

**Kendelse afsagt den 15. september 2017 i
faglig voldgiftssag
FV 2017.0041**

HK/Privat

for

A
(advokat Jesper Schäfer Munk)

mod

Tandlægeforeningen

for

Tandlægerne EBdent ApS
(advokat Rasmus Lindhardt Jensen)

1. Uoverensstemmelsen og parternes påstande

Tvisten er, om der var tale om en usaglig afskedigelse af A, da hun blev opsagt den 26. juli 2016, samt om HK/Privats medlem A var valgt som arbejdsmiljørepræsentant hos Tandlægerne EBdent ApS.

Klager har nedlagt følgende påstande:

Indklagede, Tandlægerne EBdent ApS, tilpligtes at anerkende, at det var usagligt at afskedige A den 26. juli 2016.

Indklagede, Tandlægerne EBdent ApS, tilpligtes til A at betale en godtgørelse for usaglig afskedigelse.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klager har i klageskriftet anført en bodspåstand for overenskomstbrud. Denne påstand er efter aftale mellem parterne ikke genstand for nærværende faglige voldgift, men klager har taget forbehold om at indbringe sagen for Arbejdsretten. Parterne er enige om, at den faglige voldgiftsret afgør sagen i den fulde udstrækning, således at der ikke opstår spørgsmål om indbringelse af dele heraf for afskedigelsesnævn.

2. Sagens behandling for faglig voldgift

Sagen er indbragt for faglig voldgift ved klageskrift af 7. april 2017. Parterne rettede forinden den 14. marts 2017 henvendelse til Arbejdsretten om udpegning af opmand. Arbejdsrettens formand udpegede den 15. marts 2017 højesteretsdommer Jon Stokholm som opmand.

Sagen er herefter hovedforhandlet onsdag den 30. august 2017 for en faglig voldgiftsret med undertegnede højesteretsdommer Jon Stokholm som formand og opmand med følgende sidedommere: faglig sekretær Charlotte Meyer og faglig konsulent John Gram, begge udpeget af klager, samt forhandlingschef Tina Raben Skaarup og jurist Cecilie Hertz, begge udpeget af indklagede.

Der blev under hovedforhandlingen afgivet forklaring af klinikassistent A, klinikassistent B, klinikassistentelev C, tandlæge D, økonomi- og administrationsansvarlig E. der er ægtefælle til EBdents ejer, Elena Boeck-Hansen, samt klinikassistent F.

Efter bevisførelse procedure og votering blev der ikke opnået flertal for en afgørelse blandt de af parterne valgte medlemmer, og afgørelsen blev herefter overladt til opmanden. Parterne er enige om, at sagen afsluttes med en kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parterne procedurer.

3. Sagen

A, der var uddannet klinikassistent samt bankuddannet, blev ansat hos Tandlægerne EBdent ApS den 1. august 2015 under overenskomsten mellem HK Privat og Tandlægeforeningen. Hendes arbejdsfunktion var primært administrative opgaver på klinikken, herunder receptionspasning, administration, afstemning af patientbetalinger, beregning og indberetning af lønninger og post, men det forekom også efter behov, at hun virkede som en klinikassistent. A's timeløn var væsentlig højere end de øvrige klinikassistenters.

Den 18. januar 2016 modtog virksomheden meddelelse fra HK Østjylland om valg af arbejdsmiljørepræsentant.

Brevet var sålydende:

”Valg af arbejdsmiljørepræsentant

HK skal hermed meddele, at vi har godkendt valg af:

A

Som arbejdsmiljørepræsentant på arbejdspladsen fra den 29. oktober 2015 og 2 år frem fra denne dato.

I henhold til Bekendtgørelsen om Arbejdsmiljøuddannelserne er virksomheden forpligtet til at sørge for, at Arbejdsmiljørepræsentanten har gennemført den lovpligtige uddannelse inden 3 måneder efter valget. Arbejdsgiver har pligt til at tilbyde arbejdsmiljørepræsentanten mindst 1½ dags uddannelse om året efter det første valgår.

Virksomheden skal afholde de udgifter, der er forbundet med arbejdsmiljørepræsentantens deltagelse i arbejdsmiljøuddannelse/videreuddannelse, herunder tab af indtægt.

Arbejdsmiljørepræsentanten er omfattet af de samme beskyttelsesregler for afskedigelse, som er gældende efter overenskomst for tillidsrepræsentanter, uanset om virksomheden er omfattet af en overenskomst.”

Parterne er enige om, at A i forbindelse med opsigelse af klinikassistent G foreslog E, at hun kunne vælges til tillidsrepræsentant.

Det er oplyst, at klinikassistent H gennem længere tid, også under den tidligere klinikejer, havde varetaget funktionen som arbejdsmiljørepræsentant i virksomheden.

Ved brev af 7. marts 2016 gav HK Østjylland Tandlægeforeningen underretning om valg af tillidsrepræsentant og arbejdsmiljørepræsentant i virksomheden.

Brevet er sålydende:

”Valg af tillidsrepræsentant og arbejdsmiljørepræsentant – EBdent Tandlægeklinik ApS,
Tværgade 3, 8600 Silkeborg

Vi kan oplyse, at vores medlemmer, der er beskæftiget hos ovenstående virksomhed i henhold til overenskomsten mellem Tandlægeforeningen og HK/Privat § 32 den 1. marts 2016 har valgt:

F

som tillidsrepræsentant.

Der er samtidig den 1. marts 2016 valgt arbejdsmiljørepræsentant. Valgt er:

H

Vi kan oplyse, at ovennævnte valg er godkendt af forbundet.”

Dette brev tilgik ligeledes virksomheden uden at udløse nogen reaktion hos ledelsen eller medarbejdere.

EBdent opsagde den 26. juli 2016 A ved sålydende skrivelse:

”Opsigelse af dit ansættelsesforhold

Jeg skal hermed desværre opsig dig fra din ansættelse med dit opsigelsesvarsel på 3 måneder, således at opsigelse sker til fratræden ved udgangen af oktober måned 2016.

Opsigelsen er begrundet i en omstrukturering af virksomheden med henblik på besparelser, hvorved en del af dine arbejdsfunktioner som du ved bliver outsourcet, mens dine øvrige arbejdsopgaver vil blive håndteret af ejerkredsen og det øvrige personale. Det indebærer desværre, at jeg bliver nødt til at bringe vores samarbejde til ophør, hvilket har været en vanskelig beslutning, som jeg beklager.

Jeg skal i forbindelse med opsigelsen varsle, at du fra den 29. august 2016 til den 14. september 2016 skal holde 2 ugers ferie og 13,31 feriefri dagstimer. Jeg er dog indforstået med at af-

tale, at ferien kan afholdes på andre dage, hvis det passer dig bedre og er foreneligt med virksomhedens drift.

Skulle du ønske at påbegynde ny beskæftigelse, inden opsigelsesperioden er udløbet, har du mulighed for selv at (kontra)opsige vores ansættelsesaftale, hvilket kan ske med en måneds varsel til udgangen af en måned. Hvis situationen opstår, er vi dog indstillet på at acceptere, at du vil kunne fratræde med dags varsel med den konsekvens, at vores lønforpligtelse i så fald samtidig vil ophøre.”

A fremsatte indsigelse den 5. august 2016 ved sålydende e-mail:

Hej Elena og E

I forbindelse med min opsigelse som jeg modtog pr. mail den 28. juli 2016 skal jeg gøre indsigelse imod opsigelsen, da jeg har erfaret, at i så sent som primo Juli mdr. søgte 2 klinikassistenter og derudover har ansat en ny bogholder i Juni mdr. 2016.

Jeg skal også gøre opmærksom på, at jeg har en særlig beskyttelse som arbejdsmiljørepræsentant.

I bedes derfor kontakte mig for at drøfte sagen. Hvis du meddeler at du fastholder opsigelsen vil sagen blive overdraget til HK.

Ønsker jer en dejlig weekend.”

Advokat Peter Bjerre Bøystrup besvarede for EBdent denne henvendelse i en e-mail af 8. august 2016 med følgende indhold:

”Til A

Jeg retter henvendelse til dig som advokat for Tandlægerne EBdent ApS i forbindelse med, at du har gjort indsigelse mod min klients opsigelse af dit ansættelsesforhold.

Jeg gør for god ordens skyld opmærksom på, at dine oplysninger vedrørende min klients omstrukturering ikke er korrekte.

Min klient er bekendt med, at du tidligere har gjort gældende, at du skulle være valgt som arbejdsmiljørepræsentant og har gjort dig opmærksom på, at min klient ikke kunne anerkende dette, herunder allerede fordi min klients virksomhed ikke er omfattet af reglerne om arbejdsmiljørepræsentanter. Min klient har endvidere anmodet dig om at berigtige forholdet over for din fagforening, da du egenhændigt og uden min klients samtykke orienterede HK om, at du skulle være valgt som arbejdsmiljørepræsentant. Der har i øvrigt min klient bekendt ikke været afholdt valg til arbejdsmiljørepræsentant blandt medarbejderne, ligesom du i praksis heller ikke har varetaget funktioner som arbejdsmiljørepræsentant under din ansættelse. Jeg skal på den baggrund bestride, at du er omfattet af de beskyttelsesregler, der gælder for arbejdsmiljørepræsentanter.

Min klient er bekendt med, at du tidligere har informeret, at du skulle være valgt til arbejdsmiljørepræsentant, men min klient gjorde dig omgående opmærksom på, at min klient ikke kunne anerkende dette, dels fordi min klients virksomhed ikke er omfattet af reglerne om arbejdsmiljørepræsentanter, og dels fordi en anden klinikassistent igennem en årrække allerede har varetaget området. Min klient anmodede dig om at korrigere forholdet overfor din fagforening/HK, da du egenhændigt og uden min klients samtykke havde orienteret HK om, at du skulle være valgt til arbejdsmiljørepræsentant, et valg som min klient ikke er bekendt med skulle have været afholdt. Min klient havde således forstået, at du havde berigtiget forholdet over HK, idet du ikke har varetaget funktioner som arbejdsmiljørepræsentant under din ansættelse, og på den baggrund skal jeg bestride, at du er omfattet af de beskyttelsesregler, der gælder for arbejdsmiljørepræsentanter.

På baggrund af det ovenfor anførte fastholdes opsigelsen.”

HK rettede henvendelse til Tandlægeforeningen ved skrivelse af 11. august 2011 med følgende indhold:

”Vedr. EBdent Tandlægeklinik ApS, Tværgade 3, 8600 Silkeborg – opsigelse af klinikassistent og arbejdsmiljørepræsentant A.

Ovenstående medlem har henvendt sig i afdelingen i forbindelse med at hun har modtaget en opsigelse dateret den 26. juli 2016 (opsigelse vedlagt).

Opsigelsen er begrundet i omstrukturering af virksomheden med henblik på besparelser. Imidlertid er der startet 2 nye klinikassistenter på klinikken pr. 1. august 2016 og der blev ansat en ny bogholder i juni mdr. 2016 som skulle overtage en del af vort medlems arbejdsopgaver.

Da vort medlem er valgt som arbejdsmiljørepræsentant, skal der være tvingende årsager til en opsigelse (hovedaftalens § 9) og da opsigelsen allerede i forhold til hovedaftalens § 6 ikke er rimeligt begrundet, skal vi anmode om en drøftelse af sagen, eventuelt ved et organisationsmøde.

Vort medlem har den 5. august 2016 protesteret imod opsigelsen og i den sammenhæng gjort klinikken opmærksom på hendes status som arbejdsmiljørepræsentant. Virksomheden har den 8. august 2016 svaret gennem deres advokat Peter Bjerre Bøystrup fra advokatfirmaet Rødstenen, Aarhus og har afvist, at opsigelsen er usaglig – herunder afvist at vort medlem skulle være valgt som arbejdsmiljørepræsentant. Begge mails er vedlagt dette brev, ligesom vi har vedlagt vores anmeldelsesbrev af valget som arbejdsmiljørepræsentant til henholdsvis Tandlægeforeningen samt klinikken. Afdelingen har i den forbindelse ikke modtaget indsigelser.

Vi skal anmode Tandlægeforeningen om at kontakte undertegnede, for at vi kan drøfte sagens videre forløb.”

Om den økonomiske status hos Tandlægerne EBdent ApS har virksomheden oplyst følgende:

EBdent realiserede et negativt resultat i 2016 på 913.924 kr. mod et positivt resultat i 2015 på 137.588 kr.

I løbet af foråret 2016 blev det klart for EBdent ApS, at det var nødvendigt at foretage en omstrukturering af virksomheden, som var nyerhvervet, idet de økonomiske resultater var utilfredsstillende. Virksomheden havde negative driftsresultater i de første måneder af 2016, idet indtægterne fra patienterne ikke kunne dække de faste udgifter til medarbejderne. Virksomheden var derfor tvunget til at gennemgå alle sine aktiviteter for at konstatere, hvor det var muligt at gennemføre besparelser. I den forbindelse vurderede virksomheden, at klinikken havde for stor kapacitet af klinikassistenter i forhold til tandlægetimer samt at en del af det administrative arbejde kunne overtages af ejeren, tandlæge Elena Boeck-Hansen og dennes ægtefælle. Tandlægekapaciteten faldt fra 96 timer ugentligt til 63 timer ugentligt, idet en tandlæge havde opsagt sin stilling til fratrædelse ultimo maj 2016 og idet der skete noget omstrukturering blandt de øvrige tandlæger.

I forsommeren 2016 havde virksomheden 6 ansatte klinikassistenter, hvoraf en var på barselsorlov. Virksomheden har oplyst, at man efter gennemgang og vurdering af samtlige disse klinikassistenter i forhold til anciennitet, arbejdsopgaver, erfaring mv. valgte at afskedige klinikassistent A og klinikassistent B. B blev som den første afskediget den 27. maj 2016 til fratræden den 31. oktober 2016.

A sygemeldte sig umiddelbart efter sin opsigelse.

4. Forklaringer

A har bl.a. forklaret, at E havde opfordret hende til at lade sig vælge som arbejdsmiljørepræsentant. De holdt regelmæssige morgenmøder om mandagen med deltagelse af alle medarbejdere. Enkelte gange deltog kun klinikassistenterne. Hun styrede morgenmøderne og udarbejdede referater, der var tilgængelige for alle. H frasagde sig hvervet som arbejdsmiljørepræsentant, fordi hun skulle på barsel. A foreslog herefter sig selv som afløser på posten som arbejdsmiljørepræsentant. Hun blev enstemmigt valgt uden skriftlig afstemning. Alle nikkede, og der var ikke tale om kampvalg. Hun husker ikke, om tandlægerne deltog i valget. Hun husker ikke, om valget fandt sted den 29. oktober 2015 eller en anden dag. Hun havde virket som sikkerhedsrepræsentant under en tidligere ansættelse andetsteds. Der var derfor ikke grund til at hun skulle på kursus. Klinikens ejer, Elena Boeck-Hansen kunne ikke være ubekendt med valget. Hun anmeldte selv sit valg til HK. HK's brev om valg af F og H som tillidsrepræsentant og arbejdsmiljørepræsentant har hun ikke set. Hun har ikke været med til at vælge disse.

Nogle vidner har afgivet ligelydende forklaring vedrørende A's valg som arbejdsmiljørepræsentant, andre vidner har afgivet en diametralt modsat forklaring.

E har forklaret, at han er tandlæge Elena Boeck-Hansens ægtefælle. Han har bistået med administrative funktioner i den nyerehvervede klinik. Han var i øvrigt fuldtidsbeskæftiget et andet sted. Efter overtagelsen kom klinikken i dyb krise med væsentlig overkapacitet og økonomiske vanskeligheder. Det blev derfor nødvendigt at justere kapaciteten på klinikassistentfronten, selv om det selvfølgelig var tanken på sigt at komme op på fuld kapacitet igen. Det er en almindelig erfaring, at der ved et kliniksalg kan indtræde en væsentlig og vanskelig overgangsperiode. De måtte derfor med beklagelse foretage afskedigelser. Ved valget af A indgik hendes korte anciennitet, hendes høje løn, og at hendes administrative funktioner kunne varetages af andre. Hun var så den, som bedst kunne undværes.

5. Parternes argumentation

Klager har gjort gældende, at A var valgt som arbejdsmiljørepræsentant og derfor omfattet af arbejdsmiljølovens § 10, stk. 2, hvorefter en arbejdsmiljørepræsentant er beskyttet mod afskedigelse og forringelse af sine forhold på samme måde som tillidsrepræsentanter inden for vedkommende eller tilsvarende faglige område. Overenskomsten § 32, stk. 4, indeholder regler om afskedigelse af tillidsrepræsentanter. Der foreligger ikke tvungende omstændigheder, der kan berettige en afskedigelse af A. Hun har udført sit arbejde dygtigt og samvittighedsfuldt og varetaget opgaver af en bred rækkevidde, herunder ved "stolen". Klager er ikke bekendt med de forhold, der er angivet i opsigelsen, og indklagede har da også foretaget nye ansættelser indenfor det faglige område, som A umiddelbart eller med en kort oplæring kunne bestride. Der er følgelig tale om en usaglig afskedigelse, som berettiger A til en godtgørelse efter hovedaftalens § 4, stk. 3, litra e, subsidiært hovedaftalens § 6. HK's brev af 7. marts 2016 vedrører valg af en supplerende arbejdsmiljørepræsentant.

Indklagede har gjort gældende, at A ikke har været valgt som arbejdsmiljørepræsentant i EBdent og aldrig har udøvet funktioner som sådan. Der må derfor i det hele bortses fra HK's meddelelse herom af 2. januar 2016.

Opsigelsen af A må bedømmes efter almindelige regler, og der er ikke noget holdepunkt for, at opsigelsen er urimelig. Der kan derfor ikke blive tale om at tilkende hende en godtgørelse.

6. Opmandens begrundelse og resultat

Ved bedømmelsen af, hvem af EBDents ansatte, der var valgt som arbejdsmiljørepræsentant må udgangspunktet tages i HK Østjyllands brev af 7. marts 2016, hvorefter H er valgt den 1. marts 2016.

Spørgsmålet i sagen er, om HK Østjyllands meddelelse af 18. januar 2016 om valg af A til arbejdsmiljørepræsentant kan medføre nogen ændring i dette udgangspunkt.

HK Østjyllands meddelelse af 7. marts 2016 kan ikke naturligt forstås som meddelelse om valg af en supplerende arbejdsmiljørepræsentant.

Der er usikkerhed om den tidsmæssige placering af valghandlingen i oktober 2015, og det må tillægges vægt, at meddelelse om valget først fremkommer den 18. januar 2016. Om gennemførelse af valg af arbejdsmiljørepræsentant i virksomheden er afgivet modstridende forklaringer af medarbejderne. A var den administrative nøgleperson. Hun ledede efter sin egen forklaring det møde, hvor valghandlingen fandt sted, bragte sig selv i forslag og drog selv konklusionen af valget, ligesom hun selv forestod anmeldelsen af sig selv til HK. Under disse omstændigheder er der så megen usikkerhed om, hvad der måtte være passeret i relation til spørgsmålet om valg af arbejdsmiljørepræsentant i virksomheden i efteråret 2015, at der må bortses fra anmeldelsen af 18. januar 2016.

Der kan således ikke tillægges A rettigheder som arbejdsmiljørepræsentant i den opståede opsigelsessituation. Herefter, er der opsigelsen i betragtning af virksomhedens forhold sammenholdt med A's forhold ikke kan betegnes som urimelig, er der ikke grundlag for at tilkende hende en godtgørelse.

Thi bestemmes:

Indklagede frifindes.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmanden.

København, den 15. september 2017.

Jon Stokholm