

**Kendelse afsagt mandag den 14. maj 2018
i faglig voldgiftssag FV 2017.0042**

HK/Privat

som mandatar for

A,

B og

C

(advokat Jesper Schäfer Munk)

mod

Tandlægeforeningen

som mandatar for

D

(advokat Karen Margrethe Schebye)

1. Tvisten

Tvisten vedrører honorering af merarbejde for deltidsbeskæftigede klinikassistenter under overenskomsten mellem Tandlægeforeningen og HK/Privat § 7, stk. 4, og § 12, stk. 8.

2. Påstande

Klager har endeligt nedlagt følgende påstande:

Indklagede virksomhed tilpligtes at anerkende, at merarbejde skal udbetales i hele timer; subsidiært, at merarbejde skal honoreres pr. påbegyndt halve time, jf. § 7, stk. 4; samt mere subsidiært, at merarbejde skal honoreres i forhold til den faktiske ydede tid.

Endvidere er nedlagt følgende efterbetalingskrav uden rentepåstand:

For A: 3.377,44 kr.; for B: 681,60 kr. og for C: 9.358,86 kr.

Indklagede har taget bekræftende til genmæle over for klagerens mere subsidiære påstand, men i øvrigt påstået frifindelse.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 24. april 2018 for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer: Udpeget af klager: forhandlingschef i HK/Privat Kim Jung Olsen og faglig juridisk konsulent i HK/Privat Monica Jørgensen Hougaard, begge udpeget af klager, samt juridisk konsulent i Tandlægeforeningen Agnete Klæsøe Andersen og konsulent Søren Sale Bjerg-Hansen, begge udpeget af indklagede. Som opmand er udpeget undertegnede højesteretsdommer Jon Stokholm.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af klinikassistenterne A, B, C, faglig sekretær i HK/Privat E, forhandlingschef i Tandlægeforeningen F samt partsforklaring af tandlæge D.

Da der efter forhandling og votering ikke blandt de af parterne valgte medlemmer kunne opnås enighed om eller flertal for en afgørelse, træffes afgørelsen af opmanden.

Parterne er enige om, at sagen afgøres ved denne kendelse, der ikke indeholder fuldstændig gengivelse af vidneforklaringer og parternes argumenter.

4. Sagen

Sagen omhandler fire klinikassistenter, der alle har været ansat på deltid hos tandlæge D. A var ansat i perioden 1. september 2009 til 30. juni 2016. B var ansat i perioden 1. maj 2009 til 31. marts 2016. C var ansat i perioden 1. februar 2012 til 31. maj 2016.

Den enkelte klinikassistent førte et dagligt regnskab overarbejdstiden, som løbende blev underskrevet af såvel denne som af tandlæge D som arbejdsgiver, med henblik på afregning. Det blev således dagligt registreret, om der var arbejdet mere eller afspadseret på den pågældende dag, og det blev løbende opgjort, hvor meget merarbejde der indtil dato var udestående. Medarbejderne ønskede løbende at ”opspare” merarbejde til brug for senere afspadsering eller afholdelse af fridage, og ingen har anmodet om løbende at få udbetalt det opgjorte merarbejde. Klagerne udførte opgaver som f.eks. sterilisering efter den aftalte arbejdstids ophør, fordi de fandt, at det var bedre at gøre det på dette tidspunkt end at vente med at gøre det til den efterfølgende dag eller at overlade det til den assistent, som skulle møde ind den følgende dag.

5. Retsgrundlaget

Overenskomsten mellem Tandlægeforeningen og HK/Privat om klinikassistenters beskæftigelse hos tandlæger indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

”§ 7. Overarbejde

Stk. 1. Overarbejde 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 uforudselige forhold, fx overarbejde, der skyldes uafviselige patientbehandlinger, og overarbejde, der beror på det øvrige klinikpersonales uforudselige fravær.

Medarbejderen har ret til 30 minutters spisepause med løn, hvis overarbejdet varer ud over 2 timer efter normal arbejdstidsophør.

Stk. 2. Der er kun tale om overarbejde, hvis arbejdet er beordret af arbejdsgiveren. Overarbejde opgøres ugevis.

Stk. 3. Overarbejde skal så vidt muligt kompenseres ved afspadsring (fritimer) inden udløbet af den følgende måned. Arbejdsgiveren og medarbejderen kan dog aftale, at overarbejde afspadsres på et senere tidspunkt.

De 3 første overarbejdstimer inden for en uge afspadsres med 50 % (1½ time pr. time) og efterfølgende overarbejdstimer afspadsres med 100 % (2 timer pr. time).

Fritidens placering aftales mellem arbejdsgiveren og medarbejderen. Fritiden skal så vidt muligt gives som hele eller halve fridage.

Stk. 4. Det beordrede overarbejde, der ikke afspadsres, jf. stk. 3, 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.

De overarbejdstimer, der ikke afspadsres, jf. stk. 3, afregnes som hovedregel senest ved udgangen af den efterfølgende måned, med mindre andet aftales.

Overarbejde skal være registreret og underskrevet af begge parter for at kunne honoreres.

Timelønnen beregnes for fuldtidsbeskæftigede som den pågældende medarbejders månedsløn divideret med 160,33, og der regnes med påbegyndte ½ timer.

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

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

Rådighedsvagt ("standby") uden for klinikken, aflønnes med ½ 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, feriegodtgørelse og valgfri elementer.

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.

...

§ 12 Deltidsansatte

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

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

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

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

Stk. 5. Overenskomstens almindelige bestemmelser om anciennitetsoptjening, jf. § 9, gælder tilsvarende for deltidsbeskæftigede.

Stk. 6. Ved ansættelse af deltidsbeskæftigede aftales i hvert enkelt tilfælde normalarbejdstiden (længde og placering). Ændringer af denne normalarbejdstid kan, medmindre parterne er enige herom, kun ske med funktionærlovens varsel eller jf. stk. 2, overenskomstens varsel.

Merarbejde/overarbejde opgøres ugevis.

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

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

Medarbejdere uden frigørelsesattest har pligt til, at deltage i beordret mer-/overarbejde i akutte situationer (uforudselige forhold, herunder uafviselige patientbehandlinger, eller det øvrige klinikpersonales uforudselige fravær).

Medarbejdere med frigørelsesattest, har pligt til at påtage sig beordret merarbejde/overarbejde af enhver art.

Ved beordret merarbejde aflønnes således:

- de første 6 timer med almindelig timeløn.
- eventuelle yderligere timer til og med 37 pr. uge med timelønnen + 25 %.
- eventuelle timer ud over 37 pr. uge som overarbejde, jf. § 7

Timer uden for klinikkens normale åbningstid jf. www.sundhed.dk, er overarbejde og aflønnes jf. § 7, uanset at medarbejderens samlede timetal den pågældende uge ikke overstiger 37.

En deltidsansat medarbejder, 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, feriegodtgørelse og valgfri elementer.”

Det er oplyst, at overenskomster 2017-2020 mellem på den ene side Danske Fysioterapeuter og Dansk Kiropraktorforening og på den anden side HK/Privat 2017 fik indføjet en bestemmelse, om deltidsansatte, hvori det hedder, at ”Merarbejde afregnes med påbegyndte ½ timer”.

Det er oplyst, at HK/Privat forud for overenskomstforhandlingen i 2017 som udtryk for en teknisk klargøring foreslog indsættelse af: ”Der regnes med påbegyndte ½ timer.” i § 12 om deltidsansatte, men at Tandlægeforeningen afviste dette forslag.

6. Forklaringer

A har forklaret at hun i perioden 2009-2016 var deltidsansat i tandlæge D's klinik. Hun begyndte med at arbejde 16 timer om ugen, men overgik i august 2015 til at arbejde 14 timer ugentligt. Der er tale om en specialtandlægeklinik med speciale i kæbekirurgi. I klinikken var tandlæge D som den eneste tandlæge og 3-4 klinikassistenter. A lavede vagtplaner og regnskaber. Det forekom, at hun havde merarbejde herudover, især ved sygdom og fravær. Hun har også arbejdet en del gange ud over normal arbejdstid for at færdiggøre arbejdet.

Hun registrerede merarbejde ved arbejdstids ophør kl. 16.00. Hvis hun forlod arbejdsstedet kl. 16.14 registrerede hun intet. Hun rundede ned til nærmeste hele kvarter ved sin merarbejdsregistrering. Kort efter ansættelsen overværede hun en alvorlig samtale mellem tandlæge D og klinikassistent G. G fik ”en skideballe” over at have en halv time på som merarbejde i en situation, hvor hun kun havde arbejdet i 25 minutter. Hun har i øvrigt ikke fået instruks af D om, hvorledes der skulle registreres, men havde fået den opfattelse, at hun skulle runde nedad. Hun har ikke læst overenskomsten. A blev i 2016 opmærksom på problemet i forbindelse med afklaring af andre misforståelser i klinikken omkring lønforhold. De drøftede disse forhold med HK og fandt en løsning på de andre udestående spørgsmål bortset fra spørgsmålet om afregning for merarbejde. Kort til registrering af merarbejde hang i omklædningsrummet og blev udfyldt hver dag.

Klinikassistent C har forklaret, at hun har arbejdet i klinikken fra 1. februar 2012 til 1. marts 2016; Oprindeligt på 30 ugentlige timer, senere med 28 og 27 ugentlige arbejdstimer. Hun var ansat som

receptionist men kunne træde klinisk til. Hun har registreret sit merarbejde på timesedler. Hun havde forstået på kollegerne, at man skulle runde ned, så det har hun gjort. Hun har fra kollegerne hørt om episoden med G, men hun har ikke selv overværet den. Hun har ikke fået noget instruks fra D.

Klinikassistent B har forklaret, at hun arbejdede klinisk fra 1. maj 2009 til 31. marts 2016. Hun startede med at arbejde 30 timer ugentligt, hvilket blev reduceret til 26 timer. Hun har foretaget tidsregistrering som forklaret af sine kolleger herunder at hun rundede ned til nærmeste 15 minutter.

Faglig sekretær i HK/Privat F har forklaret, at hun har beskæftiget sig med tandlægeoverenskomsten i mange år. De har for nyligt fået forhandlet en bestemmelse ind i overenskomsten om merbetaling for merarbejde vedrørende deltidsansatte. Hun forstår overenskomsten på den måde, at der ved opgørelse af merarbejde skal regnes med "hele timer", ikke med "minutter" eller andre begrænsninger. De har dog fra HK's side administreret bestemmelsen på den måde, at der er regnet med halve påbegyndte timer. Det var de nu egentlig ikke forpligtet til efter overenskomstens ordlyd. Der har steds med Tandlægeforeningen været enighed om, at alle på overenskomsten skulle behandles lige uanset om de var fuldtidsansatte eller deltidsansatte. Det har der aldrig været tvist herom i de 16 år, hvor hun har beskæftiget sig med det. HK/Privat har altid vejledt medlemmerne i overensstemmelse hermed, og hun går ud fra, at Tandlægeforeningen har gjort det samme, siden der ikke er opstået nogen tvister.

Hun sendte den 28. december 2016 en kommenteret udgave af den gældende overenskomst med forslag til rent tekniske ændringer. Herunder var indsat tekstforslag om, at merarbejde skulle beregnes med halve timer, for det var jo det, de gjorde i det praktiske liv. Dette var alene udtryk for en tydeliggørelse og ajour-føring af overenskomstens tekst til "det virkelige liv". Der var ikke her tale om et overenskomstkrav fra arbejdstagersiden. Da den nuværende voldgiftssag opstod, gik det op for hende, at Tandlægeforeningen ikke delte hendes opfattelse. HK lod herefter spørgsmålet ligge. Hun mener, at kiropraktoroverenskomsten og fysioterapeutoverenskomsten er indgået med juridisk vejledning fra Tandlægeforeningen og derfor er udtryk for, hvad der gælder også under tandlægeoverenskomsten. Dette skyldes, at der jo steds har været enighed om, at ensartethed har været vigtigt ikke mindst for arbejdsgiverne.

Tandlæge D har forklaret, at hun har haft sin specialtandlæge klinik i 16 år. Hun har orienteret nyansatte om arbejdstiden, herunder om at arbejdstidssedler hang til daglig udfyldning i omklædningsrummet. Hun har fortalt dem om, at der her skulle regnes med effektiv arbejdstid. Medarbejderne skal ikke møde tidligere end aftalt eller forlade arbejdspladsen tidligere end aftalt. Hvis en medarbejder forlader arbejdspladsen tidligere eller bliver længere, skal der noteres, således at der rundes op med et kvarter. Instruksen om oprunding til et kvarter kom vel i 2008-2009 efter henstilling fra klinikkens regnskabsmedarbejder. Hun har aldrig instrueret medarbejderne i at runde ned. Hun husker ikke nogen tjenestelig samtale med klinikassistent G. Hun afstemte de udfyldte sedler med kalenderen måned for måned. Hun har aldrig hørt om utilfredshed med ordningen. Hun gik ud fra at regnskabsdamen, der arbejder i et eksternt revisionskontor, og som arbejder for andre tandlæger og læger, var bekendt med overenskomsten. Hun har ingen fuldtidsansatte klinikassistenter, men beskæftiger tre deltidsansatte. Hun er alene i klinikken. Hun ved ikke, hvorledes der er registreret, dersom en medarbejder er blevet to minutter over tiden.

Forhandlingschef i Tandlægeforeningen F har forklaret, at hun har været chef siden 1. juni 2010. Tandlægeforeningen har mange årlige konsultationer med sine medlemmer om overenskomstsspørgsmål. Spørgsmål om beregning af merarbejde for deltidsansatte har aldrig givet anledning til problemer.

7. Parternes argumentation

Klager har anført, at merarbejde for deltidsansatte i princippet skal opgøres som ”påbegyndte fulde timer”. Det er imidlertid overordnet synspunktet, at der er langvarig praksis for, at der beregnes merarbejde pr. påbegyndte halve timer. Dette harmonerer bedst med overenskomstens øvrige bestemmelser og med forhandlingsforløbet. Parternes praksis har i mange år været i overensstemmelse hermed. Ved fortolkningen er bestemmelserne om beregning af merarbejde i fysioterapeut- og kiropraktoroverenskomsterne retningsgivende.

Indklagede har bestridt, at der med overenskomsten er indgået aftale mellem HK og Tandlægeforeningen om, at deltidsansattes merarbejde skal opgøres i mindst hele eller halve timer. Dette fremgår ikke af ordlyden i bestemmelsen i overenskomstens § 12 og ej heller af bestemmelsens § 12, stk. 8. Overenskomsten må fortolkes i overensstemmelse med det grundlæggende princip i dansk arbejdsret om, at det er den effektive arbejdstid, der skal honoreres og præsteres med henblik

på at få ret til et aftalt vederlag. Udtrykkelige beregningsregler i andre overenskomster er uden betydning.

8. Opmandens begrundelse og resultat

Der er ikke nogen almindelig forpligtelse til at afregne merarbejdsbetaling med mindst hele eller halve timer, medmindre særlig hjemmel hertil foreligger, f.eks. i form af overenskomstbestemmelser eller kutyme. Bestemmelsen i klinikassistent-overenskomstens § 12, stk. 8, må mest naturligt forstås som en regel, der fastlægger "satsen" og ikke som en teknisk/skematisk beregningsregel for det medgåede timeforbrug. Overenskomstens § 12 og § 7 kan ikke føre til, at der for deltidsansatte skulle anvendes en timeberegningsregel på hele eller halve timer. Ej heller kan en eventuel sammenhæng med kiropraktor-overenskomsten og fysioterapeut-overenskomsten føre til dette resultat. Der er ikke grundlag for at fastslå en kutyme for teknisk at regne med hele eller halve timer ved merarbejdsopgørelsen i branchen eller dog i tandlæge D's klinik. På denne baggrund, og da indklagede havde taget bekræftende til genmæle over for klagerens mere subsidiære påstand om, at merarbejdet skal honoreres i forhold til den rent faktisk ydede tid tager jeg klagerens mere subsidiære påstand til følge.

Thi bestemmes:

Den indklagede virksomhed skal anerkende, at merarbejde skal honoreres i forhold til den faktisk ydede tid, men frifindes i øvrigt.

Hver part skal bære egne sagsomkostninger og betale halvdelen af opmandens honorar.

København, den 14. maj 2018.

Jon Stokholm