

PROTOKOLLAT MED TILKENDEGIVELSE

meddelt mandag den 21. januar 2013

i faglig voldgiftssag 2012.0106

HK/Privat

(advokat Peter Nisbeth)

mod

Tekniq

for

Eltel Networks A/S

(advokat Tina Lind Larsen)

Tvisten

Tvisten vedrører lovligheden og betalingskrav i anledning af Eltels afskedigelse af HK/Privats medlem fagspecialist A.

Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande:

Principal: Indklagede skal anerkende, at afskedigelsen af fagspecialist A annulleres.

Subsidiært: Indklagede skal anerkende, at A har krav på 3 års rådighedsløn fra den 1. september 2012, subsidiært fra den 1. marts 2012.

Mere subsidiært: Indklagede skal til A betale en godtgørelse eller kompensation.

Indklagede har påstået frifindelse.

Sagens behandling

Sagen blev behandlet mundtligt mandag den 21. januar 2013 med højesteretsdommer Jon Stokholm som opmand. Som sidedommere udpeget af klager fungerede de faglige konsulenter Vibeke Ansbjerg og Helle Bremholm. Som sidedommere udpeget af indklagede fungerede underdirektør Thorkild Bang og souschef, advokat Charlotte Ketelsen.

Der blev afgivet forklaring af fagspecialist A efter begæring af klager og af divisionsdirektør Søren Eg Nielsen 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.

Faktum

Spørgsmålet i sagen er, om Eltels opsigelse af fagspecialist A på grund af sygdom var uberettiget, og om opsigelsen skyldtes, at hans stilling var nedlagt og han var overflyttet til en anden stilling med besigtigelse af fiberopgaver med deraf følgende krav på rådighedsløn. Spørgsmålet i sagen er endelig, om afskedigelsen var truffet på usagligt grundlag og uden forudgående udtalelse fra pensioneringsrådet for Københavns Kommune om pensionsforhold i henhold til kapitlerne 2 og 7 i pensionsregulativet med den følge, at A var berettiget til kompensation eller godtgørelse i medfør af erstatningsansvarsloven om tort.

Parterne er enige om, at der ikke under den faglige voldgiftsretssag skal tages stilling til spørgsmålet om urimelig afskedigelse i henhold til hovedaftalens § 4, stk. 3, eller funktionærlovens § 2 i.

A var som tidligere tjenestemand i Københavns Energi ansat på overenskomstvilkår, men med rettigheder i henhold til reglerne om tjenstemandspension og rådighedsløn.

A var omfattet af aftale af 30. november 2004 mellem Københavns Kommune og en række forbund, herunder HK, om vilkårene for overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår for de københavnske tjenestemænd, der gjorde tjeneste i det 100 % kommunalt ejede aktieselskab, KE Partner A/S. Denne aftale er sålydende:

”Nærværende aftale fastlægger rammerne for et tilbud om overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår for de københavnske tjenestemænd og fast ansatte budgetmæssigt lønnede personer, der for tiden gør tjeneste i det 100 % kommunalt ejede aktieselskab KE Partner A/S. Hensigten er fremadrettet at regulere medarbejdernes ansættelsesforhold hos enten KE Partner AYS eller en anden juridisk enhed, hvortil KE Partners aktiviteter måtte blive overdraget - herunder situationer, hvor der sker sådanne ændringer i aktionærkredsen, at offentlige myndigheder ikke længere besidder en aktiemajoritetspost i selskabet.

Aftalen finder tillige anvendelse, såfremt Københavns Kommune senere måtte få behov for at fremsætte tilbud om overenskomstansættelse på særlige vilkår til andre tjenestemænd og fast ansatte budgetmæssigt lønnede personer indenfor KE. Ved senere anvendelse end et år skal nedennævnte engangsbeløb på 75.000 kr. reguleres.

Når der i det følgende omtales ”en uopsigelig ret”, dels til tjenestemandspension, dels til rådighedsløn, forstås en personlig garanti i forhold til den enkelte medarbejder givet af Københavns Kommune, som ikke på noget tidspunkt eller af noget grund kan fratages medarbejderen, heller ikke i forbindelse med senere virksomhedsoverdragelser. Ordningen er ikke til hinder for, at en erhverver indtræder i forpligtelsen til at udbetale rådighedsløn. Københavns Kommune garanterer, at der udbetales rådighedsløn også i tilfælde, hvor erhverver ikke måtte være i stand hertil.

Tjenestemænd og fast ansatte budgetmæssigt lønnede personer tilbydes følgende særlige vilkår ved overgang til overenskomstansættelse:

- Et engangsbeløb på 75.000 kr. Såfremt medarbejderen ønsker det, kan beløbet anvendes til køb af pensionsalder eller anden form for pensionsopsparing. Beløbet udbetales til den enkelte medarbejder, når denne med sin underskrift har accepteret overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår bevares en uopsigelig ret til tjenestemandspension i henhold til den til enhver tid gældende pensionsvedtægt for Københavns Kommune. Det indebærer bl.a., at der fortsat optjenes pensionsalder, og at en medarbejder, der er overenskomstansat på særlige vilkår, og som afskediges pga. alder, som følge af helbredsbebet utjenstedygtighed eller af anden medarbejderen utilregnelig årsag, er berettiget til egenpension i det omfang, pågældende efter pensionsvedtægtens regler har optjent ret hertil. Københavns Kommune er fortsat pensionsmyndighed. Til konstatering af, om afsked i givet tilfælde er sket af en tjenestemanden tilregnelig årsag, anmoder Københavns Kommune kommunens faste forhørsleder om en udtalelse. Overenskomstens pensionsbestemmelser finder ikke anvendelse i forhold til overenskomstansatte på særlige vilkår.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår ydes der hver medarbejder et ekstra løntrin ud over det allerede aftalte trin. Medarbejdere indplaceret på løntrin 48 eller højere, ydes i stedet for løntrin et pensionsgivende overgangstillæg på 25.000 kr. årligt (niveau 1.10.04). Det ekstra løntrin/det pensionsgivende overgangstillæg ydes til hver enkelt medarbejder, når denne med sin underskrift har accepteret overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår.
- Ved overgangen til overenskomstansættelse konverteres herefter eventuelle tillæg til løntrin. Der kan maksimalt efter tillæggelse af det særlige overgangstillæg konverteres tillæg svarende til to løntrin. Kvalifikationstillæg konverteres før funktionstillæg og andre former for faste månedlige tillæg. Medarbejdere, der er indplaceret på løntrin 48 eller højere, får ikke konverteret tillæg til løntrin. Tilsvarende kan konvertering af tillæg ikke medføre, at en medarbejder stiger højere end til løntrin 48. Konvertering finder for hver enkelt medarbejder sted, når denne ved sin underskrift har accepteret overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår.

- Fra det tidspunkt, hvor KE Partner A/S' aktiviteter første gang overdrages til en anden juridisk enhed – herunder situationer, hvor der sker sådanne ændringer i aktionærkredsen, at Københavns Kommune ikke længere besidder en majoritetsaktiepost i selskabet - sikres det, at hver enkelt medarbejder – forudsat at ansættelsesforhold på særlige vilkår fortsat er bestående – i fem år som en personlig ordning som minimum besvarer den løn, der var gældende på ”salgstidspunktet”, dog således, at aftaler om funktionsløn og aftaler om tidsbegrænsede tillæg ophører eller kan opsiges, alt i overensstemmelse med hver enkelt aftales indhold. Løngarantien omfatter såvel løn som pensionsbidrag samt regulering heraf med den kommunale reguleringsprocent.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår bevares/udbetales efter gældende regler alle former for tilgodehavende frihed, det vil sige ferie, feriefridage, omsorgsfridage, afspadsring og flekstidssaldi.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår sikres det, at fremtidige lønstigninger i form af tillæg bliver pensionsgivende, idet pensionsprocenten aftales mellem de faglige organisationer og arbejdsgiver.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår, der indebærer, at medarbejderne aflønnes bagud, yder arbejdsgiver en ekstra månedsløn til de medarbejdere, der ved overgangen var forudlønnede.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår yder arbejdsgiver en uges ekstra ferie samt en ekstra månedsløn i jubilæumsåret ved 25, 40 eller 50 års jubilæum, idet al tidligere beskæftigelse i Københavns Kommune medregnes.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår vil medarbejderen være forpligtet til at påtage sig andet arbejde, der efter sit indhold og natur ikke ligger ud over den pågældendes fysiske og kvalifikationsmæssige forudsætninger. [*Bemærkning: Hensigten med bestemmelsen er inden for de givne rammer at tilstræbe en smidig arbejdstilrettelæggelse. For specialarbejdere sker der ikke noget ændring i den hidtidige pligt efter Københavns Kommunes tjenestemandsvedtægt til at tåle forandringer i arbejdsopgavernes art eller omfang eller til at overtage en anden stilling. For faglærtes vedkommende lægges der ikke op til en ændret praksis, og der kan ikke i noget væsentligt omfang bortses fra medarbejderens faglige uddannelse*]. Hvis medarbejderen på grund af sygdom eller uegnethed ikke er i stand til at overtage andet arbejde, som pågældende efter foranstående bestemmelse må påregnes at have forudsætninger for, følges bestemmelserne i Københavns Kommunes pensionsvedtægt § 2.
- For medarbejdere, der hidtil har haft lederstillinger, forudsættes et andet arbejdes indhold og natur ikke at afvige væsentligt fra de kvalifikationsmæssige forudsætninger, som den pågældende hidtil har skullet opfylde. Det er indholdet i den lederstilling, medarbejderen er ansat i på tidspunktet for overenskomstansættelse eller efterfølgende bliver ansat i, der er udgangspunktet for karakteren af det andet arbejde. [*Bemærkning: Hensigten med bestemmelsen er at sikre, at en medarbejder, der hidtil har haft en lederstilling, fortsat skal varetage opgaver af ledelsesmæssig karakter, hvortil medarbejderen har de fornødne kvalifikationer*].

- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår vil det faste tjenestested ikke uden medarbejderens accept kunne flyttes over en længere afstand end 40 km. i forhold til Københavns Kommunes geografiske afgrænsning. Hermed er medarbejderens fremtidige ansættelsesområde afgrænset. For medarbejdere, der hidtil har haft tjenestested uden for Københavns Kommunes geografiske afgrænsning, vil der i hvert enkelt tilfælde blive truffet særlig aftale. Ved ansøgt forflyttelse uden for Københavns Kommunes geografiske afgrænsning eller ud over den grænse, der er truffet særlig aftale om, vil det være det nye tjenestested, der danner udgangspunkt for omplacering.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår bevares en uopsigelig ret til rådighedsløn efter bestemmelserne i Københavns Kommunes tjenestemandsvedtægt § 32. Det betyder, at hvis medarbejderens stilling skulle blive nedlagt som følge af arbejdsmangel eller ændringer i virksomhedens organisation eller arbejdsform, er medarbejderen forpligtet til at overtage andet arbejde inden for ansættelsesområdet, jf. ovenfor. Tilsidesættes pligten til at overtage andet arbejde, mistet retten til rådighedsløn. Kan der ikke anvises andet arbejde, hverken hos den aktuelle arbejdsgiver eller i Københavns Kommune, er medarbejderen berettiget til rådighedsløn i 3 år og efterfølgende tjenestemandspension, hvis de almindelige betingelser herfor er opfyldt. En tidligere tjenestemand eller budgetmæssigt fast anset medarbejder kan ikke forlange rådighedsløn som følge af oprettelsen af et nyt aktieselskab, hvori Københavns Kommune ikke er eneaktionær, eller som følge af senere virksomhedsoverdragelse.
- Ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår gives der mulighed for lønfor skrivning, jf. principperne i tjenestemandsvedtægtens § 46, såfremt låneinstitutionerne giver deres accept.
- Det skal for god ordens skyld bemærkes, at det ved overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår er overenskomstens bestemmelser om opsigelse, der finder anvendelse. Al tidligere beskæftigelse i Københavns Kommune medregnes ved beregningen af opsigelsesvarslet.
- I forbindelse med processen om tjenestemænds og fast ansatte budgetmæssigt lønnede personers valg af overgang til overenskomstansættelse på særlige vilkår, vil der i fornødent omfang blive givet frihed til informationsmøder. Københavns Kommune vil anbefale erhverver, at der også efter overtagelsen af KE Partner A/S efter behov gives frihed til møder med organisationernes medvirken med henblik på at sikre informationer mv.”

A er omfattet af en aftale mellem HK og Tekniq/Elfo af 3. maj 2005 om overgang til HK's overenskomst. Denne aftale foreligger i et protokollat, hvoraf fremgår bl.a.:

”2.

Medarbejdere ansat indenfor HK-overenskomstens faglige gyldighedsområde efter 1. februar 2005, er alene omfattet af HK-overenskomsten mellem TEKNIQ og HK/PRIVAT, og hovedaftalen mellem Dansk Arbejdsgiverforening (DA) og Landsorganisationen i Danmark (LO).”

For A foreligger følgende ansættelsesbrev af 27. maj 2005:

”Det bekræftes hermed, at du, A cpr.nr. xxxxxx-xxxx, er ansat i ELTEL NETWORKS som fagspecialist. Ansættelsen er en fortsættelse af hidtidig ansættelse under KE Partner A/S og din ansættelsesancienniteten regnes fra den 16. marts 1987.

...

Ansættelsen er omfattet af overenskomsten mellem Tekniq og HK/Privat, dog med følgende fravigelser:

...

De særlige vilkår efter aftale af 30. november 2004 mellem Københavns Kommune og en række forbund herunder HK er gældende. Ligesom der henvises til protokollat af 3. maj 2005.

...”

I forbindelse med forskellige omlægninger meddelte Eltel den 6. januar 2012 følgende til A:

”Tillæg til ansættelsesaftale

Kære A

I forbindelse med at arbejdet med opsætning af elmålere er afsluttet hos SEAS/NVE pr. 31.12.2011 er din nye arbejdsstedsadresse pr. 1. januar 2012, Eltel Networks A/S, Fabriksparken 38, 2600 Glostrup.

- Når arbejdet på DONG udbuddet i Salgsafdelingen er afsluttet, skal du arbejde som besigtiger af fiberopgaver og referere til Michael Dyremose Have i afdeling 5575.

Øvrige ansættelsesforhold er uændrede.

Vi ser frem til et fortsat godt samarbejde.”

Den 24. februar 2012 opsagde Eltel A. Opsigelsesskrivelsen er sålydende:

”Opsigelse

Kære A,

Det er med beklagelse, at vi må opsig dig på grund af sygdom fra din stilling i Eltel Networks A/S med udgangen af februar måned 2012.

Du har således haft 81 sygedage i 2001 og pr. dags dato 30,5 sygedage i 2012 og i mail af 21.ds. oplyser du, at du ikke kan vende tilbage på fuld tid, når du vender tilbage efter en yderligere sygeperiode på 3-4 uger.

Dit opsigelsesvarsel er 6 måneder. Du fratræder derfor den 31. august 2012. I henhold til funktionærlovens § 2a er du endvidere berettiget til 3 måneders fratrædelsesgodtgørelse, som udbetales sammen med den sidste lønudbetaling.

Hvis du bliver raskmeldt inden opsigelsesperiodens udløb, bedes du kontakte os. Det er særlig vigtigt, hvis du bliver raskmeldt inden den 1. maj 2012, da det har betydning for, om du har mulighed for at få udbetalt feriegodtgørelse for nuværende ferieår.

Hvis du bliver rask, skal du afvikle mest mulig ferie i opsigelsesperioden. Feriegodtgørelse for ikke afholdt ferie for optjeningsåret 2011 samt ferie for optjeningsåret 2012 vil blive afregnet via ferie kort.

Af hensyn til pensionsberegning skal vi bede om, at du udfylder vedlagte spørgeskema vedr. pensionsberegning og returnerer det i vedlagte svarkuvert.

Du bedes venligst ved din underskrift på genparten af dette brev bekræfte modtagelsen af din opsigelse.

Eltel Networks A/S vil samtidig gerne benytte lejligheden til at sige mange tak for den arbejdsindsats, du har udvist gennem årene.”

Det er oplyst, at A oppebærer almindelig sygepension fra Københavns Kommune.

Opmandens tilkendegivelse

Ved aftalen af 30. november 2004 mellem Københavns Kommune og forbundet, var de omhandlede medarbejdere overgået til ansættelse i det private erhvervsliv på overenskomstvilkår. De materielle og proceduremæssige regler om opsigelse og afskedigelse var ifølge aftalen de overenskomstmæssige; ikke længere de bestemmelser, der indeholdes i tjenestemandensregulativet eller offentligretlige grundsætninger. Eltel havde således som udgangspunkt været berettiget til at opsiges A i kraft af den almindelige opsigelseskompetence. Tjenestemandensregulativets bestemmelse i § 29, stk. 2, om forudgående afklaring af pensionskravet fandt ikke anvendelse. Noget sådant kunne heller ikke udledes af bestemmelsen om pensioneringsrådet i § 29, stk. 2, i pensionsvedtægten for Københavns Kommunes tjenestemænd om indhentelse af en udtalelse om helbredsbedømmelse fra pensioneringsrådet.

Eltels opsigelse var begrundet i As omfattende sygefravær, og dette sygefravær var ikke bestridt. Under disse omstændigheder fandt opmanden det ikke godtgjort, at opsigelsen skyldtes arbejdsmangel eller stillingsnedlæggelse, og der var derfor allerede af den grund ikke grundlag for tilkendelse af rådighedsløn.

Da opmanden således ikke kunne give klager medhold i den retlige kritik, som var forelagt til bedømmelse under voldgiftssagen af afskedigelsesbeslutningen, måtte konsekvensen blive, at sagen faldt ud til frifindelse, idet der under sagen ikke skulle tages stilling til spørgsmålet om urimelig afskedigelse i henhold hovedaftalens § 4, stk. 3, eller funktionærlovens § 2 b.

Konklusion

På dette grundlag ville opmanden give indklagede medhold i sin frifindelsespåstand.

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 Stokholm