

Sagligt at opsige medarbejder idet der ikke var udsigt til genoptagelse af arbejdet

Afskedigelsesnævnets tilkendegivelse af 11. oktober 2016

Sag 20160035

HK/Privat

for

A

mod

Tandlægeforeningen

for

Tandlægeselskabet B ApS

Afsagt af opmand:

Poul Dahl Jensen

Sagen blev mundtligt forhandlet den 15. september 2016 kl. 14:30 med højesteretsdommer Poul Dahl Jensen som nævnsformand og opmand.

Der blev afgivet forklaring af klinikassistent A og af tandlæge B.

Klager har nedlagt påstand om, at den indklagede virksomhed skal efterbetale kr. 172.352,88 i løntilgodehavende med tillæg af sædvanlig procesrente fra beløbenes forfaldstid samt en godtgørelse for usaglig afskedigelse.

Indklagede har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Over for indklagedes påstand om afvisning har klager påstået sagen fremmet ved Afskedigelsesnævnet.

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.

Sagsfremstilling

A blev den 12. august 2002 ansat som klinikassistent på tandlægeklinikken beliggende Torvestrædet 2 i Vig. Klinikken blev senere virksomhedsoverdraget til indklagede den 1. januar 2014. A forblev ansat i klinikken og bevarede i den forbindelse sin anciennitet. Den 1. juni 2015 sygemeldte A sig. Indklagede anmodede flere gange om dokumentation for sygdommen, hvilket A fremsendte.

Af frihåndssattest dateret 29. juni 2015 fremgår, at det forventes, at der er behov for sygemelding i 4-6 uger. Af frihåndssattest dateret 10. august 2015 fremgår, at A fortsat har behov for at være sygemeldt, og at tidshorizonten er uvis. Ved en tilføjelse af 7. september 2015 er det anført, at der vurderes behov for sygemelding fortsat foreløbig ca. 1-2 uger. Af frihåndssattest dateret 16. september 2015 fremgår, at A forventes foreløbig fortsat at være sygemeldt i ca. 4 uger.

Parterne udfyldte også en mulighedserklæring dateret 29. juni 2015, hvoraf det fremgår, at klinikken foreslog, at A til en start skulle gå "ned i tid ca. 3 timer om dagen". Det fremgår videre af erklæringen, at A var enig i at gå ned i arbejdstid. Arbejde på nedsat tid blev dog aldrig iværksat grundet hendes sygdom.

Holbæk Kommune fik endvidere udarbejdet en helbredsattest. I helbredsattesten af 10. september 2015 anførte lægen bl.a.:

"Jeg mener ikke, det er realistisk, athun under nogen omstændigheder kan komme tilbage til nuværende arbejdsplads.

Med hensyn til tidsperspektivet er mit foreløbige skøn, at hun vil kunne varetage andet job om ca. 2-4 uger."

Ved brev af 16. september 2015 blev den indklagede virksomhed partshørt af Holbæk Kommune i forbindelse med påtænkt ophør af sygedagpengerefusion vedrørende A.

Ved brev af 28. september 2015 modtog indklagede virksomhed Holbæk kommunes afgørelse om ophør af udbetaling af sygedagpengerefusion, idet A blev erklæret "*fuldt arbejdsdygtig ud fra en bredere vurdering af arbejdsevnen*". I afgørelsen er anført bl.a.:

"Der er i afgørelsen lagt særlig vægt på, at A ud fra de lægelige oplysninger vil kunne varetage et job hos en anden arbejdsgiver på en anden arbejdsplads."

Samme dag (den 28. september 2015) sendte B til A et brev, hvori var anført bl.a.:

"Kommunen har oplyst mig om, at de agter at stoppe sygedagpengerefusion fra d. 1. oktober 2015, idet du ikke længere vurderes at være uarbejdsdygtig på grund af egen sygdom.

Dette strider imod lægeerklæring af den 16. september 2015, hvoraf det fremgår, at du fortsat er fuldtidssygemeldt i ca. 4 uger fra den 16. september.

Hvis det er korrekt, at du ikke er uarbejdsdygtig, skal du møde på arbejdspladsen torsdag d. 1. oktober 2015 til arbejdstids begyndelse, idet du ellers har ulovligt forfald. Såfremt du fortsat er sygemeldt, skal jeg anmode om, at du oplyser kommunen at du fortsat er sygemeldt og aktivt medvirker til, at jeg kan modtage refusion under dit sygefravær.

Opfylder du ikke dine forpligtelser overfor mig og kommunen, kan det få ansættelsesretlige konsekvenser.

Som vi drøftede til mulighedssamtalen i juni måned, var du indstillet på at starte op på deltid. Dette er jeg fortsat interesseret i. Jeg vil derfor gerne drøfte mulighederne for at du kan komme tilbage på arbejdspladsen. Vi kan drøfte det på klinikken eller telefonisk, snarest eller den 30. september 2015."

A besvarede brevet samme dag pr. mail:

"Vedrørende brev fra dig, modtaget d.d. vil jeg henvise til brev fra Jobcenteret af 28.9.15. Efter samtale med HK, sendes denne mail, for at informere om, at jeg stadig er sygemeldt i forhold til arbejdspladsen.

Læge og kommune har i samarbejde med mig, vurderet, at det ikke er muligt for mig, at vende tilbage til arbejdspladsen, men at jeg kan varetage et andet job et andet sted. Du skulle have modtaget et brev fra Jobcenteret angående ovennævnte. Dette gør, at min sygemelding overfor Tandlægehuset stadig er gældende, og derfor er det ikke muligt for mig, at møde på arbejdspladsen torsdag d. 1.10.15. ..."

Herefter meddelte B ved mail af 29. september 2015 følgende:

"Jeg er ked af at høre, at det ikke er muligt for dig at vende tilbage til arbejdspladsen, men at du kan arbejde et andet sted. Jeg ønsker dig derfor held og lykke fremadrettet.

Jeg bekræfter derfor hermed, at du har opsagt din stilling den 29. september 2015 med 1 måneds varsel, jf. kontrakten, til fratrædelse den 31. oktober 2015. Du oplyser, at du er sygemeldt i opsigelsesperioden.

Såfremt du har behov for en anbefaling, er du velkommen til at rette henvendelse."

HK overtog efterfølgende sagen og skrev følgende mail til Tandlægeforeningen den 1. oktober 2015:

"Vedr. vort medlem A, ansat ved Tandlægehuset, Torvestrædet 2, 4560 Vig

Vort ovenstående medlem har været sygemeldt ca. 4 måneder. Det er vurderet, at A nu vil kunne varetage et job hos en anden arbejdsgiver, men p.t. stadig er sygemeldt i forhold til Tandlægehuset.

Arbejdsgiver skriver den 28. september 2015 til A (brev er vedhæftet), at han forventer hun møder på arbejde den 1. oktober 2015, idet det ellers betragtes som ulovligt forfald. Brev fra Jobcenter til arbejdsgiver vedr. sygedagpengerefusion er dateret samme dato, så de har krydset hinanden.

A svarer arbejdsgiver på mail (mail er vedhæftet), at hun p.t. stadig er sygemeldt i forhold til arbejdspladsen og derfor ikke kan møde på arbejde den 1. oktober 2015.

Arbejdsgiver svarer retur (mail er vedhæftet), at han betragter det som at A har opsagt sin stilling med 1 måneds varsel.

Til dette skal vi på det kraftigste protestere.

A har under ingen omstændigheder opsagt sin stilling, men har blot orienteret arbejdsgiver om, at hun pt fortsat er sygemeldt i forhold til Tandlægehuset og derfor ikke møder på arbejde 1. oktober 2015.

Vi vil gerne bede jer tage kontakt til arbejdsgiver og forklare dette, således at det er klart for arbejdsgiver, at A ikke har opsagt sin stilling.

Såfremt arbejdsgiver har brug for yderligere erklæring fra læge, Skal A på anmodning gerne fremskaffe dette."

Tandlægeforeningen besvarede HK's mail den 5. oktober 2015. I Tandlægeforeningens svarmail hedder det bl.a.:

"Jeres medlem har på nuværende tidspunkt været sygemeldt hos mit medlem i 4 måneder. Kommunen har oplyst, at sygedagpengene stopper, idet jeres medlem sagtens kan varetage et andet arbejde. Mit medlem står tilbage og undrer sig over dette. Det fremgår af mulighedserklæringen, at dit medlem kan vende tilbage på arbejdspladsen med opstart på deltid.

Derudover fremgår det af dit medlems e-mail, at hun ikke kan vende tilbage på arbejdspladsen. Dette kan med rette af arbejdsgiver forstås som en opsigelse af ansættelsesforholdet, da hun samtidig oplyser, at der ingen problemer er i, at hun arbejder et andet sted."

Forklaringer

A har bl.a. forklaret, at hendes sygdom skyldtes stress. Det var ikke muligt for hende at starte på deltid hos klinikken, da hun var for syg til det. Kommunen og lægen vurderede i samarbejde med hende, at hun ikke kunne vende tilbage til sin arbejdsplads, men at hun kunne varetage et andet job et andet sted. Hun var overrasket over Bs brev af 28. september 2015, hvorfor hun straks kontaktede HK. De sagde, at hun skulle meddele B, at hun stadig var sygemeldt, hvilket hun gjorde. Da B efterfølgende skrev til hende, at hun nu havde sagt sit job op, lod hun HK overtage dialogen, så de kunne protestere.

B har bl.a. forklaret, at han overtog klinikken den 1. januar 2014. Der var en god stemning på klinikken, og han var glad for A. Under mulighedssamtalen blev de enige om en ordning, hvor A til at starte med skulle arbejde på deltid. Han regnede med, at A ville samarbejde omkring udmøntningen af det, de havde aftalt, og det kunne tilrettelægges således, at hun kunne arbejde på tidspunkter, der passede hende. Han forstod på kommunens afgørelse om ophør af sygedagpengerefusion, at A nu var rask. Sygedagpengerefusionen var blot en bagatel. Han måtte ansætte en vikar for at dække ind for A.

Opmandens tilkendegivelse:

Sagens første hovedspørgsmål er, om As ansættelsesforhold hos Tandlægeselskabet B ApS blev bragt til ophør ved, at hun selv sagde op, eller om ansættelsesforholdet må anses for ophørt som følge af en opsigelse fra selskabets side.

Tandlægeselskabet har gjort gældende, at As mail af 28. september 2015 må anses for at være en opsigelse, og at sagen må afvises fra Afskedigelsesnævnet, da der således ikke er tale om en afskedigelse, men om en egen opsigelse.

Opmanden finder, at mailen af 28. september 2015 fra A til B ikke kan forstås som en opsigelse. Det fremgår af indholdet af mailen, at der er tale om en fortsat sygemelding, jf. herved at det konkluderende i mailen er anført, at "Dette gør, at min sygemelding over for Tandlægehuset stadig er gældende".

Det var således ikke A, der sagde op. Ansættelsesforholdet blev i stedet bragt til ophør af B, da han den 29. september 2015 i en mail til A tilegnede sig hendes fortsatte sygemelding som en opsigelse.

A må herefter anses for opsagt af B den 29. september 2015.

Indklagedes afvisningspåstand tages derfor ikke til følge.

I en sådan situation, hvor A blev opsagt af tandlægeselskabet, havde hun efter sin anciennitet krav på et opsigelsesvarsel på 6 måneder og på at få løn i denne periode. Ud over den løn, som selskabet har betalt hende for oktober måned 2015, har hun således krav på at få løn for yderligere 5 måneder.

Klagers påstand om efterbetaling, der størrelsesmæssigt er anerkendt af indklagede, tages herefter til følge, således at Tandlægeselskabet B ApS skal efterbetale 172.352,88 kr. med procesrente fra beløbenes forfaldstid.

Sagens andet hovedspørgsmål er, om A har krav på godtgørelse for usaglig afskedigelse efter hovedaftalens § 4, stk. 3, litra e.

A havde på opsigelsestidspunktet den 29. september 2015 været sygemeldt siden den 1. juni 2015, dvs. i ca. 4 måneder. Det må lægges til grund, at der på opsigelsestidspunktet ikke var udsigt til, at hun på noget tidspunkt ville kunne vende tilbage til arbejdspladsen og genoptage arbejdet, heller ikke på nedsat tid. Under disse omstændigheder finder opmanden, at opsigelsen har været rimeligt begrundet i As langvarige og vedvarende sygefravær.

Indklagede frifindes derfor for påstanden om godtgørelse for usaglig afskedigelse.

HK Privat og Tandlægeforeningen skal hver betale halvdelen af opmandens honorar.