

OPMANDSKENDELSE

i

Faglig voldgift

(FV 2012.0102)

Foreningen af Speciallæger

som mandatar for



(advokat Arvid Andersen)

mod

Regionernes Lønnings- og Takstnævn

og

Region Hovedstaden

(advokat Morten Ulrich for begge)

Afsagt den 11. april 2014

1. Indledning

Sagen angår, om overlæge [REDACTED], der blev opsagt til fratræden den 30. april 2011, har krav på fratrædelsesgodtgørelse efter overenskomsten.

2. Sagens behandling

Sagen blev mundtlig forhandlet mandag den 3. februar 2014 for en faglig voldgiftsret med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: direktør Kasper Axel Nielsen og chefkonsulent Lisbeth Mølbach.

Udpeget af de indklagede: forhandlingsdirektør Signe Friberg Nielsen og chefrådgiver Ulla Fehrenkamp.

Som opmænd deltog et udvidet formandskab bestående af højesteretsdommerne Lene Pagter Kristensen, Jytte Scharling og Poul Dahl Jensen.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af [REDACTED], vicedirektør ved Hillerød Hospital Leif Panduro Jensen og tidligere direktør i Amtsrådsforeningen Benny Hansen.

Sagen blev fra klagers side procederet af advokat Arvid Andersen og fra de indklagedes side af advokat Morten Ulrich.

Da der efter forhandling og votering ikke kunne opnås enighed om eller flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten, træffes afgørelsen af opmændene. Parterne er enige om, at opmændenes afgørelse kan ske ved kendelse, der ikke indeholder en fuldstændig sagsfremstilling eller fuld gengivelse af forklaringerne og parternes procedurer.

Parternes hovedsynspunkter er indarbejdet i kendelsens afsnit 6, der indeholder opmændenes begrundelse og resultat.

3. Påstande

Klager, Foreningen af Speciallæger som mandatar for [REDACTED], har nedlagt påstand om, at Region Hovedstaden til overlæge [REDACTED] skal betale en fratrædelsesgodtgørelse i henhold til § 29, stk. 2, i overenskomsten mellem FAS og Regionernes Lønnings- og Takstnavn, svarende til 3 måneders løn med tillæg af procesrente fra den 30. april 2011.

Indklagede Region Hovedstaden har påstået frifindelse.

Oprindeligt havde klager nedlagt yderligere to påstande om, at Region Hovedstaden skulle betale en godtgørelse for aldersdiskrimination i henhold til forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, og om, at Regionernes Lønnings- og Takstnavn og Region Hovedstaden hver skulle pålægges at betale en bod. I forbindelse med den mundtlige forhandling blev disse to påstande frafaldet.

4. Overenskomstgrundlag

2008-overenskomstens § 29, stk. 2, er sålydende:

"Såfremt en overlæge, der har været uafbrudt beskæftiget som læge ved samme region/amt i 9 år eller herudover, opsiges, skal regionen ved overlægens fratræden udrede et beløb svarende til 3 måneders løn.

Fratrædelsesgodtgørelsen ydes dog ikke, såfremt overlægen ved fratræden oppebærer pension fra regionen eller folkepension."

Tidligere direktør i Amtsrådsforeningen Benny Hansen har under den mundtlige forhandling forklaret, at han deltog i overenskomstforhandlingerne i 1995, hvor bestemmelsen kom ind i overlægeoverenskomsten. Der var et ønske om at skabe incitament til at aftale overgang fra tjenestemandsansættelse til overenskomstansættelse. Foreningen af Speciallæger havde tilkende-

givet et ønske om at lægge sig tæt op af funktionærlovens opsigelsesregler, og på den baggrund formulerede Amtsrådsfor-
eningen den pågældende bestemmelse til erstatning for funktio-
nærlovens § 2 a. Formuleringen, der formentlig er inspireret
af den tilsvarende bestemmelse i overenskomsten for yngre læ-
ger, blev ikke drøftet specifikt under overenskomstforhandlin-
gerne.

5. Sagsfremstilling

Karriere- og ansættelsesforløb

[REDACTED] er født den 3. marts 1947. Af et fremlagt CV fremgår, at han tog lægevidenskabelig embedseksamen fra Køben-
havns Universitet i 1974. Han fik speciallægeanerkendelse i
kirurgi i 1984 og speciallægeanerkendelse i kirurgisk
gastroenterologi (mave/tarm) i 1990. Han blev dr. med. i 1989.
Om ansættelser fremgår, at han i perioden fra 1974 til 1982
havde ansættelse som reservelæge ved forskellige afdelinger på
Amtssygehuset i Glostrup og på Rigshospitalet. Fra 1983 til
1992 var han 1. reservelæge ved amtssygehusene i Hørsholm,
Glostrup og Herlev. Fra 1992 til 1994 var han administrerende
overlæge på Parenkymkirurgisk afdeling ved Centralsygehuset i
Esbjerg og fra 1994 til 1997 overlægevikar på organkirurgisk
afdeling ved Amtssygehuset i Roskilde. Den 1. september 1997
tiltrådte han en stilling som overlæge ved organkirurgisk af-
deling på Sygehuset Øresund i Helsingør (pr. 1. april 2011
overflyttet til Hillerød Hospital), hvor han blev opsagt med
fratræden den 30. april 2011.

Særligt om afskedigelsen pr. 30. april 2011

Ved brev af 28. oktober 2010 underskrevet af personalechef
Flemming Bøgelund-Kjær, HR-afdelingen ved Hillerød Hospital,
blev [REDACTED] efter forudgående høring opsagt fra
stillingen som overlæge ved Kirurgisk Afdeling med et varsel

på 6 måneder til fratræden pr. 30. april 2011. Det hedder i opsigelsesbrevet bl.a.:

"Det bemærkes, at vi ... ved en beklagelig fejl har oplyst om muligheden for at oppebære fratrædelsesgodtgørelse ved afsked. Dette er ikke tilfældet, da du ved din afsked har ret til at oppebære pension fra regionen, jf. overenskomstens § 29, stk. 2, sidste punktum.

...

Afskedigelsen er begrundet i gennemførelsen af personalereduktioner som følge af vedtagne budgetbesparelser for 2011 for Hillerød Hospital, Kirurgisk Afdeling.

Der vedlægges kopi af dette brev til eventuel udlevering til din faglige organisation, hvis du ønsker at inddrage dem. Vi har derudover vedlagt information om Region Hovedstadens Tryghedsordning, der bl.a. indeholder en vejledning i muligheden for at søge på jobbørsen hjemmefra via intranettet."

I det nævnte informationsmateriale om Tryghedsordningen er om den interne jobbørs bl.a. anført følgende:

"Jobbørsen viser alle regionens aktuelle interne stillingsopslag omfattet af ansættelsesstoppet. Stillingerne er slået op i 10 dage. Omfattede medarbejdere kan tilmelde sig en jobagent, som sender en mail, så snart et job indenfor en valgt stillingskategori og evt. geografi opslås. Find jobbørsen på Regi under menuen Job.

Normal rekrutteringsproces

Medarbejderen søger selv de ønskede stillinger og kvalificerede ansøgere indkaldes herefter til en jobsamtale. Hvis ansøgerne ikke har de efterspurgte kompetencer, kan stillingen slås op på normal vis."

I en mail af 2. november 2010 til Flemming Bøgelund-Kjær anførte [redacted]s faglige organisation, Foreningen af Speciallæger, oplysningen i opsigelsesbrevet om, at [redacted] ikke var berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, og foreningen bad om, at det blev korrigeret.

Der var efterfølgende korrespondance om spørgsmålet om [redacted]s ret til fratrædelsesgodtgørelse, uden at enighed kunne opnås.

Særligt om [redacted]s jobsøgningsaktiviteter

[redacted] har til brug for sagen udarbejdet en redegørelse af 10. november 2011 for sine jobsøgningsaktiviteter.

Redegørelsen er sålydende:

"Redegørelse vedr. jobsøgning

Siden min afsked som overlæge i Region Hovedstaden har jeg haft følgende jobsøgningsaktiviteter:

- I april 2011 ringede jeg til daværende vicedirektør Anders Kyst i Hillerød, for at forhøre mig om muligheder for konsulenttydelser til direktionen i Hillerød mht. fx planlægning af det kirurgiske område. Her var svaret negativt.
- I begyndelsen af maj 2011 kontaktede jeg telefonisk overlæge Poul Juul på HAMLET Privathospital, fordi Poul Juul kender min kompetenceprofil. Poul Juul havde netop måttet sige farvel til to kirurger pga. nedgang i aktiviteterne på Hamlet. Han ville vende tilbage til mig, hvis der åbnede sig en mulighed.
- Medio maj 2011 ringede jeg til overlæge Per Jess på Roskilde Sygehus. Vi arbejdede sammen, da Per Jess var på Hillerød Sygehus. Da en af mine spidskompetencer er ERCP (endoskopisk behandling i de dybe galdeveje), hvilket ikke må udføres i "privat" regi, forhørte jeg mig om der eventuelt var et ledigt job på fuld tid eller mulighed for konsulenttjeneste. Det var der ikke umiddelbart.
- Ved Kirurgisk Selskabs årsmøde den 8. eller 9. juni d.å. kontaktede jeg overlæge Lars Bo Svendsen på afd. C, Rigshospitalet vedr. mulighederne for stilling eller konsulenttjeneste her. Her var der ligeledes ikke aktuelle muligheder.
- Medio juni 2011 kontaktede jeg Sundhedsstyrelsen ved overlæge Henning Beck for at forhøre mig om muligheden for lægelige konsulenttydelser fx til planlægningsenheden. Her blev det oplyst, at man netop havde ansat en anden overlæge i en tilsvarende funktion. Henning Bech lovede at holde øje med eventuelle muligheder og han informerede HR afdelingen i SST om min interesse for at søge ansættelse som lægefaglig konsulent.
- Jeg har herudover i maj og juni forhørt mig telefonisk og mundtligt om at arbejde i speciallæge praksis hos: Dennis Raahave, Ib Krogh Pedersen, Ulf Sigild, Torben Larsen og hos Henrik Møller.
- Praktiserende speciallæge Henrik Møller, som jeg tidligere har arbejdet med som overlæge i Helsingør, har tilbudt mig vikar arbejde i sin speciallægepraksis, men for-

udsat, at mine kompetencer bliver up-to-date indenfor de særlige fagområder, han kan tilbyde beskæftigelse i. Jeg var den 17. maj til samtale og rundvisning på klinikken. Han ville meget gerne ansætte mig bredt - men da regionerne har lagt loft over praksisindtjening i 2011 (samme omsætning som i 2010) er muligheden alene job indenfor varicekirurgi og sterilisation af mænd, da dette ikke er berørt af indtjeningsloftet. Jeg har i min "uddannelse" beskæftiget mig en del med karkirurgi både på RH og på Hørsholm Sygehus i 1980-erne, hvor jeg også foretog en hel del varicekirurgi. Det er imidlertid noget tid siden, at jeg har foretaget disse indgreb, eller fulgt med i udviklingen på feltet. Med henblik på faglig ajourføring har jeg i maj, juni og juli haft en længere dialog pr. mail med overlæge Niels Bækgaard (som jeg ligeledes tidligere har arbejdet sammen med) om mulighederne for oplæring på hans afdeling. I første omgang er det strandet på manglende muligheder i sommerperioden og herefter. Jeg arbejder stadig på denne mulighed og forventer stadig at jeg kommer i gang med det.

- Jeg har i øvrigt i maj haft en samtale med en sagsbehandler i Ishøj Kommune vedr. deres mulighed for at hjælpe mig til et job. Jeg fik det indtryk, at de ikke ville kunne hjælpe mig med at finde relevant beskæftigelse med mine kompetencer.

Min jobsøgningsaktivitet er således rettet mod enten kliniske opgaver på hospitalslignende klinikker, eller mod lægelig rådgivning i relation til planlægning indenfor området. Dette skyldes min særlige speciallægekompentence, der baserer sig på følgende.

Jeg er speciallæge i kirurgi og kirurgisk gastroenterologi, og har beskæftiget mig med alle former for parenkym kirurgi, men i de seneste mange år specielt øvre gastroenterologi. I min tid på Helsingør kirurgisk afdeling har jeg foretaget et stort antal ERCP-er, hvilket jeg er meget rutineret i. Jeg har lært mange kolleger op i denne disciplin. Det gælder også åben og laparoskopisk galdevejskirurgi. Jeg indførte som den første laparoskopisk lyskebrok operationer på afdelingen i Helsingør og har lært alle dem op, som nu udfører operationerne i Hillerød. Ud over den kirurgiske aktivitet stod jeg også for afdelingens Oesophagus-laboratorie hvor man undersøger og behandler for reflux-sygdom (GERD) og det fremgår af mine lønsedler at jeg fik et særligt tillæg for dette.

Min funktion på hospitalet har således været ret højt specialiseret. ERCP må ikke udføres i privat regi. De laparosko-

piske operationer kræver anæstesi og kan derfor kun udføres privat på hospitalslignende klinikker.

Det skal i øvrigt bemærkes, at jeg fortsat søger job og fortsat har kontakt ikke mindst med Henrik Møller, som i øvrigt har meddelt, at jeg vil være på tale som vikar i hans praksis."

Indklagede har under sagen bl.a. fremlagt en række opslag fra 2011 om ledige overlægestillinger inden for kirurgi på offentlige sygehuse, som [REDACTED] ikke ansøgte.

[REDACTED] har herom forklaret bl.a., at han i nogle perioder op til sin afsked havde været delvis sygemeldt på grund af stress, og hans hustru var alvorligt syg. Da han blev afskediget, ønskede han at forblive på arbejdsmarkedet, men han forestillede sig ikke et fuldtidsjob. Han gik primært efter et deltidsjob i det private, således som hans skriftlige redegørelse viser. Han tilmeldte sig ikke jobbørsen under Tryghedsordningen, fordi han var vred over afskedigelsen og ikke følte, at han skulle have hjælp fra regionens tryghedsordning. Han var endvidere af Overlægeforeningen blevet anbefalet at søge via sit netværk.

Om de enkelte stillingsopslag fra 2011, som indklagede har fremlagt, har [REDACTED] særligt anført følgende om baggrunden for, at han ikke søgte de pågældende stillinger:

Stillingsopslag om overlæge til Kirurgisk Afdeling, Køge Sygehus, ansøgningsfrist 21.01.2011: I januar 2011 arbejdede han kun på halv tid på grund af sygdom. Det var i øvrigt tvivlsomt, om han ville være kvalificeret.

Stillingsopslag om overlæge i specialet kirurgi på Bornholms Hospital, ansøgningsfrist 10.02.2011: På det tidspunkt var han fortsat halvtidssygemeldt, og på Bornholm skal man også kunne ortopæd-kirurgi.

Stillingsopslag om overlæge på Kirurgisk Afdeling K, Bispebjerg Hospital, ansøgningsfrist 28.04.2011: Denne stilling angik nedre tarmkirurgi og ikke øvre tarmkirurgi, som er hans speciale.

Stillingsopslag om overlæge til Øvre Gastrosektion, Gastroenterologisk Afdeling på Aalborg Sygehus, ansøgningsfrist 02.05.2011: Dette opslag havde han ikke set. Han ville i øvrigt være ked af at pendle til Aalborg. Det kunne måske lade sig gøre, hvis det var en stilling på deltid, men det var en fuldtidsstilling.

Stillingsopslag om overlæge/afdelingslæge Medicinsk- eller Kirurgisk Gastroenterologi på Aalborg Sygehus, ansøgningsfrist 02.05.2011: Der ville være det samme geografiske problem med denne stilling som med den forannævnte.

Stillingsopslag om overlæge i specialet kirurgi på Bornholms Hospital, ansøgningsfrist 10.10.2011: Som nævnt ved det tidligere opslag vedrørende en stilling som overlæge i kirurgi på Bornholm skal man kunne mere end blød kirurgi.

Stillingsopslag om overlæge til kirurgisk afdeling, Roskilde og Køge Sygehus, ansøgningsfrist 29.11.2011.: Stillingen var øremærket til en bestemt person.

Stillingsopslag om overlæge til Kirurgisk Afdeling, Roskilde og Køge Sygehus, ansøgningsfrist 16.12.2011: Med opslaget søgtes en yngre person, idet der var tale om en stilling med deltagelse i bagvagten og overnatning på sygehuset.

Pensionsforhold

Det er oplyst, at [REDACTED] blev optaget som medlem af Lægernes Pensionskasse den 1. juli 1974. Efter pensionsregulativet kan hævning af alderspension påbegyndes på ethvert tidspunkt efter det fyldte 60. år til den første i en måned.

Den 26. juli 2011 anmodede [REDACTED] pensionskassen om at få udbetalt alderspension fra den 1. september 2011. [REDACTED] har herom forklaret, at han så sig nødsaget til at få udbetalt pensionen for at have en indkomst at leve for.

Af en "Pensionsinfo" udskrevet af pensionskassen den 3. december 2012 fremgår, at [REDACTED] fra pensionskassen årligt får udbetalt ca. 310.000 kr. i alderspension.

6. Opmændenes begrundelse og resultat

Indledning

Twisten angår, om overlæge [REDACTED], der blev opsagt til fratræden den 30. april 2011, har krav på fratrædelsesgodtgørelse efter overenskomsten.

Efter 2008-overenskomstens § 29, stk. 2, har en overlæge under visse betingelser krav på en fratrædelsesgodtgørelse, hvis den pågældende bliver opsagt. Bestemmelsen er sålydende:

"Såfremt en overlæge, der har været uafbrudt beskæftiget som læge ved samme region/amt i 9 år eller herudover, opsiges, skal regionen ved overlægens fratræden udrede et beløb svarende til 3 måneders løn.

Fratrædelsesgodtgørelsen ydes dog ikke, såfremt overlægen ved fratræden oppebærer pension fra regionen eller folkepension."

[REDACTED] opfylder betingelserne i § 29, stk. 2, 1. pkt., for at få fratrædelsesgodtgørelse. Uenigheden mellem parterne angår forståelsen og rækkevidden af undtagelsen i bestemmelsens 2. pkt.

Klagers principale anbringende

Til støtte for, at [REDACTED] er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, har klager principalt gjort gældende, at overenskomstens § 29, stk. 2, skal fortolkes således, at retten til fratrædelsesgodtgørelse alene bortfalder, såfremt den opsagte overlæge konkret vælger at aktivere sin arbejdsgiverbetalte pensionsordning umiddelbart ved fratræden.

Indklagede har heroverfor gjort gældende, at bestemmelsen ligesom funktionærlovens § 2 a, stk. 3, skal forstås på den måde, at retten til fratrædelsesgodtgørelse bortfalder, såfremt den opsagte på fratrædelsestidspunktet er berettiget til at oppebære arbejdsgiverbetalt alderspension.

Opmændene skal om dette spørgsmål bemærke følgende:

Bestemmelsen i overenskomstens § 29, stk. 2, stammer fra 1995 og må antages at bygge på funktionærlovens bestemmelse om fratrædelsesgodtgørelse i § 2 a.

I 1995 var funktionærlovens § 2 a, stk. 1 og 2, sålydende:

"§ 2 a. Såfremt en funktionær, der har været uafbrudt beskæftiget i samme virksomhed i 12, 15 eller 18 år, opsiges, skal arbejdsgiveren ved funktionærens fratræden udrede et beløb svarende til henholdsvis 1, 2 eller 3 måneders løn.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt funktionæren ved fratrædelsen vil oppebære pension fra arbejdsgiveren eller folkepension."

Overenskomstbestemmelsen giver den afskedigede en bedre retsstilling end funktionærloven, idet den for det første kun kræver 9 års sammenhængende anciennitet som betingelse for fratrædelsesgodtgørelse, og for det andet udgør størrelsen af fratrædelsesgodtgørelsen altid 3 måneders løn.

Herudover svarer ordlyden af overenskomstbestemmelsen på et andet punkt ikke helt til ordlyden af funktionærlovens dagældende § 2 a, stk. 2 (i dag § 2 a, stk. 2 og 3).

Ifølge overenskomstbestemmelsen ydes fratrædelsesgodtgørelsen ikke, hvis overlægen ved fratræden "oppebærer" pension fra regionen eller folkepension.

Efter funktionærloven bortfalder retten til fratrædelsesgodtgørelse, hvis funktionæren ved fratrædelsen "vil oppebære" alderspension fra arbejdsgiveren eller folkepension. Dette forstås i praksis på den måde, at en afskediget funktionær ikke har krav på fratrædelsesgodtgørelse, hvis funktionæren ved sin fratræden er berettiget til at oppebære arbejdsgiverbetalt alderspension eller folkepension, og dette gælder også i tilfælde af, at funktionæren vælger ikke at udnytte denne ret ved sin fratræden, jf. bl.a. U 2008.1892 H. Som begrundelse for denne forståelse er i U 1973.898 H, der vedrørte folkepension, anført, at "en ordning, hvorefter en funktionær skulle kunne erklære ikke at ville oppebære folkepension og derved opnå ret til godtgørelse efter stk. 1 samt på et selvvalgt senere tidspunkt gøre sin ret til folkepension aktuel, kan ikke antages tilsigtet med bestemmelsen."

Den nævnte forskel i formuleringen rejser spørgsmål om, hvorvidt overenskomstbestemmelsen må forstås således, at den også på dette punkt giver den afskedigede en bedre retsstilling end funktionærloven.

Der er ikke i det oplyste om forhandlingsforløbet i 1995 i forbindelse med tilblivelsen af overenskomstbestemmelsen om fratrædelsesgodtgørelse holdepunkter for at antage, at der med udtrykket "oppebærer" er tilsigtet en anden retsstilling end

den, der i retspraksis er fastlagt på grundlag af udtrykket "vil oppebære" i funktionærloven.

[REDACTED] var ved sin fratræden berettiget til arbejdsgiverbetalt alderspension, og det forhold, at han valgte ikke at aktivere pensionen umiddelbart ved sin fratræden, fører således ikke i sig selv til, at han har bevaret retten til fratrædelsesgodtgørelse.

Klagers subsidiære anbringende

Klager har subsidiært gjort gældende, at overenskomstens § 29, stk. 2, som minimum skal fortolkes i overensstemmelse med den til enhver tid gældende udformning af funktionærlovens § 2 a. Overenskomstens § 29, stk. 2, 2. pkt., skal derfor fortolkes i overensstemmelse med den nugældende bestemmelse i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, således at det alene er en pensionsordning, som overlægen er indtrådt i før det fyldte 50. år, der kan medføre bortfald af retten til fratrædelsesgodtgørelse. Det gøres gældende, at denne betingelse ikke er opfyldt for [REDACTED]s vedkommende, idet han blev ansat i stillingen som overlæge ved Kirurgisk afdeling på Sygehuset Øresund i Helsingør den 1. september 1997 og dermed ca. et halvt år efter, at han var fyldt 50 år.

Indklagede har heroverfor gjort gældende, at betingelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, om, at det kun er pensionsordninger, som den pågældende er indtrådt i inden det fyldte 50. år, der afskærer retten til fratrædelsesgodtgørelse, ikke kan indfortolkes i overenskomstens § 29, stk. 2, 2 pkt. Og selv om denne betingelse indfortolkes, vil det alligevel ikke give [REDACTED] ret til fratrædelsesgodtgørelse. Han blev optaget som medlem af Lægernes Pensionskasse den 1. juli 1974 og var således indtrådt i pensionsordningen, længe før han fyldte 50 år.

Opmændene skal vedrørende klagers subsidiære anbringende anføre følgende:

Betingelsen i funktionærlovens § 2 a, stk. 3, om, at retten til fratrædelsesgodtgørelse kun bortfalder, hvis funktionæren er indtrådt i den arbejdsgiverbetalte alderspensionsordning før det fyldte 50. år, blev indsat ved lov nr. 287 af 24. april 1996 om ændring af funktionærloven. Ændringen havde baggrund i, at den hidtidige bestemmelse i retspraksis var blevet forstået således, at selv ganske små pensionsydelse fra arbejdsgiveren førte til bortfald af fratrædelsesgodtgørelsen.

Ved ændringsloven i 1996 blev samtidig indsat en bestemmelse i § 2 a, stk. 4, hvorefter bestemmelsen i stk. 3 ikke finder anvendelse, hvis der den 1. juli 1996 ved kollektiv overenskomst er taget stilling til spørgsmålet om nedsættelse eller bortfald af fratrædelsesgodtgørelsen som følge af alderspension fra arbejdsgiveren.

Som anført ovenfor blev bestemmelsen om fratrædelsesgodtgørelse optaget i overenskomsten i 1995. Den betingelse om tidspunktet for indtræden i pensionsordningen, der blev indsat i funktionærloven i 1996, er ikke efterfølgende blevet indarbejdet i formuleringen af overenskomstbestemmelsen.

På denne baggrund finder opmændene, at betingelsen i funktionærloven om, at den afskedigede skal være indtrådt i den arbejdsgiverbetalte alderspensionsordning inden det fyldte 50. år, ikke umiddelbart kan indfortolkes i overenskomstbestemmelsen.

Hertil kommer, at [redacted] er indtrådt i den pågældende pensionsordning i Lægernes Pensionskasse i 1974, og at

hans ret til arbejdsgiverbetalt alderspension angår et beløb på ca. 310.000 kr. om året. Selv om betingelsen fra funktionærlovens § 2 a, stk. 3, indfortolkes i overenskomstbestemmelsen, vil det på den baggrund efter opmændenes opfattelse alligevel ikke kunne føre til, at [REDACTED] bliver berettiget til fratrædelsesgodtgørelse.

Klagers mere subsidiære anbringende

Klager har mere subsidiært gjort gældende, at [REDACTED] ved sin fratræden valgte ikke at aktivere sin pensionsordning, idet han ønskede og fortsat ønsker at forblive erhvervsaktiv. Et bortfald af retten til fratrædelsesgodtgørelse vil i denne situation indebære en usaglig aldersdiskrimination, jf. EU-Domstolens dom af 12. oktober 2010 i sag C-499/08 (Ole Andersen-dommen).

Indklagede har gjort gældende, at klager ikke har dokumenteret, at [REDACTED] har haft til hensigt midlertidigt at give afkald på pensionen med henblik på at forfølge sin erhvervsmæssige karriere.

Opmændene skal vedrørende klagers mere subsidiære anbringende anføre følgende:

I Højesterets dom af 17. januar 2014 i sagerne 96/2013 m.fl. er bl.a. anført følgende:

"Funktionærlovens § 2 a, stk. 3, er efter fast retspraksis, jf. senest Højesterets dom i UfR 2008.1892, blevet forstået således, at en arbejdstager ikke er berettiget til fratrædelsesgodtgørelse, hvis han eller hun har ret til en alderspension som nævnt, uanset om arbejdstageren vælger midlertidigt at give afkald på pensionen med henblik på at forfølge en erhvervsmæssig karriere. Lovbestemmelsen er ikke blevet ændret efter Ole Andersen-dommen, men den kan som følge af dommen ikke anvendes af en offentlig arbejdsgiver i tilfælde, hvor arbejdstageren godtgør, at han eller hun har til hensigt mid-

lertidigt at give afkald på alderspension med henblik på at forfølge en erhvervsmæssig karriere."

Det anførte gælder tilsvarende for anvendelsen af overenskomstens bestemmelse om fratrædelsesgodtgørelse. Fratrædelsesgodtgørelse kan således ikke afskæres, hvis den afskedigede overlæge godtgør, at han eller hun har til hensigt midlertidigt at give afkald på alderspensionen med henblik på at forfølge sin erhvervsmæssige karriere. Afgørelsen heraf beror på en konkret bevismæssig vurdering.

[REDACTED] tilmeldte sig ikke den interne jobbørs i Region Hovedstadens Tryghedsordning, og efter bevisførelsen kan det lægges til grund, at han hverken i opsigelsesperioden eller i tiden efter sin fratreden indgav ansøgning på de stillingsopslag, der var om ledige overlægestillinger inden for hans kompetenceområde på offentlige sygehuse, hverken i Region Hovedstaden eller i andre regioner. I stedet sonderede han gennem sit netværk primært mulighederne for at få en stilling på deltid i det private. Da det ikke lykkedes at finde beskæftigelse på denne måde, indgav han den 26. juli 2011 anmodning til Lægernes Pensionskasse om udbetaling af alderspension med virkning fra den 1. september 2011.

Under disse omstændigheder, hvor der alene er udfoldet begrænsede og selektive jobsøgningsaktiviteter, inden alderspensionen blev aktiveret, findes [REDACTED] ikke at have udvist en sådan reel jobsøgningsaktivitet af rimeligt omfang, at der er grundlag for at anse det for godtgjort, at han har haft til hensigt at forfølge sin erhvervsmæssige karriere.

Konklusion

Region Hovedstadens påstand om frifindelse tages herefter til følge.

Thi bestemmes:


Region Hovedstaden frifindes.

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

København, den 11. april 2014


Jytte Scharling


Lene Pøtter Kristensen


Poul Dahl Jensen