om at møde på en normalt arbejdsfri dag har karakter af en ”indkaldelse” eller ej.

Konklusion

På dette grundlag ville opmanden give indklagede medhold i sin frifindelsespåstand og i sin subsidiære påstand over for klager.

De partsudpegede medlemmer og parterne erklærede sig indforståede med, at sagen afsluttes med denne tilkendegivelse, og kendelse blev frafaldet.

Opmanden fandt, at hver part burde bære egne omkostninger for voldgiftsretten, og at parterne burde betale opmandens honorar med halvdelen hver.

Sagen sluttet.

Jon Stockholm