

Twistighedsnævnet

K E N D E L S E

Afsagt af Twistighedsnævnet den 16. november 2021 i sag 54.2020

A

v/advokat Klara Hoffritz, HK Privat

mod

B

v/advokat Morten Ulrich

I sagens behandling har som faste medlemmer af Twistighedsnævnet deltaget landsdommer Ida Skouvig (formand), advokat Tine Benedikte Skyum (DA) og advokat Berit Lassen (FH). Endvidere har som særligt sagkyndige medlemmer deltaget Páll Ólavur Scheel, udpeget af Tandlægeforeningen og faglig konsulent Sussi Spendrup Castellani, udpeget af HK.

Denne sag drejer sig om godtgørelse efter ligebehandlingsloven.

Klager, A, har ved sin faglige organisation, HK Privat, ved klageskrift modtaget den 6. oktober 2020 indbragt sagen for Twistighedsnævnet med påstand om, at indklagede, B, skal betale 152.213,92 kr. til hende med procesrente fra den 17. marts 2020.

Påstanden er beregnet som 6 måneders løn af 25.368,99 kr. En månedsløn er opgjort således:

- | | |
|--------------------------------------|---------------|
| • Månedsløn på trin b 1 (voksenelev) | 22.166,00 kr. |
| • Fritvalgslønkonto (5 %) | 1.108,30 kr. |
| • Pension 9 % | 2.094,69 kr. |

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen har været behandlet mundtligt på et møde i Twistighedsnævnet den 3. november 2021.

Sagsfremstilling

Den kollektive overenskomst inden for uddannelsesområdet er Overenskomsten for Tandlægeklíníkassistentér indgået mellem Tandlægeforeningen og HK Privat.

Indklagede er omfattet af overenskomsten som medlem af Tandlægeforeningen.

Mellem A, født den 27. marts 1994, og B, blev der den 8. januar 2020 indgået en uddannelsesaftale i form af en kort aftale, hvorefter A som voksenelev skulle uddannes som tandklíníkassistent med uddannelsesperiode fra

den 20. januar 2020 til den 31. maj 2021. I uddannelsesaftalens pkt. 6 om ”Supplerende oplysninger vedrørende erhvervsuddannelse for voksne (euv)” er der sat kryds i rubrikken ”Euv uden praktikuddannelse”, og under ”Anden tidligere uddannelse” var anført ”HG grundforløb”. Månedslønnen er angivet som 22.166 kr., og det er under pkt. 11 anført, at det er en forudsætning for voksenelevlønnen, at der kan opnås tilskud dertil fra kommunen.

Den 11. marts 2020 afholdt statsministeren pressemøde, hvor der blev introduceret omfattende restriktioner som følge af covid-19, som indebar en nedlukning af væsentlige del af samfundet.

A underrettede den 12. marts 2020 B om, at hun var gravid i 13. uge. Af sms'en fremgik yderligere:

”Dette var noget jeg ville snakke med dig om på fredag, men som situationen er nu er jeg nødsaget til at informere dig. Min læge har her til morgen sagt, at jeg er i risikogruppen for smitte pga. graviditeten, så jeg må ikke være tættere på patienterne end ved 1,5-2 meters afstand. Jeg vil derfor kun kunne være i sterilisationen eller ude bagved. Jeg er meget frustreret og ved simpelthen ikke hvad jeg skal stille op, eller hvad du tænker omkring hele situationen.”

Den 13. marts 2020 kl. 08.44 skrev A endvidere følgende til V1:

”Da jeg ikke har hørt fra dig ifh til forholdsregler jeg skal være under ifb med min graviditet og corona smittefare, er jeg ikke mødt op i dag.”

V1 svarede samme dag kl. 9.33:

”Jeg undrer mig over din besked, da du i går morges meddelte at du blev hjemme, fordi du ikke kunne få passet dine børn. Jeg går ud fra, at det fortsat er tilfældet. Hvis ikke det er situationen, skal du selvfølgelig møde på arbejde, og det skulle du have gjort i morges kl. 6:45. der er masser af arbejde du kan udføre i 1,5-2 meters afstand fra patienterne.”

Samme dag kl. 9.38 skrev A herefter:

”Det er korrekt jeg stadig ikke kan få afsat børnene, jeg ville bare være sikker på der ikke var nogle misforståelser, og du derfor ikke undrede dig over hvor jeg blev af. ...”

Den 14. marts 2020 blev der indgået en trepartsaftale mellem regeringen og arbejdsmarkedets parter om, at virksomheden kunne hjemsende firingstruede lønmodtagere i tre måneder og få delvis refusion for afholdte lønudgifter.

Den 16. marts 2020 udsendte Sundhedsstyrelsen et notat, hvoraf fremgik, at tandlægeklinikker indtil udgangen af juni 2020 kun måtte varetage kritiske funktioner. Samme dag udsendte Sundhedsstyrelsen et notat om ansatte i sundheds- og ældresektoren, der tilhører en særlig risikogruppe. Af notatet fremgik, at arbejdsgiver og den enkelte ansatte sammen skulle vurdere, om det var sundhedsmæssigt forsvarligt, at den ansatte fortsat varetog sin vanlige funktion. Af notatet fremgik, at Sundhedsstyrelsen betragtede gravide som en risikogruppe ud fra et forsigtighedsprincip.

V1 ophævede den 17. marts 2020 ensidigt uddannelsesaftalen med A. Ophævelsen skete i prøvetiden. Som begrundelse for ophævelsen var anført:

”En næsten tom aftalebog i hvert fald de næste 3½ måned p.g.a. coronavirus udbrud.”

Den 25. marts 2020 blev der indgået en trepartsaftale med overskriften ”Trepartsaftale om lønkompensation: vilkår for lærlinge og elever” og med underoverskriften ”Regeringen og arbejdsmarkedets parter er blevet enige om vilkårene for lærlinge og elever.” Af en pressemeddelelse, som Børne- og Undervisningsministeriet udsendte samme dag med overskriften ”Trepartsaftalen om lønkompensation dækker nu også lærlinge og elever, fremgår af en underoverskrift, at ”Regeringen og arbejdsmarkedets parter er enige om en aftale, der sikrer, at arbejdsgiverne også kan få lønkompensation for lærlinge og elever. Det sker for at undgå fyringer som følge af coronaudbruddet.”

Ved en aftale, der er dateret den 1. april 2020, indgik V1 en aftale med sin klinikassistent, N1 om hjemsendelse med løn i henhold til lønkompensationsordningen. Af aftalen, der var oprettet på en blanket fra Dansk Erhverv, fremgik, at den havde virkning for perioden 9. marts til 9. juni 2020, og at hjemsendelsen skete som alternativ til afskedigelse, som ellers havde været nødvendig.

Ved et opslag af 19. april 2020 på virksomhedens facebookprofil orienterede V1 om, at myndighederne havde tilladt en delvis åbning af tandlægeklinikker fra den 20. april 2020, og at virksomheden ville begynde at indkalde patienter, der havde fået aflyst deres aftaler.

Der blev i maj 2020 indgået en trepartsaftale om ekstraordinær hjælp til elever og lærlinge samt virksomheder. Aftalen indebar bl.a., at blev etableret en midlertidig løntilskudsordning for perioden 1. maj til 31. december 2020.

Efter en drøftelse af sagen mellem HK og Tandlægeforeningen, hvor der ikke kunne opnås enighed, blev der den 25. august 2020 lavet et protokollat af Det faglige Udvalg for erhvervsuddannelsen til Tandklinikassistent – FUTKA, hvoraf fremgik, at parterne ikke kunne forlige sagen, og at sagen kunne videreføres til Tvistighedsnævnet.

Det er under skriftvekslingen for Tvistighedsnævnet oplyst, at personalet i virksomheden på tidspunktet for ophævelsen - udover ejeren V1 - bestod af A og klinikassistenten, N1.

Virksomheden har som sagens bilag A fremlagt regnskabsoplysninger for 2019 og for 1. januar – 1. november 2020, hvoraf bl.a. fremgår følgende:

”Konto Kontonavn		År til dato (20)	År til dato (19)
RESULTATOPGØRELSE			
...			
	Omsætning X i alt	-1.449.715,85	2.183.896,06
...			
1200	Erstatning fra Z		-546.006,05
1201	Hjælpepakke tabt omsætning COV		-91.993,00
1202	Hjælpepakke vedr. faste udgift		-60.050,00
...			
	Omsætning i alt	-1.610.215,85	-2.796.900,98

...		
Vareforbrug i alt	202.339,50	331.602,52
<u>Bruttoavance</u>	<u>-1.407.876,35</u>	<u>-2.465.298,46</u>

Løn og gage

3000	Løn ansatte tandlæger	251,07	257.760,23
...			
3040	Løn klinikassistenter og elever	249.059,74	579.338,40
...			
3270	Løn og gage i alt	345.471,64	877.901,02
...			
	<u>Dækningsbidrag</u>	-1.062.404,71	-1.587.397,44
...			
	<u>ÅRETS RESULTAT</u>	<u>-561.953,88</u>	- <u>819.770,19</u>

...

PASSIVER

...

8130	Privat hævet	4.048.388,56	3.307.191,19"
------	--------------	--------------	---------------

Som sagens bilag E har virksomheden fremlagt resultatopgørelser opgjort pr. måned. Heraf fremgår bl.a. følgende:

”

Konto	Kontonavn	01.03.2019-31.03.2	01.03.2020-31.03.2020
...			
	Omsætning i alt	-236.067,25	-172.906,63
...			
3040	Løn klinikassistenter og elever	57.220,20	25.137,21

...

	Resultat før afskrivninger og	-64.175,88	-92.080,66
...			
Konto	Kontonavn	01.04.2019-30.04.019	01.04.2020-30.03.2020
...			
	Omsætning i alt	-294.015,06	-37.561,64
...			
3040	Løn klinikassistenter og elever	67.440,57	-42.353,05
...			
	Resultat før af afskrivninger	- 118.746,26	11.476,06
...			
Konto	Kontonavn	01.05.2019-31.52.019	01.05.2020-31.05.2020
...			
	Omsætning i alt	-272.182,43	-205.186,55
...			
3040	Løn klinikassistenter og elever	53.838,10	35.987,54
...			
	Resultat før af afskrivninger	-32.777,99	-111.497,23
...			
Konto	Kontonavn	01.06.2019-30.06.2019	01.06.2020 -30.06.2020
...			
	Omsætning i alt	-268.368,38	-135.835,41
...			
3040	Løn klinikassistenter og elever	66.846,85	17.843,19
...			
	Resultat før afskrivninger	-32.777,99	-111.497,23
...			

Som en del af sagens bilag E indgår en resultatopgørelse for hele 2019 og hele 2020, hvoraf bl.a. fremgår følgende:

"Konto	Kontonavn	Hele året (19)	Hele året (20)
RESULTATOPGØRELSE			
...			
	Omsætning X i alt	-2.566.409,15	-1.725.495,66
...			
1200	Erstatning fra Z		-96.261,05
1201	Hjælpepakke tabt omsætning COV		-105.854,88
1202	Hjælpepakke vedr. faste udgift		-60.050,00
...			
	Omsætning i alt	-2.731.844,07	-1.901.033,54
...			
	<u>Vareforbrug i alt</u>	372.474,12	254.591,08
	<u>Bruttoavance</u>	<u>-2.359.369,95</u>	<u>-1.646.442,46</u>
Løn og gage			
3000	Løn ansatte tandlæger	258.133,99	
...			
3040	Løn klinikassistenter og elever	643.353,60	341.354,81
...			
3270	Løn og gage i alt	943.441,74	416.594,98
...			
	<u>Dækningsbidrag</u>	- 1.415.928,21	-1.229.847,48
...			

Der er fremlagt en journaludskrift fra As læge. I et notat fra den 12. marts 2020 er anført, at det anbefales at holde afstand til andre mennesker, især hvis de ser ud til at være syge, og at smitten spreder sig i luften i 1-2 meters afstand.

Indklagede har fremlagt en beregning af merudgiften til As løn for 2020, hvis uddannelsesaftalen ikke var blevet ophævet. Merudgiften er efter fradrag af løntilskuddet for voksnelever beregnet til 236.607,59 kr.

Retsgrundlaget

Af erhvervsuddannelseslovens § 60 fremgår bl.a. følgende:

”En uddannelsesaftale kan ikke opsiges af aftalens parter.

Stk. 2. De første 3 måneder af praktiktiden betragtes dog som en prøvetid, hvori enhver af parterne kan opsiges aftalen uden angivelse af grund og uden varsel. Skoleophold medregnes ikke i prøvetiden.”

Af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. (ligebehandlingsloven) fremgår bl.a.:

”§ 9. En arbejdsgiver må ikke afskedige en lønmodtager eller udsætte denne for anden mindre gunstig behandling, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær, har været fraværende efter barsellovens §§ 6-14, har fremsat anmodning om ændringer efter denne lovs § 8 a, stk. 2, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption.”

...

§ 16. Afskediges en lønmodtager i strid med § 9, skal afskedigelsen underkendes, såfremt der nedlægges påstand herom, medmindre det i særlige tilfælde efter en afvejning af parternes interesse findes åbenbart urimeligt at kræve ansættelsesforholdet opretholdt eller genoprettet.

Stk. 2. Afskediges en lønmodtager i strid med § 9, uden at afskedigelsen underkendes, eller udsættes denne for anden mindre gunstig behandling, skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse.

Stk. 3. Godtgørelsen fastsættes under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt.

Stk. 4. Såfremt en afskedigelse eller en anden mindre gunstig behandling finder sted under graviditet, fravær efter barsellovens §§ 6-11, 13 og 14 og i varslingsperioder efter barsellovens § 16, stk. 2, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at afskedigelsen eller behandlingen ikke er begrundet i disse forhold.

Stk. 5. Afskediges en lønmodtager i de i barsellovens §§ 6-14 nævnte perioder, har lønmodtageren krav på en skriftlig, fyldestgørende begrundelse for afskedigelsen.”

Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun, inden hun startede på uddannelsen som klinikassistent, arbejdede som account manager, dels i en bilforretning, dels hos en udlejningsvirksomhed, og hun havde derfor ingen erfaring med arbejdet som tandklinikassistent. Hun sendte en uopfordret ansøgning til V1, da hun skulle i praktik. Hun kom til samtale, og kemien var god. De aftalte derfor, at hun skulle have en prøvevagt. Prøvevagten gik godt, og hun fik - vistnok samme dag - tilbudt ansættelse.

Da hun startede, var der en anden elev, men hun blev udlært efter et par uger og forlod virksomheden. Derefter var der kun hende selv, klinikassistenten N1 og V1 i klinikken. I begyndelsen bistod hun den anden elev eller N1 ved behandlingerne. Efter kort tid kunne hun selv bistå V1 under behandlingerne, dog var der tilfælde, hvor hun manglede erfaring, fx ved tandudtrækning, hvor hun fik hjælp af N1. Det var V1, der stod for hendes uddannelse, men indimellem var det også N1.

På onsdage, hvor klinikken var lukket for patienter, bogførte hun for at få timer nok til at leve op til uddannelsesmålene. Den indbetaling på ca. 546.000 kr., som fremgår af bogføringen, vedrørte en erstatning, som V1 havde fået i anledning af et indbrud i klinikken. Hun ved ikke, hvad konto nr. Y ”Privat hævet” vedrører.

Som følge af nedlukningen den 11. marts 2020 var hun nødt til at blive hjemme for at passe sine to børn, som gik i skole og vuggestue, idet det ikke var muligt for hende at få nødpasning. Det var V1 noget uforstående over for, idet hun mente, at hendes kæreste kunne passe børnene. Det ville hun imidlertid ikke bede ham om, fordi han ikke var far til det ældste barn, og det endte med, at hun og V1 aftalte, at hun kunne blive hjemme uden løn.

Hun var gravid, og derfor henvendte hun sig den 12. marts 2020 telefonisk til sin læge for at få at vide, hvordan hun skulle forholde sig på arbejde i lyset af covid 19-situationen. Hun sendte derefter sms'en til V1 om, at hun var gravid, og at der skulle tages særlige forholdsregler i forhold til hende. Hun havde ikke fortalt om graviditeten tidligere, dels fordi hun ikke vidste, om hun ville tabe fosteret, dels fordi hun var utryg ved situationen. Hun husker ikke, hvorfor hun ikke ringede til V1 for at fortælle hende om graviditeten, men det hang nok sammen med, at hun var bange for V1s reaktion. V1 havde ved en lejlighed udtalt sig negativt om en tidligere ansat tandlæge, der var blevet gravid, og havde i den forbindelse sagt, ”at det kan jeg jo ikke bruge til noget”. Det havde noget at gøre med en stol, som V1 havde købt til den pågældende tandlæge, men hun husker det ikke nærmere. Hun havde også i frokoststuen hørt, at der blev talt ufordelagtigt om en tidligere elev, der var syg. Hun husker ikke, om hun havde talt med HK, inden hun orienterede V1 om graviditeten.

Hun var utryg ved situationen, fordi hun ikke fik noget svar på spørgsmålet om, hvilke forholdsregler der ville blive taget, og fordi hun ikke havde pasning til sine børn. Hun sendte derfor sms'en af 13. marts 2020 kl. 08.44. Mandag den 16. marts 2020 fik hun på ny afslag på nødpasning af børnene. Hun havde i den forbindelse kontakt med V1, og de snakkede om, hvad hun skulle gøre. Den 17. marts 2020 var hun ligeledes hjemme. Efter lukketid ringede V1 til hende og ophævede uddannelsesaftalen. V1 sagde, at hun ikke kunne tilbyde hende ansættelse, efter at corona var brudt ud, og klinikken var lukket. V1 oplyste, at hun ville sende ophævelsen pr. mail, men den kom ikke, og derfor var hun nødt til at rykke for den. Forsinkelsen skyldtes, at V1 havde sendt ophævelsen til en forkert mailadresse.

Hun nedkom den 23. september 2020. Det har været umuligt for hende at få en ny praktikplads på grund af corona. Hun er desuden nu gravid med sit fjerde barn. Hun læser derfor nu HF enkeltfag og er på SU.

V1 har forklaret bl.a., at hun har drevet virksomheden siden 2003. Indtil sommeren 2019 havde hun udover en klinikassistent og 1-2 elever også en ansat tandlæge. Den ansatte tandlæge blev gravid, og i forbindelse med, at hun skulle komme tilbage fra barsel, fik hun ansættelse i børnetandplejen, hvorfor hun ikke kom tilbage til

virksomheden. Under hendes barsel var der ansat en vikar. Klinikassistenten, N1, har været ansat siden 2015. Hun er uundværlig, idet hun både passer det administrative arbejde og deltager i tandbehandlingen. Det er ikke muligt at drive en tandlægeklinik uden en klinikassistent.

I tiden før den 11. marts 2020 havde hun ca. 12-15 patienter pr. dag, dog ikke onsdage, hvor der var lukket for behandling. På fredage var der ca. 10 patienter. Hendes kalender var normalt fyldt op. Situationen efter nedlukningen var meget voldsom. Mange patienter aflyste deres aftaler efter nedlukningen, og virksomheden fik desuden travlt med at aflyse en lang række aftaler, idet behandlingen ikke var kritiske. De facto var virksomheden nærmest lukket fra den 16. marts 2020, idet der fra dette tidspunkt kun måtte foretages kritiske behandlinger, og dem var der ikke ret mange af i virksomheden. I den første uge efter nedlukningen var der 13 behandlinger mod normalt 50-60. På dagen for ophævelsen havde hun kun en patient. I den anden uge var der 11 behandlinger, og i den tredje uge var der 9 behandlinger. Det gav ikke engang beskæftigelse til én klinikassistent.

A orienterede hende den 12. marts om, at hun ikke kunne komme på arbejde, fordi hun ikke kunne få sine børn passet. Efter at have drøftet situationen med Tandlægeforeningen aftalte hun med A, at hun kunne blive hjemme uden løn. Hende bekendt havde Sundhedsstyrelsen den 12. marts 2020 ikke udstukket særlige regler om afstandskrav, men alene regler om værnemidler. Hun husker ikke, om hun undersøgte det. Hun har ikke over for A givet udtryk for, at det ikke passede, hvad A havde oplyst,

Da Sundhedsstyrelsen den 16. marts 2020 lukkede ned for alle ikke-kritiske behandlinger frem til udgangen af juni, stod hun i den situation, at hun måtte regne med at være uden reel indtægt i 3½ måned. Det var meget voldsomt, og det var hendes opfattelse, at hun var nødt til at handle straks, hvis hun skulle undgå, at virksomheden gik konkurs, og at hun selv måtte gå fra hus og hjem. Hun fik løbende opdateringer fra Tandlægeforeningen, som også oplyste, at elever ikke var dækket af lønkompensationsordningen. Hun handlede derfor straks ved at ophæve uddannelsesaftalen med A, hvis prøvetid ikke var udløbet. Hun havde ikke forinden lavet en beregning af udgifterne ved at beholde A, men det er hendes opfattelse, at det ville have kostet virksomheden ca. 200.000 kr. at beholde hende, og de fremlagte regnskabsoplysninger støtter den opfattelse.

Om de fremlagte regnskabstal har hun forklaret, at omsætningen i marts 2020 faldt, men da der i omsætningen for denne måned er indregnet et efterslæb vedrørende betalinger for behandlinger, der var foretaget i månederne forud, afspejler tallet ikke den reelle omsætningsnedgang. Omsætningsnedgangen ses tydeligere i tallene for april 2020. Fra den 20. april 2020 fik klinikken lov til gradvis at åbne, således at der kunne behandles patienter 3 dage om ugen, men der blev behandlet færre patienter end ellers, dels fordi der var en række krav om afstand og værnemidler, der skulle overholdes, dels fordi patienterne var tilbageholdende med at bestille tid. Aktivitetsniveauet var fortsat lavt i maj. Trods ophævelsen af As uddannelsesaftale og hjælpepakke, var årets resultat ca. 200.000 kr. dårligere end året før, og det er hendes opfattelse, at der ville have været tale om et underskud, hvis hun ikke havde ophævet uddannelsesaftalen med A.

Det er rigtigt, at hun i 2019 fik en erstatning af Z i forbindelse med et indbrud i klinikken. Hun fik erstattet de udgifter, hun havde til genanskaffelse af de stjålne genstande, og erstatningsbeløbet har ikke haft betydning for årets resultat i opadgående retning. Den ansatte tandlæge genererede ikke et overskud, idet hun var ny og uerfaren, men det var planen, at den pågældende på et tidspunkt skulle ind i virksomheden som kompagnon, og derfor anså hun ansættelsen for en form for investering. Ansættelsen af hende havde derfor ikke haft betydning for overskuddets størrelse i 2019. Som tommelfingerregel skal en ansat tandlæge generere en omsætning på ca. 1 mio. kr. for at give overskud, og det gjorde den ansatte tandlæge ikke.

Den kompensation vedrørende løn og faste udgifter, som hun har modtaget, er medtaget i regnskabet for 2020.

Årets resultat er hendes løn. Hun får ikke anden løn af virksomheden. Konto Y "Privat hævet" er ikke udtryk for, at hun i 2020 har hævet et beløb på 4.048.388,56 kr. til sig selv, men er et akkumuleret beløb, som har sammenhæng med, at hun bruger virksomhedsskatteordningen. Hun har heller ikke fået udbetalt differencen mellem dette beløb og beløbet på 3.307.191,19 kr., som er konteret året før under "Privat hævet".

Resultatopgørelsen er afleveret til revisor, og regnskabet for virksomheden er lavet på baggrund heraf. Der er aflagt regnskab for såvel 2019 som 2020, idet regnskabsåret følger kalenderåret.

N1, der arbejdede 30 timer om ugen og havde en månedsløn på ca. 20.000 kr., forblev ansat i perioden, men de lavede en aftale om, at hun var delvist hjemsendt, og således at hun kunne kaldes ind efter behov. Hun har fået lønkompensation for N1, men skal sandsynligvis betale en del af compensationen tilbage.

Blanketten til den aftale, hun indgik med N1 herom, er downloadet fra nettet. N1 har efterfølgende selv sagt op, idet hun ønsker at være på en klinik med flere ansatte.

Omsætningen var reduceret frem til sommeren 2020, men er nu afløst af en betydelig travlhed som følge af det efterslæb, der skal indhentes. Hun har ikke længere en elev. Hun ville gerne have ansat en ny elev, men har ikke turdet gøre det på grund af sagen.

Hun ved ikke, hvorfor A har forklaret, at hun var nervøs ved at fortælle om sin graviditet. Der har tidligere været gravide elever i virksomheden, og det har fungeret fuldstændig problemfrit.

Procedure

A har til støtte for sin påstand navnlig anført, at hun var gravid på tidspunktet for ophævelsen, og at hun derfor er beskyttet mod afskedigelse, der direkte eller indirekte skyldtes hendes graviditet, jf. ligebehandlingslovens § 9. Det påhviler derfor virksomheden at bevise, at ophævelsen ikke skyldtes hendes graviditet, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4.

Afskedigelsen den 17. marts 2020 skete i nær tilknytning til, at hun havde givet meddelelse om sin graviditet til indklagede, hvorfor det må lægges til grund, at beslutningen om ophævelse af uddannelsesforholdet er truffet, efter at indklagede fik viden om graviditeten, og at ophævelsen var begrundet heri. Hun havde desuden oplyst, at der skulle tages særlige hensyn til hende som følge af covid 19. Det er også i strid med ligebehandlingsloven at lægge vægt på, at hun som følge deraf ikke kunne bistå ved patientbehandlingen, idet det skyldtes, at hun på grund af graviditeten ikke måtte komme i nærheden af patienterne.

Den begrundelse, der er angivet for ophævelse af uddannelsesaftalen, er ikke reelt årsagen til afskedigelsen, idet hun kunne have været hjemsendt med lønkompensation på 90 % af sin løn i overensstemmelse med trepartsaftalen af 14. marts 2020, der også omfattede elever. De fremlagte oplysninger om virksomhedens økonomi indeholder uoverensstemmelser og uklarheder og giver ikke grundlag for at antage, at en afskedigelse var nødvendig af hensyn til virksomhedens økonomi.

Virksomheden har på den baggrund ikke bevist, at ophævelsen ikke skyldtes graviditeten. Dette bestyrkes også af V1s forklaring om, at virksomheden omkring den 17. marts 2020 havde meget arbejde med at tage imod aflysninger og selv aflyse aftaler, og at A ikke blev tilbudt genansættelse i forbindelse med, at klinikken åbnede for behandlinger igen.

Godtgørelsen kan under hensyn til hendes anciennitet på ca. 2 måneder og den omstændighed, at hun er fyret under graviditeten, således at hun reelt forhindres i at få en ny læreplads, efter retspraksis passende fastsættes til

6 måneders løn. Godtgørelsen forfalder på tidspunktet for ophævelsen, og kan derfor kræves forrentet fra dette tidspunkt i medfør af rentelovens § 3.

V1 har til støtte for sin påstand navnlig anført, at virksomheden var berettiget til at ophæve uddannelsesaftalen med A i medfør af erhvervsuddannelseslovens § 60, stk. 2, under henvisning til de ekstraordinære og udefrakommende omstændigheder, som udgjorde en øjeblikkelig ændring af de driftsmæssige vilkår, og som var en trussel mod virksomhedens økonomi. Forholdene på ophævelsetidspunktet i marts 2020 efter nedlukningen og beslutningen om, at tandlæger kun måtte foretage kritiske behandlinger, var notorisk således, at virksomhedens eksistens var truet af forhold, som objektivt set intet havde med klagers graviditet at gøre.

De fremlagte oplysninger om virksomhedens økonomi er de samme oplysninger, som indgår i virksomhedens regnskab, og som er godkendt af revisor. Der er derfor intet grundlag for at anfægte rigtigheden af oplysningerne. Det fremgår tydeligt af disse oplysninger, at en fortsat ansættelse af A ville have belastet virksomhedens økonomi væsentligt under hensyn til den fremlagte beregning af udgiften til fortsat ansættelse af A. Begrundelsen for at ophæve uddannelsesaftalen som følge af virksomhedens økonomi var derfor korrekt. Der var desuden på tidspunktet for ophævelsen ikke indgået en trepartsaftale, som omfattede elever, idet denne først blev indgået den 25. marts 2020. Da det er forholdene på tidspunktet for ophævelsen, der er afgørende, er det uden betydning, hvilke tiltag der efterfølgende blev iværksat vedrørende støtte til virksomheder med elever.

Det er virksomheden, der må vurdere, hvilken medarbejder der bedst kan undværes i en situation, hvor afskedigelse er nødvendig af hensyn til virksomhedens økonomi. Det er åbenbart, at virksomheden, der kun havde to ansatte, ikke kunne undvære den erfarne klinikassistent, og at det derfor nødvendigvis måtte være eleven, der kun havde 2 måneders anciennitet, der måtte afskediges.

Under disse omstændigheder har virksomheden løftet bevisbyrden for, at ophævelsen af uddannelsesaftalen med A ikke skyldtes hendes graviditet. En virksomhed er ikke forpligtet til at omplacere en medarbejder, der opsiges under graviditet, til en stilling, der bliver ledig efter opsigelsestidspunktet, jf. herved Højesterets dom gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2017.303. Det har derfor ikke nogen betydning, hvorvidt A ikke blev tilbudt genansættelse.

En godtgørelse skal under alle omstændigheder fastsættes til et væsentligt lavere beløb i lyset af de konkrete forhold, og kravet kan desuden ikke kræves forrentet før sagens indbringelse for Tvistighedsnævnet.

Tvistighedsnævnets begrundelse og resultat

Da virksomheden på tidspunktet for ophævelsen ubestridt var bekendt med, at A var gravid, påhviler det i medfør af ligebehandlingsloven virksomheden at godtgøre, at ophævelsen af uddannelsesaftalen ikke fandt sted, fordi A var gravid. Det gælder også, selvom ophævelsen fandt sted i prøvetiden.

Den omstændighed, at Sundhedsstyrelsen den 16. marts 2020 udsendte et notat, hvoraf fremgik, at tandlægeklinikker indtil udgangen af juni 2020 kun måtte varetage kritiske funktioner, indebar utvivlsomt, at der derved opstod en vanskelig økonomisk situation for virksomheden.

3 voterende udtaler herefter:

Vi finder på baggrund af forklaringen fra V1 sammenholdt med oplysningerne om virksomhedens økonomiske forhold, at det kan lægges til grund, at V1 den 17. marts 2020, hvor ophævelsen fandt sted, forventede, at Sundhedsstyrelsens beslutning af 16. marts 2020 ville få betydelige konsekvenser for virksomhedens indtjening i den kommende periode, og at der som følge af nedgangen i arbejdsopgave ikke ville være beskæftigelse til

begge ansatte. Efter oplysningerne om virksomhedens økonomi udgjorde lønnen til de ansatte en ikke uvæsentlig andel af virksomhedens udgifter, og vi finder på den baggrund ikke grundlag for at betvivle V1s forklaring om, at hun fandt det nødvendigt at afskedige den ene af sine to ansatte af hensyn til at sikre virksomhedens fortsatte eksistens.

Under hensyn hertil sammenholdt med, at A var ansat på prøve, således at uddannelsesaftalen uden varsel kunne bringes til ophør med en øjeblikkelig besparelse til følge, og henset til hendes meget begrænsede erfaring set i forhold til den anden ansatte i virksomheden, som var en erfaren klinikassistent, finder vi, at virksomheden har godtgjort, at afskedigelsen af A ikke var begrundet i, at hun var gravid, men i de hensyn som er anført ved såvel den mundtlige som ved den skriftlige ophævelse.

Under disse omstændigheder finder vi ikke, at trepartsaftalen af 14. marts 2020 – uanset om den kunne give en forventning om refusionsmulighed også for elever – kan føre til et andet resultat.

Vi stemmer derfor for at tage V1s påstand om frifindelse til følge.

2 voterende udtaler:

Ophævelsen af A fandt sted den 17. marts 2020 få dage efter, at hun havde orienteret V1 om, at hun var gravid. Det var alene A, der blev afskediget, uanset at der kunne have været søgt lønkompensation for A. For den anden ansatte blev indgået en aftale om lønkompensation.

Under disse omstændigheder finder vi, at der er skabt en så klar formodning for, at ophævelsen skyldtes As graviditet, at virksomheden ikke alene med henvisning til den økonomiske situation, som virksomheden befandt sig i som følge af Sundhedsstyrelsens beslutning af 16. marts 2020, har løftet bevisbyrden for, at det var virksomhedens økonomiske situation, der var årsagen til, at As uddannelsesaftale blev ophævet. Vi lægger navnlig vægt på, at de fremlagte regnskabstal ikke var kendt af V1 på tidspunktet for opsigelsen af A og endvidere, at der ikke forelå et af en revisor godkendt regnskab

Vi lægger herved tillige vægt på, at der på tidspunktet for ophævelsen var indgået en trepartsaftale på arbejdsmarkedet om refusionsmulighed, der uanset usikkerheden om rækkevidden i forhold til elever gav grundlag for en forventning hos virksomheden om mulighed for økonomisk støtte, og at det i lyset af, at As prøvetid først udløb den 20. april 2020, ikke var påtrængende nødvendigt at træffe afgørelse om ophævelse af uddannelsesaftalen med det samme uden at afvente en afklaring af muligheden for refusion vedrørende elever.

Under hensyn hertil finder vi, at det må lægges til grund, at ophævelsen skete som følge af As graviditet, og vi stemmer derfor for at tage påstanden om en godtgørelse efter ligebehandlingsloven til følge.

Efter stemmeflertallet tager Tvistighedsnævnet herefter V1s påstand om frifindelse til følge.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

T h i b e s t e m m e s:

B frifindes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Sagen kan inden 8 uger efter, at nævnet har truffet afgørelse, indbringes for domstolene, jf. erhvervsuddannelseslovens § 64, stk. 4. Såfremt sagen indbringes for domstolene, anmoder Tvistighedsnævnet om at blive orienteret.