

Klinikassistent, der var på barsel, blev sagligt afskediget pga. arbejdsmangel, og afskedigelsen var endvidere ikke i strid med ligebehandlingsloven eller virksomhedsoverdragelsesloven

Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 3. marts 2014

Sag 20130139

HK Privat

for

A

mod

Tandlægerne D og E

Afsagt af opmand:

Poul Søgaard

Sagen blev mundtligt forhandlet den 23. januar 2014 med højesteretsdommer Poul Søgaard som nævnensformand og opmand.

Der blev afgivet forklaring af klinikassistent A, tandlæge D, tandlæge E samt tandlæge F.

Klager har principalt nedlagt påstand om, at indklagede tilpligtes at betale en godtgørelse i henhold til ligebehandlingslovens § 16, stk. 2, jf. § 9, og subsidiært en godtgørelse i henhold til Hovedaftalen mellem Tandlægeforeningen og HK Privat, § 6, stk. 2.

De indklagede, tandlæge D og tandlæge E, har begge principalt nedlagt påstand om frifindelse. Subsidiært har de nedlagt påstand om frifindelse mod sædvanlig betalingsmodifikation.

Sagsfremstilling

Sagen angår afskedigelse af klinikassistent A. A havde tidligere været elev på tandlægeklinikken, som da blev drevet af tandlægerne D og G. Hun blev herefter ansat som klinikassistent, men opsagde imidlertid selv sin stilling i februar 2005. A blev på ny ansat den 27. marts 2006, og hun blev, mens hun var på barselorlov, opsagt den 30. oktober 2012 til fratræden den 31. marts 2013.

Pr. 1. februar 2012 var tandlæge E indtrådt som interessent i tandlægeklinikken i stedet for G. I august måned 2012 opsagde D interessentskabsaftalen med E med virkning fra den 1. marts 2013. Som konsekvens heraf skulle D fraflytte klinikken og medtage ca. halvdelen af patienterne. På tidspunktet for opsigelsen af interessentskabet var der ansat fire klinikassistenter. To af klinikassistenterne, A og B, var på dette tidspunkt på barselorlov. Opsigelsen af A blev begrundet med, at der efter en samlet vurdering af arbejdsbehovet og de af ophøret af klinikfællesskabet afledte strukturelle ændringer ikke længere var basis for at opretholde hendes stilling.

Klager har gjort gældende, at afskedigelsen af A, mens hun var på barselorlov, var i strid med ligebehandlingslovens § 9. De indklagede har ikke løftet deres bevisbyrde efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. A har derfor krav på en godtgørelse, jf. lovens § 16, stk. 2. Klager har endvidere gjort gældende, at der ikke var tale om arbejdsmangel, men om opdeling af et interessentskab, hvorfor der var sket et arbejdsgiverskifte. Efter den 1. marts 2013 drev begge tandlæger hver sin del af klinikken videre i eget regi, idet patienterne også var blevet delt mellem dem. Opdelingen var derfor omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, og afskedigelse på grund af virksomhedsoverdragelse kan ikke anses for rimeligt begrundet i virksomhedens forhold. Afskedigelsen var dermed usaglig og kunne ikke begrundes med undtagelsesbestemmelserne i virksomhedsoverdragelseslovens § 3, stk. 1. Som følge heraf var afskedigelsen også usaglig efter § 6, stk. 2, i Hovedaftalen mellem Tandlægeforeningen og HK Privat, jf. Hovedaftalen mellem LO og DA, § 4, stk. 3.

De indklagede har gjort gældende, at afskedigelsen ikke var i strid med ligebehandlingsloven, idet As barselorlov ikke havde betydning for valget af hende, og har i øvrigt henvist til, at B, som klinikken valgte ikke at afskedige, også var på barselorlov samtidig med A. De indklagede har desuden gjort gældende, at opløsningen af interessentskabet ikke var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, men såfremt den var, så var afskedigelsen begrundet i økonomiske og organisatoriske årsager, jf. lovens § 3, stk. 1. Endelig har de indklagede gjort gældende, at det i en arbejdsmangelsituation tilkommer arbejdsgiveren, ud fra saglige hensyn, at vurdere, hvem denne bedst kan undvære. De indklagede valgte at afskedige to ud af fire klinikassistenter. A havde primært arbejdet med administrativt arbejde og i mindre grad ved stolen, hvorfor hun var én af de to, som bedst kunne undværes. C og B, de to tilbageblevne klinikassistenter, blev ikke afskediget, idet C både arbejdede ved stolen og varetog bogholderiet, og B havde stor erfaring ved stolen. Afskedigelsen af A var således saglig og ikke i strid med § 6, stk. 2, i Hovedaftalen mellem Tandlægeforeningen og HK Privat, jf. Hovedaftalen mellem LO og DA, § 4, stk. 3. Der har ikke mellem de af organisationerne udpegede medlemmer af Afskedigelsesnævnet kunnet opnås flertal for en afgørelse af sagen, og afgørelsen træffes derfor af Nævnets formand som opmand. Parterne erklærede sig enige i, at sagen kan afgøres – uden kendelse – i overensstemmelse med opmandens tilkendegivelse.

OPMANDEN UDTALTE

Efter opsigelsen af interessentskabet mellem tandlægerne D og E stod det klart, at E ville videreføre tandlægeklinikken alene og beholde ca. halvdelen af klinikens patienter. Det lægges til grund, at klinikken derefter alene kunne beskæftige to af de daværende fire klinikassistenter. Det var – også ved afskedigelsen af A – uafklaret, om D ville fortsætte som tandlæge, eller om han ville stoppe og

forsøge at sælge den goodwill, der var knyttet til den halvdel af patienterne, som han medtog fra interessentskabet. Blot stod det klart, at han ikke ønskede at drive tandlægevirksomhed fra egen klinik.

På den baggrund må det lægges til grund, at det ved opsigelsen af **A** og yderligere en klinikassistent kunne forudses, at der ved interessentskabets ophør ville opstå arbejdsmangel, som nødvendiggjorde opsigelse af to af de fire klinikassistenter. I en sådan situation tilkommer det arbejdsgiveren ud fra saglige kriterier at afgøre, hvem man bedst kan undvære.

I den foreliggende sag skal der først tages stilling til, om afskedigelsen af **A** var i strid med ligebehandlingsloven. Da behovet for afskedigelser opstod, beskæftigede klinikken fire klinikassistenter, hvoraf to var på barselsorlov. Af de to, der ikke var på barselsorlov, varetog den ene bogholderifunktionen, og det kan ikke kritiseres, at klinikken anså hende som den, der dårligst kunne undværes, og derfor valgte at beholde hende. Valget af, hvilke to der skulle afskediges, stod således mellem de øvrige tre klinikassistenter. Klinikken valgte – efter en vurdering af de pågældendes kvalifikationer set i forhold til det fremtidige behov – at beholde den ene af de to på barselsorlov og dermed afskedige en klinikassistent, som da var i arbejde, og **A**. Efter bevisførelsen findes det på den baggrund godtgjort, at afskedigelsen af **A** hverken helt eller delvis var begrundet i, at hun var på barselsorlov.

I opsigelsesperioden indgik **D** aftale med Tandlægerne Toft om leje af klinikfaciliteter, herunder klinikassistentbistand, i deres tandlægeklinik, hvorfra han ved ophøret af interessentskabet med **E** kunne videreføre sin tandlægevirksomhed. Han har ikke egne ansatte og har ikke indflydelse på klinikkens drift, herunder ansættelse af klinikassistenter og andet personale. Den omstændighed, at Tandlægerne Toft i januar 2013 søgte en klinikassistent og ansatte den ene af de klinikassistenter, som **D** og **E** havde afskediget, er uden betydning for vurderingen af sagligheden af afskedigelsen af **A**. Dels ville stillingen efter **F**s forklaring på grund af anden personaleudskiftning være opslået uanset aftalen med **D**, dels kunne behovet for dette stillingsopslag ikke forudses, da **A** blev afskediget. Dertil kommer, at **D** som nævnt var uden indflydelse på, hvem der skulle ansættes i stillingen, som **A** i øvrigt ikke søgte.

Uanset om opsplitningen af **D** og **Es** tandlægevirksomhed måtte kunne anses for omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, var afskedigelsen af **A** ikke usaglig, da den var begrundet i økonomiske og organisatoriske årsager, jf. herved lovens § 3, stk. 1.

Af det anførte følger tillige, at afskedigelsen af **A** heller ikke var i strid med § 6, stk. 2, i Hovedaftalen mellem Tandlægeforeningen og HK Privat, jf. Hovedaftalen mellem LO og DA, § 4, stk. 3.

De indklagedes frifindelsespåstand tages dermed til følge. Klager skal betale opmandens honorar.