

TILKENDEGIVELSE

i Ledernævnets sag nr. 20200050:

Ledernes Hovedorganisation

for

A

(advokat Kathrine Kiilsholm Ottesen)

mod

Drivkraft Danmark

for

CIRCLE K DANMARK A/S

Borgmester Christiansens Gade 50

2450 København SV

(advokat Per Alm)

Sagen blev mundtligt forhandlet den 17. august 2020 kl. 14:30 med højesteretsdommer Poul Dahl Jensen som nævnsformand og opmand.

Der blev afgivet forklaring af A og Sales Market Manager B.

Klager har nedlagt følgende påstande:

1. Indklagede tilpligtes til klager at betale 139.941,26 kr.
2. Indklagede tilpligtes til klager at betale 388.227,51 kr.

Påstand 1 omfatter erstatning for løn i en opsigelsesperiode, jf. funktionærlovens § 3, og påstand 2 omfatter godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingslovens § 16, stk. 2, jf. § 9, subsidiært ligebehandlingslovens § 16 a, jf. § 9.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Der er mellem parterne enighed om den beløbsmæssige opgørelse af klagers påstande.

Sagsfremstilling mv.

Sagen angår Circle K's opsigelse af A med forkortet varsel i henhold til 120-dages-reglen, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2. Sagens hovedspørgsmål er, om det er med rette, at Circle K har medregnet A's sygefravær som følge af graviditet uden for livmoderen ved opgørelsen af de 120 sygedage.

A blev ansat som souschef på indklagedes tankstation i Struer den 1. september 2005. Hun blev udnævnt til butikschef for samme tankstation den 1. november 2009. Det fremgik af hendes ansættelseskontrakt, at hun kunne afskediges med en måneds varsel ved i alt 120 dages sygdom inden for 12 på hinanden følgende måneder, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2.

Den 19. oktober 2018 blev det konstateret, at A var gravid. Af lægens journal fremgår:

"19-10-2018

*Graviditetstest pos. med sidste menstruation 12.09.18 og forventet fødsel 19.06.19.
Får tid til 1. grav. us."*

A orienterede ultimo oktober 2018 sin nærmeste chef, Sales Market Manager B om graviditeten.

Den 12. november 2018 blev A akut indlagt på Herning Sygehus. Det viste sig, at det befrugtede æg/fosteret havde sat sig fast i æggelederen på vej ned i livmoderen. A fik derfor samme dag foretaget en akut kirurgisk abort.

A var fuldtidssygemeldt ca. 14 dage efter aborten, hvorefter hun genoptog arbejdet delvist, indtil hun blev raskmeldt.

Den 16. januar 2019 konstaterede A's læge, at hun igen var gravid. Det viste sig imidlertid, at det befrugtede æg/fosteret havde sat sig fast i den anden æggeleder på vej ned i livmoderen, hvorfor hun den 27. januar 2019 fik foretaget endnu en akut kirurgisk abort.

A var herefter igen fuldtidssygemeldt i ca. 14 dage.

Circle K registrerede i første omgang A's sygefravær på grund af de to graviditeter uden for livmoderen som almindeligt sygefravær. I marts 2019 bestemte B, at det af hensyn til refusionsmulighederne skulle registreres som graviditetsbetinget sygefravær.

Den 15. april 2019 faldt A af sin hest, hvorved hun brækkede sit kraveben. Hun var fuldtidssygemeldt fra den 16. april 2019. Af lægeerklæring af 11. juni 2019 fremgik:

"Denne erklæring skrives på grundlag af oplysninger fra A og sygehuset.

Må starte op på deltid få timer dagligt i uge 29, 30 og 34.

Holder ferie i uge 31, 32 og 33.

Må starte med at arbejde på fuld tid fra uge 35."

Den 16. juli 2019 opsagde Circle K A med forkortet varsel til fratræden ultimo august 2019 i henhold til 120-dages-reglen, jf. funktionærlovens § 5, stk. 2. Det fremgik af brevet:

"Opsigelse i henhold til 120-dages-reglen

Du har nu været sygemeldt i ialt 120 dage inden for de seneste 12 måneder og er fortsat sygemeldt. Under disse omstændigheder opsiges vi dig med en måneds varsel til fratræden den 31.8.2019.

Løn mv.

Du vil i opsigelsesperioden have dine sædvanlige rettigheder, herunder løn og pensionsindbetaling. Eventuelt ikke afholdte feriefridage vil blive udbetalt med den sidste månedsløn. Tilgodehavende ferie vil blive afregnet til Feriekonto på sædvanlig vis.

Henset til din anciennitet er du berettiget til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 4 måneders løn i henhold til funktionærlovens § 2a. Beløbet udbetales sammen med den sidste lønudbetaling.

I forbindelse med din fratræden skal du returnere samtlige effekter, der tilhører Circle K, som du er i besiddelse af, herunder uniform m.v. Effekter skal afleveres til SM C på Circle K, Holstebrovej 56, 7600 Struer senest den 2.9.2019."

Der er mellem parterne enighed om, at ud af de 120 sygedage, der indgår i grundlaget for opsigelsen, vedrører 29 sygedage de to graviditeter uden for livmoderen, mens 91 sygedage kan henføres til fraværet som følge af faldet fra hesten.

Der er mellem parterne tvist om, hvorvidt Circle K var berettiget til i grundlaget for opsigelsen af A efter 120-dages-reglen at medregne de 29 sygedage som følge af de to graviditeter uden for livmoderen.

Det er klagers hovedsynspunkt, at A's sygefravær efter akut kirurgisk abort som følge af graviditet uden for livmoderen, er graviditetsbetinget sygefravær, der ikke kan tælles med som sygefravær efter 120-dages reglen. Dommen i UfR 1994.1001 Ø vedrører kun arbejdsgivers forpligtelse til at betale løn under denne type fravær og tager ikke stilling til, hvorvidt sådant sygefravær tillige må anses for almindeligt sygefravær i relation til 120-dages reglen.

Det er heroverfor indklagedes hovedsynspunkt, at fravær som følge af graviditet uden for livmoderen skal betragtes som almindeligt sygefravær og ikke som graviditetsbetinget, og at sådant sygefravær derfor kan indgå i afskedigelsesgrundlaget ved en opsigelse med forkortet varsel efter 120-dages-reglen. Indklagede har herved henvist til UfR 1994.1001 Ø og til Ankestyrelsens principafgørelse D-20-97 om sygdom – graviditet uden for livmoderen – dagpenge. Indklagede har endvidere henvist til Vejledning nr. 9528 af 29. juni 2018 om ret til orlov og dagpenge ved barsel, hvor det i vejledningens pkt. 3.1.2.2. "Graviditeten har et sygeligt forløb" bl.a. er anført: "Graviditet uden for livmoderen anses for sygdom og giver derfor ikke ret til barselsdagpenge. I de tilfælde er en arbejdsgiver forpligtet til at udbetale sygedagpenge efter lov om sygedagpenge. Se principafgørelse D-20-07."

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, og at opmandens tilkendegivelse tillægges samme virkning som en kendelse, jf. herved arbejdsretslovens § 28, stk. 4.

OPMANDEN UDTALTE:

Sagen angår, om Circle K var berettiget til at opsiges A med forkortet varsel efter 120-dages-reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2. Hovedspørgsmålet i den forbindelse er, hvorvidt Circle K har handlet i strid med ligebehandlingslovens § 9 ved at have medregnet sygefraværet som følge af to graviditeter uden for livmoderen i grundlaget for opsigelsen efter 120-dages-reglen.

Efter ligebehandlingslovens § 9 må en arbejdsgiver ikke afskedige en lønmodtager på grund af graviditet. Bestemmelsen indebærer, at der heller ikke kan ske afskedigelse på grund af sygefravær, der skyldes graviditet, jf. herved UfR 2012.1782.

Opmanden finder, at sygefravær som følge af graviditet uden for livmoderen, i relation til reglerne i ligebehandlingsloven må anses for sygefravær, der skyldes graviditet (graviditetsbetinget sygefravær). Det forhold, at en graviditet uden for livmoderen ikke kan gennemføres og i givet fald må afbrydes ved en kirurgisk abort, kan ikke føre til at undtage sådanne graviditeter fra den beskyttelse mod opsigelse, som ligebehandlingslovens § 9 giver kvinden.

Circle K har derfor handlet i strid med ligebehandlingslovens § 9 ved at have medregnet A's sygefravær på i alt 29 dage som følge af de to graviditeter uden for livmoderen i grundlaget for opsigelsen efter 120-dages reglen. Opsigelsen med forkortet varsel er herefter uberettiget.

På den baggrund har A krav på erstatning efter funktionærlovens § 3 for løn i en sædvanlig opsigelsesperiode. Klagers påstand 1 tages herefter til følge.

Som anført er opsigelsen uberettiget, idet den er i strid med ligebehandlingslovens § 9. A har derfor krav på en godtgørelse efter lovens § 16, stk. 2. Under hensyn til A's ansættelsestid og til sagens omstændigheder i øvrigt fastsættes godtgørelsen til et beløb svarende til 9 måneders løn. Klagers påstand 2 tages derfor til følge.

Den samlede konklusion bliver herefter, at Circle K skal betale i alt 528.168,77 kr. til A. Beløbet skal betales inden 14 dage.

Indklagede skal betale opmandens honorar.

København, den 25. august 2020

Poul Dahl Jensen