

KENDELSE

i Afskedigelsesnævnets sag nr.: 20201028.

HK Privat
for

X

mod

Tandlægeforeningen
for
Y

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår, om X er blevet afskediget på usagligt grundlag i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap og/eller i strid med § 6, stk. 2, i Hovedaftalen mellem Dansk Tandlægeforening og HK/SERVICE.

Såfremt klager får medhold i, at afskedigelsen er retsstridig, er der tvist mellem parterne om, hvorvidt godtgørelsen skal beregnes med eller uden hensyntagen til X's flekslønstilskud.

Spørgsmålet om afskedigelsens retsstridighed er udskilt til særskilt behandling.

2. Påstande

Klager, HK Privat for X, har principalt nedlagt påstand om, at de indklagede tilpligtes at anerkende, at afskedigelsen af X er sket i strid

med § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, i forskelsbehandlingsloven samt § 6, stk. 2, i Hovedaftalen mellem Dansk Tandlægeforening og HK/SERVICE, subsidiært at de indklagede tilpligtes at anerkende, at afskedigelsen af X er urimelig i henhold til § 6, stk. 2, i Hovedaftalen mellem Dansk Tandlægeforening og HK/SERVICE.

Indklagede, Tandlægeforeningen for Y har nedlagt påstand om frifindelse.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 13. december 2021 kl. 14:30 med fhv. højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen som nævnsformand og opmand.

Der blev afgivet forklaring af X, klinikejer Z, tidligere klinikejer Æ og tandlæge Ø.

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. Der er mellem parterne enighed om, at sagen kan afsluttes med afsigelse af en kendelse uden gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes argumentation.

4. Sagsfremstilling

X blev ansat som klinikassistentelev den 1. november 1986 og senere fastansat som klinikassistent på en tandlægeklinik beliggende i Hvide Sande. Klinikken blev i 2007 overtaget af indklagede ved tandlægerne Z og Æ, der også havde klinik i Ringkøbing. I 2014 lukkede klinikken i Hvide Sande, hvorefter X blev flyttet til indklagedes klinik i Ringkøbing, hvor hun primært varetog opgaver i sterilisationen, men med en fast ugentlig dag ved tandlægestolen, hvor hun også assisterede ved fravær eller sygdom.

I juli 2016 pådrog X sig en rygskade. I februar 2017 fik X tiltagende smerter i ryggen, der medførte en nedsat arbejdskapacitet. X var fuldtidssygemeldt i en periode fra februar til august 2017. Der blev herefter lagt en plan for gradvis tilbagevenden. Planen var, at hun ved årsskiftet 2017/2018 skulle være tilbage på fuld tid.

Klinikken havde i juni 2017 ansat en klinikassistent, som skulle bistå med en række af X's opgaver.

Ved årsskiftet 2017/2018 var X langt fra at være nået op på aftalt arbejdstid og arbejdsopgaver. Hendes læge udarbejdede i januar 2018 en mulighedserklæring, men det lykkedes ikke at komme op på fuld tid.

Den 1. november 2018 blev der etableret et fastholdelsesfleksjob til X hos indklagede. I fleksjobaftalen er anført bl.a. følgende om jobcentrets vurdering:

”Årsagen til, at medarbejderen er visiteret til fleksjob er diskusprolaps med radikulære symptomer. Skånehensyn i pågældende stilling er nedsat arbejdstid, arbejdstid foregår om formiddagen, ikke senere end til kl. 13, ugentlig fridag, afvekslende arbejdsstillinger, ingen rygbelastende arbejdsopgaver og stillinger, mulighed for selv at tilrettelægge arbejdsdagen/tiden.”

Med afsæt i kommunens vurdering af hendes arbejdsevne som klinikassistent aftalte X og indklagede, at hun skulle arbejde 10 timer om ugen med en effektivitetsgrad på 80 %.

Efter etableringen af fleksjobbet var X's mødetider på klinikken mandag, onsdag og fredag fra kl. 09.00-12.20. Arbejdsopgaverne bestod primært i almindeligt forekommende opgaver i sterilisationen, vask og strygning af klinikkens tøj, udskæring af frugt samt lettere hjælp til journalskrivning og lignende. X havde kun arbejde ”ved stolen” i meget begrænset omfang.

Klinikken bestod i perioden forud for 2020 samlet af 19 personer, heraf 11 klinikassistenter (to af disse var ansat i fleksjob), 7 tandlæger (herunder klinikejerne Æ og Z) og en tandplejer.

Den 1. januar 2020 gik klinikejer og tandlæge Æ på pension. Hun havde ved fratrædelsen 32 ugentlige arbejdstimer. Derudover fratrådte en ansat tandlæge efter eget ønske ved udgangen af februar 2020. Han havde ved fratrædelsen 37 ugentlige arbejdstimer. Den 1. februar 2020 tiltrådte en ny tandlæge på deltid med 24 ugentlige arbejdstimer.

Den 17. februar 2020 blev X og en anden klinikassistent, som primært udførte arbejde i sterilisationen, afskediget med overenskomstmæssigt varsel. Afskedigelserne var begrundet i *”strukturmæssige ændringer på klinikken og arbejdsmæssige forandringer vedr. behandlende tandlæger”*.

X var på opsigelsestidspunktet 55 år og havde 34 års anciennitet i virksomheden.

5. retsgrundlag

Forskelsbehandlingsloven (lovbekendtgørelse nr. 1001 af 4. august 2017 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.) fastsætter i § 1, stk. 1-3, § 2, stk. 1, § 2 a, § 7, stk. 1, og § 7 a følgende:

”§ 1. Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.

Stk. 2. Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

Stk. 3. Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. dog § 2 a.

....

§ 2. En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

....

§ 2 a. Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, eller for at give en person med handicap adgang til uddannelse. Dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Lettes denne byrde i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor.

...

§ 7. Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse.

....

§ 7 a. Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. §§ 2-4, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.”

I § 6, stk. 2, i Hovedaftalen mellem Dansk Tandlægeforening og HK/SERVICE hedder det bl.a.:

”Ved afskedigelse af en tandklinikassistent må vilkårligheder ikke finde sted, og klager over urimelige afskedigelser kan derfor behandles efter nedenstående regler. ...

...

e) Nævnet afsiger en motiveret kendelse. Hvis nævnet måtte finde, at den foretagne opsigelse er urimelig og ikke begrundet i tandklinikassistentens eller virksomhedens forhold kan nævnet bestemme, at virksomheden skal betale den pågældende en

godtgørelse. Størrelsen af denne skal afhænge af sagens omstændigheder og ancienniteten af den uberettiget afskedigede tandklinikassistent. Godtgørelsen kan ikke overstige 52 ugers løn, beregnet efter den afskedigede tandklinikassistentens gennemsnitsfortjeneste gennem det sidste år.”

6. Opmandens begrundelse og resultat

X blev afskediget som følge af, at der efter to tandlægers fratræden var for mange klinikassistenter ansat på klinikken. Udover X blev også en anden klinikassistent, som primært var beskæftiget i sterilisationen, afskediget.

Det er ubestridt, at X på afskedigelsestidspunktet var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand og dermed omfattet af afskedigelsesbeskyttelsen efter denne lov. Det er endvidere ubestridt, at hun, da hun blev afskediget, havde en anciennitet på 34 år. Når dette er tilfældet, påhviler det efter fast praksis i Afskedigelsesnævnet arbejdsgiveren at godtgøre, at det var nødvendigt at afskedige den pågældende frem for en anden medarbejder med væsentlig lavere anciennitet og herunder også undersøge mulighederne for en omplacering.

Efter bevisførelsen lægges følgende til grund med hensyn til valget af X som en af de to medarbejdere, der blev afskediget:

- a) Indklagede var bekendt med, at X havde en meget lang anciennitet, og at hun havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, hvilket indklagede havde en særlig pligt til at tage hensyn til.
- b) Indklagede havde alle medarbejderne på klinikken ”oppe at vende”, førend det blev besluttet, at netop X skulle afskediges.
- c) Indklagede vurderede overordnet set, hvilke kompetencer der fremover ville være brug for i klinikken, og hvilke medarbejdere der havde disse kompetencer.
- d) Overkapaciteten lå primært inden for sterilisationen, som udgjorde en væsentlig del af X's arbejdsområde.
- e) Indklagede vurderede det som værende meget væsentligt for klinikkens fremtidige drift, at alle klinikassistenter kunne assistere ved tandlægestolen som minimum ved sygdom og ved fravær.
- f) X var, jf. forklaringerne afgivet af Z, Æ og Ø, på grund af sit handicap reelt afskåret fra at yde en tilfredsstillende assistance ved tandlægestolen.
- g) X kunne endvidere ikke bare overtage de opgaver, som blev udført af den anden fleksjobansatte, da de bl.a. involverede tunge løft.
- h) X's manglende fysiske forudsætninger for at bistå ved tandlægestolen og for at udføre andre rygbelastende opgaver kunne ikke være afhjulpet ved yderligere tilpasningsforanstaltninger.

Det kan efter det anførte lægges til grund, at X ikke blev udsat for direkte forskelsbehandling på grund af sit handicap, hvilket heller ikke er blevet gjort gældende.

X blev på grund af de kriterier, som indgik i indklagedes vurderinger, stillet ringere end andre personer på grund af sit handicap, og der forelå dermed indirekte forskelsbehandling, hvilket også er erkendt af indklagede. Imidlertid findes indklagede at have løftet bevisbyrden for, at denne forskelsbehandling var sagligt begrundet i en hensigtsmæssig varetagelse af klinikkens arbejdsopgaver og drift, ligesom indklagede også findes at have løftet bevisbyrden for, at indklagede ved vurderingen har ladet det indgå, om gennemførelse af yderligere tilpasningsforanstaltninger i rimeligt omfang kunne have afværget, at X blev afskediget som overtallig. Indklagedes vurdering var, at dette ikke var tilfældet, og der foreligger ikke omstændigheder, som giver grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn herover.

Det lægges på den anførte baggrund til grund, at X ikke har været udsat for indirekte forskelsbehandling som nævnt i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, ligesom indklagede findes at have godtgjort, at der ved afskedigelsen af X er blevet taget de nødvendige anciennitetsmæssige hensyn.

Da afskedigelsen af X dermed hverken var strid med forskelsbehandlingsloven eller i strid med Hovedaftalens § 6, stk. 2, tages indklagedes påstand om frifindelse til følge.

Thi bestemmes:

Indklagede frifindes.

Klager, HK Privat for X skal betale opmandens honorar.

København, den 28. december 2021


Lene Pagter Kristensen