

KENDELSE

i Afskedigelsesnævnets sag nr.:20100925

3F

for

A

mod

Køge Bugt Ejendomsservice A/S

Uoverensstemmelsen

Sagen angår spørgsmålet om, hvorvidt indklagede Køge Bugt Ejendomsservice A/S's afskedigelse af A den 4. maj 2010 er foretaget i strid med ligebehandlingslovens § 9.

Sagen blev mundtligt forhandlet den 24. februar 2011 med højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen som nævnsformand og opmand.

Parternes påstande

Klager har nedlagt påstand om, at opsigelsen af A er sket i strid med lov om ligebehandling, og at indklagede som følge heraf skal tilpligtes at betale en godtgørelse fastsat efter Afskedigelsesnævnets skøn, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 2.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagsfremstilling

Køge Bugt Ejendomsservice A/S er en rengøringsvirksomhed, som beskæftiger sig med erhvervsrengøring.

A blev ansat som rengøringsassistent hos selskabet den 9. maj 2008. I løbet af efteråret 2008 konstaterede hun, at hun var gravid. Hun blev sygemeldt den 16. februar 2009 på grund af graviditetsgener og påbegyndte sin barselorlov den 22. april 2009. Efter endt orlov genoptog hun den 12. april 2010 sit arbejde hos selskabet. Ved en lægekonsultation den 13. april 2010 fik hun konstateret, at hun var gravid igen.

Kort tid efter, at hun havde genoptaget arbejdet, oplevede hun tiltagende smerter i skulderen. Hun sygemeldte sig som følge heraf den 18. april 2010 og konsulterede den 19. april 2010 sin læge. I lægens journal hedder det om denne konsultation bl.a.:

"Er begyndt at arbejde rengøring. Fået mange smerter i ve. skulder. Der er antydnet impingement, men primært udtalt ømhed af trapezius. Må tage Panodil, aflaste. Ikke muligt med blokade p.g.a. graviditet. Sygemeldes foreløbig 1 uge."

A var herefter sygemeldt, indtil hun ved brev af 3. maj 2010 blev opsagt af virksomheden til fratræden den 3. august 2010. Afskedigelsen var i brevet begrundet således:

"Jeg ser mig desværre nødsaget til at opsigte dit ansættelsesforhold der dels skyldes dit sygdomsforløb efter din 1.års barsel hvor du efter 1 uges arbejde sygemelder dig med ondt i skulderen og da du allerede på 3.dagen ikke mente du kunne vaske

gulv med moppe på Valdemarsbo Efterskole må jeg derfor konkludere at arbejdet er for fysisk hårdt.

Med i betragtning er også at kundetilgangen ikke har været positiv i det forløbne år, hvorfor det er vanskeligt at beskæftige dig, hvis du ikke kan tåle at bruge/vaske gulv med moppe”.

Da A fortsat var sygemeldt i juni 2010, bad selskabet hende ved brev af 7. juni 2010 om en tilbagemelding vedrørende hendes videre sygdomsforløb. Hun fremsendte herefter en erklæring fra egen læge af 14. juni 2010, hvori det hedder:

”Det kan herved attesteres, at A har været sygemeldt siden 19.4.2004 p.g.a. skulderlidelse og fortsat vil være sygemeldt minimum 4 uger fra d.d.”

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun blev ansat i den indklagede virksomhed den 9. maj 2008. I løbet af efteråret 2008 opdagede hun, at hun var gravid, hvilket hun underrettede virksomheden om ved at aflevere en kopi af hendes vandrejournal. Hun blev sygemeldt i uge 8 2009 på grund af graviditetsbettinget sygdom, og hun påbegyndte graviditetsorlov den 22. april 2009. Herefter afholdt hun barselorlov indtil den 12. april 2010, hvor hun genoptog arbejdet hos Køge Bugt Ejendomsservice A/S. Den 13. april 2010 havde hun en tid hos lægen, hvor hun fik bekræftet, at hun var gravid. Graviditeten var ikke planlagt, og hun var ikke i første omgang sikker på, om hun ønskede at beholde barnet. Dette var årsagen til, at hun ikke på dette tidspunkt orienterede virksomheden om den nye graviditet.

Kort tid efter, at hun havde genoptaget arbejdet, konstaterede hun tiltagende smerter i arme og i skulder. Hun antog i første omgang, at det var noget forbigående, og at smerterne ville gå over i løbet af weekenden, hvor hun ikke var på arbejde. Om søndagen var hun imidlertid så smerteplaget, at hun blev nødt til at sygemelde sig, hvilket hun gjorde telefonisk søndag den 18. april 2010. Mandag morgen den 19. april 2010 talte hun igen i telefon med virksomhedens direktør, Bjarne Brandt. Hun oplyste, at hun samme dag havde en tid hos lægen. De aftalte, at hun skulle ringe tilbage senere samme dag med nærmere information, når hun havde været hos lægen. Under konsultationen hos lægen fik hun oplyst, at det på grund af graviditeten ikke kunne lade sig gøre at give den blokade, som ellers ville være en mulig behandling. Hun måtte heller ikke tage stærkere smertestillende medicin end panodil. Hun ringede senere samme dag til Bjarne Brandt og orienterede ham om, at hun var gravid igen, og at lægen som følge af den nye graviditet ikke kunne afhjælpe skuldersmerterne. Lægen havde derfor sagt, at det var nødvendigt med en sygemelding på foreløbig 1-2 uger, således at hun kunne slappe mest muligt af.

Hun hørte herefter ikke yderligere fra Bjarne Brandt, før hun modtog sin opsigelse med posten den 4. maj 2010.

Bjarne Brandt har forklaret, at han gennem 25 år har ejet og drevet Køge Bugt Ejendomsservice A/S. Han har et godt forhold til sine medarbejdere, hvoraf mange har meget lang anciennitet. Han ansatte A i maj 2008, og i starten gik det fint. I efteråret 2008 steg hendes sygefravær dog markant, og fraværet var ofte centreret omkring weekender. Han vurderer, at hendes fravær, når der ses bort fra det graviditetsrelaterede fravær, var på ca. 30 %.

Fredag den 16. april 2010 havde han en samtale med A omkring hendes problemer med arme og skuldre, og den 18. april 2010 modtog han hendes sygemelding. Mandag den 19. april 2010 ringede han til hende om morgenen og bad hende om at aflevere en kundenøgle, som de stod og manglede. Hun afslog imidlertid selv at komme med nøglen

med den begrundelse, at hun ikke kunne køre bil, og nøglen blev herefter afhentet af en medarbejder. Under telefonsamtalen oplyste hun ham om, at hun senere samme dag skulle til lægen. Det blev ikke aftalt, at hun skulle ringe tilbage efter lægebesøget, og han modtog heller ikke nogen opringning fra hende hverken samme dag eller senere. Han har således ikke på noget tidspunkt modtaget oplysninger om, at hun var gravid, ligesom han på ingen måde havde mistanke herom.

Han traf beslutningen om at opsiges A, da hans vurdering var, at arbejdet var for fysisk hårdt for hende. Dette vurderede han bl.a. på baggrund af, at hun måtte sygemelde sig bare en uge efter, at hun var vendt tilbage efter mere end 1 års fravær som følge af graviditet og graviditetsbetinget sygdom. Han driver en mindre virksomhed, og det er vigtigt for ham, at han kan regne med sine medarbejdere. Hvis der er for stort fravær eller for ustabil fremmøde, mister han sine kunder. Han så derfor ikke anden udvej end at opsiges A, da hun den 3. maj 2010 fortsat var sygemeldt på ubestemt tid.

Karina Månsson har forklaret, at hun har kendt A siden 2008. Hun arbejdede sammen med A, da hun returnerede fra barsel, og hun hjalp hende med at vaske gulv, da A på grund af smerter i ryg og arme havde svært ved at udføre dette arbejde. A fortalte intet om, at hun var gravid, og Karina Månsson havde ikke nogen som helst mistanke herom.

Parternes argumenter

Klager har til støtte for sin påstand gjort gældende, at den skete opsigelse af A strider mod ligebehandlingslovens § 9, idet opsigelsen er sket på grund af hendes graviditet. Klager har herved henvist til,

- at A var gravid på opsigelsestidspunktet den 3. maj 2010, og at det herefter er op til den indklagede virksomhed at godtgøre, at opsigelsen af hende hverken helt eller delvist var begrundet i hendes graviditet, jf. ligebehandlingslovens § 16. stk. 4,
- at virksomheden på opsigelsestidspunktet var bekendt med hendes graviditet, idet hun den 19. april 2010, efter endt lægekonsultation, havde kontaktet virksomhedens direktør, Bjarne Brandt, og informeret dels om den fortsatte sygemelding, dels om den konstaterede graviditet,
- at A på intet tidspunkt har modtaget påtaler eller advarsler over det af hende udførte arbejde eller over for meget sygefravær,
- at hun blev opsagt kort tid efter, at hun havde orienteret Bjarne Brandt om hendes graviditet,
- at der ikke foreligger nogen saglig begrundelse for at opsiges hende, idet hun på opsigelsestidspunktet alene havde været sygemeldt i 11 dage, og idet arbejdsgiveren på dette tidspunkt intet havde gjort for at få hendes forventede sygefravær nærmere belyst,
- at den indklagede virksomhed på denne baggrund ikke har løftet bevisbyrden for, at afskedigelsen ikke var begrundet i As graviditet, og
- at hun derfor har krav på en godtgørelse i medfør af ligebehandlingslovens § 16, stk. 2.

Klager har derudover gjort gældende, at As sygdom må sidestilles med en graviditetsbetinget sygdom, da det skyldtes hendes graviditet, at hun ikke kunne modtage en effektiv behandling. Opsigelsen strider derfor under alle omstændigheder mod ligebehandlingslovens § 9, og dette gælder, uanset om arbejdsgiveren på

opsigelsestidspunktet var bekendt med hendes graviditet. Klager har herved henvist til præmis 24-25 i EU-Domstolens dom af 8. november 1990 i sag C-177/88 (Dekker-sagen), præmis 21 i EU-Domstolens afgørelse af 22. april 1997 i sag C-180/95 (Draehmpaehl-sagen) og Vestre Landsrets dom af 11. januar 2010 V.L.B.-0986-09.

Indklagede har til støtte for sin påstand om frifindelse gjort gældende,

- at afskedigelsen af A intet har at gøre med hendes graviditet, men alene skyldtes, at hun ikke havde de fornødne helbredsmæssige forudsætninger til at kunne varetage det pågældende rengøringsjob,
- at ondt i skulderen ikke er en følgesygdom til graviditet, og at de af klager påberåbte domme derfor er irrelevante for den foreliggende sag,
- at det mod Bjarne Brandts forklaring ikke kan lægges til grund, at han skulle være blevet underrettet om As graviditet under en telefonsamtale den 19. april 2010, og at As forklaring herom er helt uunderbygget,
- at det derfor må lægges til grund, at virksomheden på opsigelsestidspunktet ikke var bekendt med, at A var gravid, jf. U 1994.212 Ø, og
- at virksomheden allerede af denne grund ikke har handlet i strid med ligebehandlingslovens § 9, som i det mindste må forudsætte, at arbejdsgiveren har kendskab til graviditeten.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at afskedigelsen af A, uanset om virksomheden måtte have været bekendt med hendes graviditet, var sagligt begrundet i hendes høje sygefravær samt det forhold, at virksomheden vurderede, at arbejdet var for fysisk krævende til, at hun ville kunne varetage det fremadrettet.

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.

Opmandens begrundelse og konklusion

Opsigelsen den 4. maj 2010 af A fandt sted under hendes graviditet, og det påhviler derfor den indklagede virksomhed at bevise, at afskedigelsen ikke er begrundet i graviditeten, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. Som fastslået ved Højesterets dom gengivet i U.2004.2701 følger det af bestemmelsens ordlyd og formål – at fritage lønmodtageren for at bevise, at graviditeten har indgået i begrundelsen for afskedigelsen – at bedømmelsen af, om arbejdsgiveren har løftet sin bevisbyrde, må bero på en samlet vurdering, herunder af, om arbejdsgiveren må anses for ved afskedigelsen at have haft kendskab til graviditeten. Bevistvivl herom vil således komme arbejdsgiveren til skade.

Der er under sagen afgivet modstridende forklaringer om, hvorvidt A under en telefonsamtale den 19. april 2010 orienterede Bjarne Brandt om sin graviditet. A var samme dag af sin læge blevet underrettet om, at graviditeten vanskeliggjorde en effektiv behandling af hendes skulder- og armgener, og det ville derfor være naturligt at underrette arbejdsgiveren herom. Afskedigelsen fandt endvidere sted blot to uger efter hendes 1. sygedag, uden at arbejdsgiveren havde gjort noget for at få hendes forventede sygeperiode nærmere belyst, og uden at det på noget tidspunkt ses at være blevet påtalt over for hende, at hun havde for meget sygefravær.

Den indklagede virksomhed, som ikke har påberåbt sig andre grunde for opsigelsen end As megen sygefravær, findes på denne baggrund ikke at have løftet den efter praksis strenge bevisbyrde for, at afskedigelsen ikke var begrundet i graviditeten, uden at der i øvrigt er anledning til at tage stilling til, om fraværet i sig selv har været graviditetsbetinget.

Der tilkommer herefter i medfør af ligebehandlingslovens § 16, stk. 2, A en godtgørelse, som under hensyntagen til hendes anciennitet samt sagens øvrige omstændigheder passende kan fastsættes til kr. 150.000, svarende til godt 6 måneders løn, jf. ligebehandlingslovens § 16 stk. 3.

Thi bestemmes:

Køge Bugt Ejendomsservice A/S skal inden 14 dage til A betale 150.000 kr.

Indklagede skal betale opmandens honorar.

København, den 8. marts 2011

Lene Pagter Kristensen