



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 25. november 2022

Sag BS-12689/2021-OLR
(9. afdeling)

Dansk Erhverv som mandatar for
B ApS
(advokat Anders Feldt, prøve)

mod

DM som mandatar for A
(advokat Louise Horn Aagesen)

Retten i Lyngby har den 17. marts 2021 afsagt dom i 1. instans (sag BS-25438/2020-LYN).

Landsdommerne Joachim Kromann, Gitte Rubæk Pedersen og Casper Klindt Sølbeck (kst.) har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, B ApS, har som for byretten nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb efter rettens skøn.

Indstævnte, A, har gentaget sin påstand for byretten om, at B ApS skal betale 225.400,80 kr. til A med tillæg af sædvanlig procesrente fra indlevering af klage til Ligebehandlingsnævnet den 22. januar 2019.

Supplerende sagsfremstilling

Der er mellem parterne enighed om, at A under sin ansættelse modtog bonus i månederne marts, april, september og oktober 2017 med henholdsvis 2.520 kr., 1.260 kr., 2480 kr. og 1.284 kr.

Der er for landsretten fremlagt et statistikudtræk, der for perioden fra den 1. januar 2017 til den 31. oktober 2017 bl.a. viser, hvor mange opkald og mødebookninger pr. dag en række medarbejdere gennemsnitligt havde i perioden.

Den 22. januar 2019 klagede A til Ligebehandlingsnævnet og nedlagde påstand om, at hun skulle tilkendes en godtgørelse på et beløb svarende til 9 måneders løn. Ligebehandlingsnævnet traf den 15. april 2020 afgørelse om, at nævnet ikke kunne behandle sagen under henvisning til, at en afgørelse ville kræve bevisførelse i form af mundtlige parts- og vidneforklaringer.

Forklaringer

F, A og E har afgivet supplerende forklaring.

F har forklaret bl.a., at han ejer selskabet og i dag er bestyrelsesformand. I 2017, hvor han var CEO, arbejdede han fra selskabets adresse i Skodsborg. Han havde ikke mulighed for at tage til Aalborgkontoret i 2017, men han afholdt løbende videomøder med medarbejdere på Aalborgkontoret, ligesom der var telefonisk kontakt med kontoret. H var ansat som leder af Aalborgkontoret fra medio august til oktober 2017. Herefter overtog han selv opgaven.

Den telefonsamtale, han i sommeren 2017 havde med A fandt sted i midten af juli, mens han var ude at rejse. A performance lå væsentligt lavere end de andres, og han skulle sætte et hold, "så han kunne redde biksen". Hans vurdering var, at det var bedst at beholde A i en periode.

I oktober 2017 stod virksomheden i en kaotisk situation. Hans mail af 24. oktober 2017 til E om, at han ville opsig A skrev han, fordi A ikke performede bedre, end hun gjorde, og ikke havde forbedret sig tilstrækkeligt. Han så på foreliggende data, herunder vedrørende medarbejdernes bonus. Bonus blev optjent på ugebasis af hensyn til medarbejderne. På dette tidspunkt var det alene ham, der havde kompetence til at opsig medarbejdere. Hans mail til E er udtryk for, at det lå ham meget på sinde, at E var tilfreds. Hun var en nøglespiller. Han var på dette tidspunkt ikke klar over, at A var gravid.

Han traf beslutningen om at opsige af A i oktober måned, men den blev først eksekveret i november 2017. Den primære årsag hertil var, at situationen for virksomheden var kaotisk, men han ønskede også at have en personlig samtale med A i forbindelse med opsigelsen. Beslutningen om opsigelse blev også udsat, fordi det ville være dyrt at gennemføre den i oktober måned. Da han skred til opsigelsen i november måned, kunne han se, at det var nødvendigt at foretage opsigelsen på dette tidspunkt, ellers risikerede han, at der skulle betales løn i en måned mere. A's sygeforløb spillede ikke ind.

Den medarbejder, der i det foreliggende udtræk med statistiske oplysninger, er anført med initialerne ..., er J. Hun fratrådte i sommeren 2017. ... er L. Hun var stadig ansat i oktober 2017. ... er K. Hun var også ansat i oktober 2017, men var vist på barsel. ... er M. Hun var ikke ansat på dette tidspunkt. ... er A. E indgår ikke i oversigten. Han kan ikke sige, om der mangler flere medarbejdere.

Udtrækket viser, at A foretog mange opkald, men bookede færre møder end de andre, og det var kritisk, fordi det påvirkede muligheden for at få møder i stand. Man "brændte leads af" ved opkald, der ikke førte til noget. Hver medarbejder skulle i gennemsnit booke 2 møder pr. dag. At ingen af de ansatte, der er nævnt i udtrækket, opfyldte dette, havde sammenhæng med, at der var kaos på Jyllandskontoret. Derfor overtog han også ansvaret. E var faglig ansvarlig, men hun var ikke – således som det i selskabets processkrift for Ligebehandlingsnævnet er oplyst – chef, da hun ikke kunne ansætte og afskedige medarbejdere.

A har forklaret bl.a., at hun rettelig er uddannet på Aalborg Universitet. Hun hørte første gang om udviklingsplanen, da F ringede til hende om sommeren. Han var sød og venlig, og han gav udtryk for, at hun var værd at satse på, men at det var relevant at få koblet E på i forhold til hendes arbejde. Hun fik ikke at vide, at det var en forudsætning, at man bookede så mange møder, at man fik bonus. Hun drøftede udviklingsplanen med E, efter at E i sommeren 2017 blev faglig leder. Hun husker slet ikke, at H var inde over arbejdet hermed. Efter at H stoppede i begyndelsen af oktober 2017, overtog E hans rolle fuldstændig. Det fortalte E selv. Det var herefter hende, de skulle gå til bl.a. i forhold til sygdom.

I det foreliggende statistikudtræk mangler der flere ansatte, herunder en medarbejder ved navn Hanne, der blev ansat samtidig med hende. En anden ansat er heller ikke på listen, selv om hun var ansat i dele af 2017. Der var mange sy-

stemfejl, og derfor skulle de også lave manuelle optegnelser vedrørende møder mv.

Hun holdt efterårsferie i oktober 2017. Hun oplevede i oktober måned smerter i lænd og ryg mv., og hun havde flere sygedage i oktober. Da E var hendes teamleder, orienterede hun den 23. oktober 2017 hende om, at hun var gravid. Hun var til læge den 24. oktober 2017. Beskeden til E den 24. oktober 2017 sendte hun, fordi E havde været meget deltagende, da hun dagen før var blevet orienteret om hendes graviditet. E havde opfordret hende til at prøve at få en lægetid allerede om eftermiddagen den 23. oktober 2017, og det er det, hun refererer til i beskeden den 24. oktober 2017. Hun skrev "hej søde chef" i beskeden sendt den 26. oktober 2017, kl. 9.48, fordi E var hendes chef. De havde forinden talt om, at der måske var flere fostre, og det var derfor, at hun indforstået skrev "Der var ét foster og hjerteblink". Det var hendes første graviditet. Det anførte i beskeden den 31. oktober 2017 relaterer sig til de ansættelsessamtaler, E havde holdt. Der skulle ansættes nye medarbejdere.

Der havde været meget kaos i virksomheden lige fra det tidspunkt, hun blev ansat. Det blev bedre for hende og de andre fra sommeren 2017, hvor E bl.a. oplærte dem i "flytning af leads".

Hun fik et nyt job tre måneder efter udløbet af opsigelsen i 2018.

E har forklaret bl.a., at hun fortsat er ansat, men at hun nu har en anden stilling, der bl.a. angår rekruttering. I september 2017 var hendes stilling den samme, som A havde. På daværende tidspunkt var hun den medarbejder, der havde været længst tid i virksomheden, og derfor kom de andre til hende. Hun lægger ikke så meget i betegnelsen faglig leder. Hvis en medarbejder var syg, skulle en sygemelding sendes til H, men A skulle også orientere hende, fordi hun skulle hjælpe A.

De positive beskeder, hun sendte flere af til A var for at medvirke til, at A oplevede en glæde ved arbejdet. Det var en del af coachingforløbet, at hun opmuntrede A. Hun og A havde selv opsat en plan for coachingforløbet, der skulle vare nogle måneder. Hun ved ikke, om H var involveret i at udarbejde en egentlig udviklingsplan.

Bonuskravet var nedsat til bookning af 8 møder ugentlig. A forbedrede sig, således at hun i 3 ud af 4 uger i september 2017 opnåede det reducerede bonusmål, men medarbejderne skulle være i stand til at opfylde bonusmålet i alle uger af året.

I forhold til den samtale, hun havde med A den 23. oktober 2017, husker hun kun, at de talte om, at A havde rygsmerter. Hun blev ikke gjort bekendt med, at smerterne skulle have sammenhæng med en graviditet. Hun kendte således ikke til A's graviditet forud for F's mail af 24. oktober 2017. Hun havde heller ikke fortalt ham om A's rygsmerter.

Hendes besked til A den 25. oktober 2017, hvor hun skrev "godt du får noget afklaring i morgen", havde sammenhæng med, at A havde orienteret hende om, at hun ikke havde fået en lægetid. Hun kendte ikke til A's lægebesøg den 24. oktober 2017. Hun kendte heller ikke til A's graviditet den 26. oktober 2017.

Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

B ApS har yderligere anført, at såfremt landsretten måtte finde, at A har krav på en godtgørelse enten efter ligebehandlingsloven eller funktionærloven, skal bonus ikke indregnes som en del af månedslønnen, da den ikke var en fast påregnelig del af lønnen. Såfremt landsretten måtte være af en anden opfattelse, skal bonus i hvert fald alene indgå forholdsmæssigt og da med 580 kr.

A kan ikke kræve renter fra tidspunktet for indleveringen af klage til Ligebehandlingsnævnet, da en sådan klage ikke opfylder betingelserne i rentelovens § 3, stk. 4.

A har yderligere anført, at hendes løn på opsigelsestidspunktet udgjorde 22.000 kr. med tillæg af bonusudbetalinger. Da disse var en påstået forudsætning for ansættelsen, og da spørgsmålet om bonus ikke er belyst i ansættelsesbeviset, skal der ved opgørelsen af månedslønnen indregnes bonus med de 1.280 kr., som hun fik i oktober 2017. Herefter skal der regnes med en månedsløn på i alt 24.211,20 kr.

Det rejste krav kan kræves forrentet fra indleveringen af klagen til Ligebehandlingsnævnet den 22. januar 2019. Der skal herved lægges vægt på, at det ikke er muligt at anlægge en sag ved domstolene, når en sag verserer for Ligebehandlingsnævnet. En indbringelse af en sag for Ligebehandlingsnævnet svarer derfor til at påbegynde retsforfølgning af et krav i medfør af rentelovens § 3, stk. 4, hvilket er anerkendt ved flere landsretsafgørelser.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det kan som også anført af byretten lægges til grund, at B ApS var bekendt med A's graviditet og abort på afskedigelsestidspunktet den 15. november 2017. Der er afgivet modstridende forklaringer om, hvorvidt A allerede den 23. oktober 2017 orienterede E om graviditeten. Korrespondancen mellem dem i dagene derefter tyder imidlertid på, at E nævnte dato blev orienteret om A's graviditet.

Henset til den tætte tidsmæssige sammenhæng mellem den ufrivillige abort og opsigelsen den 15. november 2017, og når der samtidig henses til sagens øvrige oplysninger, herunder om A's sygemelding i forlængelse af aborten, finder landsretten, at A har påvist omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, hvorefter det i medfør af ligebehandlingslovens § 16 a påhviler B ApS at bevise, at ligebehandlingsprincippet i lovens § 9 ikke er blevet krænket.

Efter sagens oplysninger lægger landsretten til grund, at A blev bedre til sit arbejde i efteråret 2017. Herefter, og henset til oplysningerne om den situation, B ApS befandt sig i, og selskabets ageren over for A umiddelbart efter, at selskabet havde modtaget en sygemelding foranlediget af A's ufrivillige abort, finder landsretten, at B ApS ikke har løftet bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

A har herefter krav på en godtgørelse. Efter sagens omstændigheder, herunder længden af hendes ansættelsesperiode, finder landsretten ligesom byretten, at godtgørelsen skal svare til ni måneders løn. Efter oplysningerne i sagen kan det lægges til grund, at A optjente bonus i nogle uger af sin ansættelse, men at hun i de fleste måneder ikke modtog bonus. Landsretten finder, at der ved fastsættelsen af godtgørelsen under disse omstændigheder ikke er grundlag for at indregne bonus som et tillæg til månedslønnen. Godtgørelsen fastsættes herefter til 205.920 kr.

Landsretten lægger efter bevisførelsen til grund, at A ikke modtog nogen bonusaftale, selv om det fremgik af hendes ansættelsesbevis, at "bonus aftales på separat aftale, der følger denne". Landsretten lægger samtidig til grund, at A modtog bonus i overensstemmelse med de retningslinjer, der i virksomheden var gældende herfor. På den baggrund tiltræder landsretten, at A for mangler ved ansættelsesbeviset bør tilkendes en godtgørelse på 2.500 kr., jf. ansættelsesbevislovens § 6, stk. 1.

A har herefter krav på betaling af i alt 208.420 kr., der i overensstemmelse med praksis i tilfælde, hvor der for Ligebehandlingsnævnet

har været nedlagt en betalingspåstand, skal forrentes fra den 22. januar 2019, hvor sagen blev indbragt for Ligebehandlingsnævnet.

Efter sagens udfald skal Dansk Erhverv som mandatar for B ApS i sagsomkostninger for landsretten betale 35.000 kr. til DM som mandatar for A til dækning af udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens omfang og forløb.

THI KENDES FOR RET:

Byrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Dansk Erhverv som mandatar for B ApS inden 14 dage betale 35.000 kr. til DM som mandatar for A. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.



RETEN I LYNGBY DOM

afsagt den 17. marts 2021

Sag BS-25438/2020-LYN

DM som mandatar for A
(advokat Frederik Brocks)
mod

Dansk Erhverv som mandatar for
B ApS
(advokat Lars Alexander Boberg Borke)

Denne afgørelse er truffet af dommer Seerup.

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen, der er anlagt den 25. juni 2020, drejer sig om, hvorvidt B ApS' opsigelse af A den 15. november 2017 var i strid med ligebehandlingslovens § 9.

Sagsøgeren, A, har nedlagt følgende påstand:

B ApS skal betale kr. 225.400,80 til A med tillæg af sædvanlig procesrente fra indlevering af klage til Ligebehandlingsnævnet den 22. Januar 2019 til betaling sker.

Påstanden er opgjort sådan:

Godtgørelse for uberettiget afskedigelse
(kr. 24.211,20 x 9 måneder)

217.900,80 kr.

Godtgørelse for mangelfuldt ansættelsesbevis	7.500,00 kr.
I alt	<u>225.400,80 kr.</u>

Sagsøgte, B ApS, har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært, frifindelse mod betaling af et mindre beløb efter rettens skøn.

Dommen indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a.

Oplysningerne i sagen

Det fremgår af sagen, at A blev ansat i B ApS med virkning fr den 26. oktober 2016. Stillingsbetegnelsen var Executive Assistant. Månedslønnen var på 22.000 kr., og arbejdsstedet var på C-vej 5 i D By. Af ansættelsesbeviset fremgik bl.a., at ”Bonus aftales på separat aftale, der følger denne.” A fik ikke udleveret denne separate aftale, men fik efter det oplyste bonus i overensstemmelse med de i firmaet gældende regler.

I efteråret 2017 blev A gravid. Hun omtalte graviditeten over for sin faglige leder, E i sms'er af 26. oktober, 2. november, 3. november og 6. november 2017. Ligeledes den 6. november 2017 meddelte A kollegerne og firmaets indehaver via en sms til E, at hun var gravid, men at fosteret var dødt og skulle fjernes.

Ved mail af 15. november 2017 blev A opsagt til udgangen af februar 2018. Begrundelsen for opsigelsen var ”manglende performance”.

I sagen er fremlagt en mail af 24. oktober 2017 fra indehaver af B ApS, F, til E, hvoraf fremgår, at F havde besluttet at opsiges A med udgangen af oktober 2017. Denne beslutning blev ikke ført ud i livet.

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af A, F og E.

A har forklaret bl.a., at hun er kandidat i kommunikation fra AUC. Efter universitet havde hun forskellig beskæftigelse, før hun kom til B ApS. Hun fandt arbejdet gennem et jobopslag. Det var en fastansættelse, men da hun var ledig, valgte B ApS at ansætte hende med løntilskud. Hun fik ikke at vide, at løntilskuddet gjorde nogen forskel for hendes ansættelsesvilkår. Hendes arbejdsopgaver hos B ApS bestod i dagligt at kontakte virksomhedsledere, der var registreret i en database

over folk med ledelsesansvar – såkaldte ”leads”. Man skulle ringe til så mange som muligt i løbet af en dag for at booke et møde mellem disse ledere og en konsulent fra B ApS. Formålet med møderne var at sælge konsulentbistand. Hun selv stod kun for mødebooking – ikke for selve mødet. Man fik bonus, hvis man bookede 10 eller flere møder pr. uge. Der var højere bonus, jo højere man kom op. Den første bonus var omkring 1.000 kr. Herefter steg bonus, hvis man oversteg 10, 12, 15 henholdsvis 20 møder. På et tidspunkt blev bonusmålet sat ned fra 10 til 8 mødebookinger pr. uge. Bonusmålet blev sat ned for alle mødebookerne.

De talte sammen kollegerne imellem om de telefonsamtaler, de havde haft. De talte ikke sammen med hinandens resultater. Havde man haft en god dag, kunne det være, at man sagde det til de andre. Der var også nogle af de andre, som havde måneder uden bonus. Hun mener ikke, hun lå ringere end de andre. Arbejdet blev automatisk registreret i systemet i forbindelse med registrering af de bookedede møder. De skulle også skrive ned manuelt, fordi der var så mange fejl i systemet. Hun kunne ikke på systemet se de andre kollegers bookingaktiviteter. Hun kunne se sine egne. Hvis et møde blev booket, og der så kom afbud, lykkedes det hende typisk at foretage en ombooking. Det gav ikke ekstra for hende. Hun har ikke oplevet, at en kunde helt har fortrudt en mødebooking.

Hendes nærmeste leder var først G. Han stoppede imidlertid i sommeren 2017. Herefter blev en teamleder ved navn H ansat, men han blev fyret igen efter kort tid. Herefter overtog hendes kollega, E, stillingen fra H. I den følgende periode frem til afskedigelsen kontaktede hun E i tilfælde af sygdommeldinger, ferieafvikling, problemer med lønseddel m.v. Hun kommunikerede med E mundtligt og ved sms. Man måtte ikke tage arbejdstelefoner med hjem. Hun fik tilladelse af E til at arbejde hjemme, da hun blev plaget af smerter. Derfor havde hun computer og telefon med hjem. E var hendes leder med eget kontor, hvor de tre andre sad i åbent kontor. E kunne ansætte folk. Det var i hvert fald hende, der havde jobsamtalerne. E kunne ikke fritstille hende i forbindelse med opsigelsen.

I sin tid som ansat så hun kun F tre gange.

I sommeren 2017 gik hendes arbejde godt. Hun fik ikke på noget tidspunkt at vide, at det ikke gik godt nok. Der var meget uro i virksomheden. Der var en fyringsrunde i sommeren 2017, hvor bl.a. den kollega med højest anciennitet blev fyret. Ved en samtale med F fik hun at vide, at man gerne ville beholde hende. De var tre damer tilbage på kontoret efter fyringsrunden. E holdt et foredrag om, hvordan de skulle håndtere opkaldene til virksomhedslederne. Udviklingsplanen bestod i foredraget og to dages sidemandsoplæring hos E. Hun fik ikke på noget tidspunkt at vide, at hendes ansættelse afhang af hendes udvikling. Udviklingsplanen var specifik for hende, men den

coaching fra E, der var en del af planen, var fælles for alle mødebookerne. Hun ved ikke, hvad E har skrevet til de andre. Hun drøftede udviklingsplanen telefonisk med F, der ringede til hver enkelt medarbejder for at forklare, hvorfor J var blevet fyret. Hun har med sikkerhed ikke fået at vide, at hendes fortsatte ansættelse var afhængig af hendes udvikling. Tværtimod var F meget rosende over for hende ved samtalen. Hun skulle udvikles, fordi F gerne ville fastholde hende. Hun har ikke haft samtale om sin stilling med F siden. Hun har kontaktet F en enkelt gang for at beklage sig over H. F var enig i, at H ikke opfyldte sine forpligtelser, hvorfor H blev fyret en uge senere.

Efter sommeren gik hendes arbejde rigtigt godt. Hun fik ros af E og F både mundtligt og skriftligt. F skrev til hende på arbejdsmobilen og roste. Hun fik ikke på noget tidspunkt at vide, at hendes arbejde ikke var godt nok.

Foreholdt en oversigt i svarskriftet (Ekstrakten, side 19) har hun forklaret, at hun ikke har set denne oversigt i løbet af sin ansættelse. Hun genkender ikke tallene i kolonnen ”Meetings pr. day”. Hun ved ikke, hvordan man har beregnet det. I sommeren 2017 var der meget uro. Derfor skulle man kun booke 8 møder pr. uge for at få bonus, hvor der tidligere skulle 10 bookinger til for at udløse bonus. Hun fik bonus i september og oktober 2017. Det gik så godt, og hun følte, at hun virkelig var begyndt at se, hvordan man kunne flytte direktørrerne, som hun ringede til.

Den 8. oktober 2017 fandt hun ud af, at hun var gravid. Hun havde været på besøg i Lemvig og havde det skidt. Hun tog derfor graviditetstest om aftenen, og den var positiv. Hun var ovenud lykkelig. Hun havde imidlertid stærke smerter, særligt i ryggen og lænden.

Hun fortalte E om sin graviditet om mandagen efter efterårsferien. Det var den 23. oktober 2017. Hun havde haft mange sygedage i oktober, hvorfor hun valgte at fortælle E om graviditeten. Det var midt på dagen. Hun ville gerne sige det, uden at kollegerne hørte det. Hun gik derfor ind på E's kontor og fortalte det. Hun fortalte også om, at hun skulle til lægen om aftenen dagen efter. E fortalte, hvordan hun selv havde blødt under hele sin graviditet, og hun opfordrede hende til at få en lægeerklæring hurtigst muligt. Det lykkedes desværre ikke at få tid hos lægen dagen efter, hvorfor det først blev den 25. oktober. Hun og E talte meget sammen om graviditeten i tiden efter. Hun kom til scanning, hvor alt så godt ud. Fra den 8. oktober til den 23. oktober 2017 har hun utvivlsomt haft kommunikation med E. Hun har eksempelvis sygemeldt sig via sms. I perioden fra 11. september 2017 til den 24. oktober har hun givetvis kommunikeret med E. I hvert fald mundtligt. Hun har fremlagt alt den skriftlige korrespondance, som hun har.

Den 26. oktober 2017 skrev hun en sms til E, hvor hun bl.a. fortalte, at der kun var ét foster (Ekstrakten, side 43). De havde talt om, at hendes gener kunne skyldes tvillinger, hvorfor det var relevant at fortælle, at der kun var ét foster. Hendes sms-korrespondance med E var ikke fortrolig. Hendes eneste forudsætning var, at hendes to nærmeste kolleger blev orienteret direkte af hende selv vedrørende graviditeten. Hun har orienteret E forudgående i dennes egenskab af chef.

Den 4. november 2017 var hun til læge. Hun havde stærke smerter, og da lægen ikke kunne høre hjertelyd, blev hun sendt på sygehuset. Den 6. november 2017 orienterede hun E om det passerede, herunder, at fosteret var dødt og skulle fjernes.

Hun bad E om at læse en besked op for kollegerne. Hun antog, at virksomheden var informeret, da hun jo havde orienteret E. Det er derfor, at hun i den besked, der skulle læses højt, skrev ”Hej søde piger (og F)”. Beskeden var en orientering af kollegerne ikke af ledelsen, som jo allerede var orienteret. Hun gik ud fra, at F var orienteret af E om graviditeten.

Hun blev sygemeldt samme dag. Det var vanvittig hårdt. Hun var brudt sammen. Hun var meget ked af den måde, virksomheden behandlede hende på. Hun syntes ikke, at der var forståelse for hendes situation. Hun skulle hele tiden komme med nye lægeerklæringer.

Den 15. november 2017 modtog hun sin opsigelse. Hun var psykisk et helt andet sted. Hun bekræftede, at hun havde modtaget og læst beskeden. Hun syntes, det var noget vrøvl, at hendes performance var dårlig.

F har forklaret bl.a., at medarbejdere som A er ansat til at kontakte potentielle kunder med henblik på at booke møder med firmaets rådgivere. Firmaet leverer personlig udvikling og ledersparring. De har bestyrelsesprogrammer, ledelsesprogrammer og coachingprogrammer. På rådgivermødet bliver behov afklaret, og et interview med ham selv bliver planlagt. Mødebookeren er blot ansat til at ”bryde isen”.

Mødebookerens indsats opgøres pr. uge. Medarbejderen kan selv følge med i, om de har optjent bonus. Man kan se både sin egen og kollegernes indsats. Sådan har det altid været. Man kunne se, hvor mange møder, der blev booket, hvor mange opkald der var, og hvor mange der blev ombooket eller helt aflyst. Man skulle booke minimum to møder pr. dag af hensyn til rentabiliteten. Nåede man ikke de ti møder, fik man ikke bonus. Bonusmålet blev sat ned fra 10 til 8 for hele afdelingen. Bonusmålet på 10 bookinger om ugen var ikke et ansættelsesvilkår.

Ser man på A's indsats, gav det underskud. Når hun ikke blev opsagt trods måneder uden bonus, skyldes det, at de så et potentiale i hende.

G var ansvarlig for Ålborgafdelingen, men sad i Vejle. I Ålborg havde medarbejderne derfor en meget høj grad af eget ansvar. G kunne ikke selv ansætte.

I det jyske var der et tab på 2 mio. kr. Han blev desværre nødt til at opsig en del medarbejdere. Han besluttede at køre Ålborgkontoret videre. Han havde en samtale med hver af medarbejderne, herunder A. Han talte med A under sin ferie i Schweiz. Han forklarede hende, at hun havde tre måneder til at forbedre sig. I modsat fald ville hun blive opsagt. Han var ikke positivt stemt eller rosende ved samtalen. A var det svageste kort i det hold, han valgte at sætte, målt på hans oversigt over medarbejderens indsats. De to andre fik derfor højere bonus. J blev ikke fyret. De aftalte, at E skulle være coach for A. E er exceptionelt dygtig til sit arbejde og sagde ja til at hjælpe A. E fik hver måned bonus på 13-15.000 kr.

Han ansatte H som leder på Ålborgkontoret. Denne fastsatte en handlingsplan for A. Da H blev afskediget, tog han en videosamtale med A. Han har ikke på noget tidspunkt givet A personlig ros. Han har drøftet A med både H og E.

Den 24. oktober 2017 besluttede han at afskedige A. De nærmede sig en månedsafslutning, og A's performance var ikke som håbet. Det ville ikke kunne indhentes på de sidste 7 dage i måneden. Han orienterede E om, at coachingforløbet ikke havde båret frugt. Han vidste ikke på det pågældende tidspunkt, at A var gravid. A fik bonus i oktober, fordi den blev opgjort på ugebasis. Foreholdt, at der både var sygemelding og ferie i oktober, bekræfter han, at A performede godt i noget af perioden.

A blev alligevel ikke opsagt ved månedens udgang som planlagt. Der var en forsikring, som gav refusion på 19.000 kr. efter to fraværsdage. Det ville derfor have kostet firmaet 3.000 kr. at afskedige A. Han havde forventet, at A ville arbejde i opsigelsesperioden.

K, L og J er A's tidligere kolleger. K har været på barsel i virksomheden. Ingen af de tre lå dårligere i bonus end A. J stoppede hen over sommeren i 2017. Hun blev ikke fyret. K og L performede bedre end A. Det så han i en statistik, som han trak på daværende tidspunkt.

E har forklaret bl.a., at hun er ansat i B ApS, hvor hun har været siden januar 2015. Virksomhedens ansvarlige leder er F.

Tidligere var G leder af filialen i Ålborg. Det var vist F, der stod for ansættelser og opsigelser. Hun selv har ikke kompetence til at ansætte og afskedige folk. Det har hun først fået det sidste års tid. Hun startede som mødebooker i virksomheden. Det var det samme job som A. Hun fik bonus på 13-14.000 kr. hver måned, nogle gange højere. Hun har aldrig oplevet ikke at få bonus. Mødebookeren har ikke kompetence til at lukke et salg. I efteråret 2017 havde hun samme stilling som A. Hun var derudover også ansat som faglig leder. H havde alt, hvad der havde med bonus m.v. at gøre.

Hvis en kunde finder ud af, at kunden alligevel ikke har tid eller lyst, aflyser de mødet igen. Det forekom. Hun sørgede for, at kunden fik en tryghed omkring det uforpligtende møde for derved at undgå aflysninger. Når man booker et møde, kunne alle se det. Det var også for at undgå, at man bookede møde med de samme mennesker på de samme tidspunkter. A har løbende kunnet holde sig opdateret med sin egen og kollegernes mødebookinger. Man kunne i hvert fald følge sin egen performance, herunder opnåelse af bonusmål.

Ved frokostpauser m.v. vendte mødebookerne tingene med hinanden. Deres leder, G, var der ikke fysisk. De motiverede derfor hinanden. Man fortalte måske, at man havde nået sine ti bookinger i den pågældende uge. Hun sad dog ikke og skiltede med sin bonus. Hun havde en vis fornemmelse for, hvilke kolleger der bookede hvor meget. Det kunne man se i mødekalenderen, hvis man tog sig tid til at tælle sammen.

A performede dårligst af kollegerne. F bad hende derfor hjælpe A hvilket hun naturligvis sagde ja til. F fortalte, at det egentlig ikke gav mening at beholde A men man kunne forsøge at få hende op gennem et coachingforløb. Det fortalte hun ikke til A. Hun har bare hjulpet. Hun var ikke chef for A. H fik det ledelsesmæssige ansvar, da han blev ansat. Bonusmålene var sænket for A i efteråret 2017. Måske var de også sænket for de andre. Det var godt, når A havde nået de 8 møder.

Hun har kommunikeret med A på mobiltelefon, både privat- og arbejdsmobil. Derudover har de kommunikeret via Messenger.

I september 2017 husker hun ikke, hvordan A performance lå i forhold til kollegerne. Men A fik bonus hver gang, kan hun se på korrespondancen. Det gik rigtigt godt for A i september måned 2017. Hun har forsøgt at coache A ved at skabe gode vibrationer og gejst. Coachingperioden var august, september og oktober 2017. Hun har coachet både mundtligt og skriftligt. Hun husker ikke, om hun har skrevet mere, end det, der er fremlagt i sagen.

Mail af 24. oktober 2017 fra F læste hun samme dag. Hun var ikke overrasket over beslutningen. Der var jo ikke den ugentlige bonus, som der

skulle være. A var stadig den dårligste på kontoret og havde ikke løftet sin performance.

A havde lændesmerter og havde mange sygedage. Det sms'ede hun til hende om.

Hun husker ikke at have haft et møde på kontoret med A den 23. oktober 2017. Hun havde ikke sit eget kontor, men sad sammen med de andre piger. Hun erindrer ikke at have fået at vide, at A var gravid den 23. oktober 2017. Hun husker, at A havde fortalt, at hun havde svært ved at blive gravid. Det blev sagt åbent på kontoret. Hun forklarer nu, at hun har haft en samtale med A den 23. oktober. Den angik rygsmerter, ikke graviditet.

Den 24. oktober 2017 vidste hun stadig ikke, at A var gravid.

I sms af 26. oktober 2017 har A oplyst om ét foster. Hun har ikke givet denne oplysning videre til nogen. Hun opfattede det som privat. Der var en fortrolighed mellem dem. Foreholdt sms'er af 6. november 2017 har hun forklaret, at hun må have kendt graviditeten på dette tidspunkt.

J stoppede i juni måned. J lå bedre end A. K gik på barsel i oktober måned 2017.

I dag husker hun ikke, hvornår hun hørte om graviditeten første gang, men hun kan se, at hun har fået denne oplysning før den 2. november 2017, og det må have været uden for den fremlagte korrespondance. Det kan være ved en telefonsamtale eller ved et møde. Hun ville have ønsket tillykke med graviditeten via sms, hvis hun havde fået besked om graviditeten via sms. Hun ville ikke have svaret koldt tilbage.

Parternes anbringender

A har i sit påstandsdokument påberåbt følgende anbringender:

”Det gøres overordnet gældende, at opsigelsen af A var i strid med ligebehandlingslovens § 9, hvorfor A er berettiget til en godtgørelse svarende til kr. 213.761,60, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 2.

Det gøres ligeledes gældende, at en opsigelse begrundet i en medarbejders graviditet, abort eller sygemelding som følge af graviditet og/eller abort er i strid med ligebehandlingslovens § 9.

Principal – opsigelsestidspunktet

Det følger af fast højesteretspraksis, at vurderingen af rimeligheden af en opsigelse skal foretages ud fra forholdene på opsigelsestidspunktet. Det gøres derfor gældende, at vurderingen af rimeligheden af opsigelsen af A skal foretages ud fra forholdene den 15. november 2017.

Det gøres ligeledes gældende, at B ApS skal godtgøre, at opsigelsen af A den 15. november 2017 ikke var begrundet i A's graviditet og/eller abort, hvis A kan påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at opsigelsen var begrundet i A's graviditet eller abort, jf. ligebehandlingslovens § 16 a (delt bevisbyrde).

A's bevisbyrde

Det gøres gældende, at A har påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at opsigelsen var begrundet i A's graviditet og/eller abort, jf. ligebehandlingslovens § 16 a, 1. led (1. led i bevisbyrden). I løbet af oktober og november 2017 havde A en løbende korrespondance med B ApS, herunder E, der var A's leder, om graviditeten ... Den 6. november 2017 orienterede A B ApS om aborten og fremsendte samme dag en lægeerklæring om sygemeldingen til B ApS ... A blev efterfølgende opsagt den 15. november 2017 ... Opsigelsen af A skete således i umiddelbar tilknytning til hendes meddelelse om abort og sygemelding som følge heraf, hvorfor der foreligger faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at opsigelsen var begrundet i A's graviditet og/eller abort, jf. ligebehandlingslovens § 16 a, 1. led.

B ApS' bevisbyrde

Det gøres gældende, at B ApS skal dokumentere, at opsigelsen af A ikke var begrundet i A's graviditet og/eller abort, jf. ligebehandlingslovens § 16 a, 2. led (2. led i bevisbyrden). Dette er en tung bevisbyrde, der ikke er løftet. I sommeren og efteråret 2017 blev A løbende blev rost for sit arbejde.

...

Herudover modtog A ikke nogen advarsel for manglende performance i løbet af ansættelsen. Tværtimod modtog A bonusudbetalinger i marts, april, september og oktober 2017 for sin performance ...

B ApS har i svarskriftet fremlagt en oversigt, der angiveligvis dokumenterer A's manglende performance i 2017. Oversigten er dog ikke i overensstemmelse med den korrespondance, der var mellem E og A i efteråret, hvor A gentagne gange blev rost for sin performance ... Herudover er oplysninger i oversigten ikke understøttet af nogen som helst form for dokumentation. På denne baggrund gøres det gældende, at B ApS ikke har dokumenteret, at opsi-

gelsen ikke var begrundet i A's graviditet og/eller abort, hvorfor opsigelsen er i strid med ligebehandlingslovens § 9, jf. ligebehandlingslovens § 16 a, 2. led.

Subsidiært – beslutningstidspunktet

B ApS anfører, at B ApS traf beslutning om at opsig

A den 24. oktober 2017, kl. 18.22 ..., hvorfor vurderingen af rimeligheden af opsigelsen skal ske ud fra forholdene den 24. oktober 2017. Dette bestrides, idet det følger af fast højesteretspraksis, at det er forholdene på opsigelsestidspunktet – den 15. november 2017 – der skal lægges til grund ved vurderingen af opsigelsens berettigelse. Hvis retten kommer frem til, at opsigelsen af A skal vurderes ud fra forholdene ved fremsendelsen af e-mailen den 24. oktober 2017, kl. 18.22 (bilag 5), gøres det gældende, at B ApS bærer bevisbyrden for, at opsigelsen ikke var i strid med ligebehandlingslovens § 9, idet A var gravid på beslutningstidspunktet den 24. oktober 2017, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 (omvendt bevisbyrde). Der er tale om en tung bevisbyrde, der ikke er løftet af B ApS. B ApS anfører, at B ApS ikke havde kendskab til A's graviditet ved beslutningstidspunktet den 24. oktober 2017, kl. 18.22, og at opsigelsen var begrundet i A's manglende performance. Dette bestrides. For det første (1) orienterede A B ApS om graviditeten den 23. oktober 2017 ved at oplyse E herom. B ApS anfører hertil, at A ikke orienterede B ApS om graviditeten, idet hun (alene) orienterede E herom. Dette bestrides, idet E var A's leder, hvilket understøttes af, at den mundtlige udviklingsplan blev aftalt med E, at E var fagligt ansvarlig for at A skrev til E, da hendes bonus ikke blev udbetalt ..., og at A sygemeldte sig, etc., til E. Dette understøttes i øvrigt af B ApS' svarskrift ... til Ligebehandlingsnævnet ..., hvoraf fremgår:

”I forhold til klagers abort den 6. november 2017, jf. bilag 4, skal det oplyses, at klagers nærmeste chef, E ikke som sådan anført af klager havde modtaget orientering om klagers graviditet medio oktober måned 2017, hverken mundtligt eller skriftligt. E har i den forbindelse til brug for nærværende sag gennemgået hendes notater og mails, hvilket bekræfter, at hun ikke forud for aborten den 6. november 2017 har modtaget oplysninger om klagers graviditet.”

...

Det fremstår således som en efterrationalisering, at B ApS i nærværende sag anfører, at E ikke var A's leder. Herudover

bemærkes det, at bemærkningen om, at E ikke havde kendskab til A's graviditet forud for den 6. november 2017, er i direkte modstrid til sms-korrespondancen mellem E og A i oktober 2017 (bilag 13), og er dermed ikke korrekt.

For det andet (2) sendte A den 24. oktober 2017, kl. 07.42, en sms til E om, at hun ikke havde kunnet få en lægetid om aften den 23. oktober 2017, hvorfor hun var til lægen om morgen den 24. oktober 2017 ... Det bemærkes i den forbindelse, at det er dokumenteret, at lægebesøget den 24. oktober 2017 omhandlede A's graviditet ... Det må dermed kunne lægges til grund, at A orienterede E om graviditeten den 23. oktober 2019, hvorfor det gøres gældende, at B ApS havde kendskab til A's graviditet på beslutningstidspunktet den 24. oktober 2017, kl. 18.22. Det gøres ligeledes gældende, at B ApS ikke har dokumenteret, at opsigelsen af A var begrundet i manglende performance, ..., jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. På denne baggrund gøres det gældende, at B ApS ikke har løftet bevisbyrden for, at beslutningen den 24. oktober 2017 – om at opsiges A – ikke var begrundet i A's graviditet, hvorfor opsigelsen var i strid med ligebehandlingslovens § 9.

Mere subsidiært – funktionærloven

Såfremt retten kommer frem til, at B ApS' opsigelse af A ikke var i strid med ligebehandlingslovens § 9, gøres det mere subsidiært gældende, at opsigelsen var usaglig i medfør af funktionærlovens § 2 b, stk. 1.

Det er fastslået i retspraksis, at en opsigelse, der er begrundet i manglende performance, som altovervejende hovedregel kun er saglig, såfremt medarbejderen har modtaget en forudgående advarsel herom.

A har ikke modtaget nogen advarsel under sit ansættelsesforhold hos B ApS. Det bemærkes hertil, at den mundtlige udviklingsplan, der blev udarbejdet i fællesskab mellem A og B ApS, ikke udgør en advarsel, ligesom A på intet tidspunkt blev orienteret om, at en manglende udvikling kunne medføre konsekvenser for ansættelsesforholdet.

Tværtimod blev A løbende rost for sit arbejde i sommeren og efteråret 2017 ..., hvilket understøttes af, at A fik bonusudbetalinger i marts, april, september og oktober 2017 ... Det gøres dermed mere subsidiært gældende, at opsigelsen af A var usaglig, hvorfor A er berettiget til en godtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2 b, stk. 1, der passende kan fastsættes til 1,5 månedsløn kr. 35.626,95 (kr.

23.751,3 x 1,5 måned).

Ansættelsesbevisloven

Det gøres gældende, at A's ansættelsesaftale af 26. oktober 2016 ... var mangelfuldt, idet A ikke har modtaget en skriftlig bonusaftale, jf. ansættelsesbevislovens § 2, stk. 2, nr. 8. B ApS anfører, at den manglende henvisning til bonusaftalen i ansættelsesaften ... har været uden betydning for A's ansættelse. Dette er ikke korrekt, idet A ved minimum 4 tilfælde har fået udbetalt bonus, og idet A ved flere tilfælde var tvunget til at rykke E for udbetalingen af bonussen ... A er dermed berettiget til en godtgørelse i medfør af ansættelsesbevislovens § 6, stk. 2, der passende kan fastsættes til kr. 7.500 i overensstemmelse med principperne i U2011.805H.

Opgørelse af påstand

A's grundløn udgjorde på opsigelsestidspunktet kr. 22.000 eks. arbejdsgiverpension og bonusudbetalinger ... Herudover modtog A i oktober 2017 en bonus på kr. 1.280, hvorfor A's månedsløn på opsigelsestidspunktet udgjorde kr. 23.280 eks. arbejdsgiverpension (kr. 24.211,20 inkl. arbejdsgiverpension)."

B ApS har i sit påstandsdokument påberåbt følgende anbringender:

"Til støtte for den nedlagte påstand om frifindelse gøres det gældende, at retten efter bevisførelsen må lægge til grund, at F ikke havde nogen viden om sagsøgers graviditet på tidspunktet for F's beslutning om at opsiges sagsøger.

Sagsøgte har derudover løftet bevis for, at beslutningen om at opsiges sagsøger den 24. oktober 2017 skyldtes reelle og saglige grunde, idet sagsøgte gennem hændelsesforløbet og de fremlagte oplysninger har dokumenteret, at sagsøger blev opsagt grundet manglende performance i henhold til begrundelsen i opsigelsen.

Der er således ikke sket en overtrædelse af ligebehandlingsloven. og sagsøger har derfor ikke noget krav på godtgørelse, hvortil sagsøgte i øvrigt bemærker, at sagsøger ikke var gravid på tidspunktet for modtagelsen af opsigelsen, men sygemeldt som følge af abort.

I forhold til sagsøgers mere subsidiære påstand om betaling af godtgørelse i medfør af funktionærlovens § 2b nedlægges der påstand om frifindelse, idet det gøres gældende, at sagsøger allerede fra sommeren

2017 må have været vidende om, at en fortsættelse af ansættelsesforholdet ville kræve en væsentlig forbedring af sagsøgers performance.

I forhold til det rejste krav om godtgørelse for mangelfuld ansættelseskontrakt nedlægges der påstand om frifindelse, idet den manglende henvisning til bonusaftalen i ansættelseskontrakten har været uden betydning for sagsøgers ansættelsesforhold hos sagsøgte.

Til støtte for den subsidiære påstand gøres det principalt gældende, at måtte retten finde, at sagsøger har løftet bevis for, at sagsøgtes opsigelse af sagsøger var i strid med ligebehandlingsloven, så vil en godtgørelse henset til sagens faktiske omstændigheder og sagsøgers korte anciennitet udgør et væsentligt mindre beløb end de af sagsøger krævede 9 måneders løn.

Subsidiært, gøres det i forhold til den subsidiære påstand gældende, at en eventuel godtgørelse efter funktionærlovens § 2b, henset til den korte anciennitet og sagens omstændigheder, udgør et mindre beløb end de af sagsøger krævede 1,5 månedsløn.”

Parterne har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

Retten's begrundelse og resultat

Ligebehandling

Det kan lægges til grund, at B ApS var bekendt med A's graviditet og abort på afskedigelsestidspunktet den 15. november 2017. Den omstændighed, at virksomheden allerede under graviditeten påtænkte at afskedige A til udgangen af oktober måned 2017 uden at føre afskedigelsen ud i livet er uden betydning for sagens afgørelse.

Efter ligebehandlingslovens § 9 må en arbejdsgiver ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær eller har været fraværende efter § 7 eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption.

Efter ligebehandlingslovens § 16 a om delt bevisbyrde påhviler det B ApS at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, hvis A har påvist omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling. Under hensyn til den tætte tidsmæssige sammenhæng mellem den ufrivillige abort og sygemeldingerne i forbindelse hermed i perioden fra den 6. november 2017 og opsigelsen den 15. november 2017 findes A at have påvist omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller

indirekte forskelsbehandling mod hende. B ApS findes ikke at have godtgjort, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

Der tilkommer derfor i medfør af ligebehandlingslovens § 16, stk. 2, A en godtgørelse. Under hensyn til sagens omstændigheder, herunder at A var ansat i funktionærstillingen fra den 26. oktober 2016 til den 28. februar 2018 kan godtgørelsen passende fastsættes til 217.900,80 kr., svarende til 9 måneders løn.

Som fastslået ved Østre Landsrets dom af 7. september 2020 gengivet i U 2020.3690, er der ikke grundlag for at tillægge procesrente fra sagens indbringelse for Ligebehandlingsnævnet. Kravet forrentes derfor fra sagens anlæg ved byretten.

Ansættelsesbevis

Det kan efter bevisførelsen lægges til grund, at en ikke uvæsentlig del af aflønningen var præstationsafhængig, idet der ud over den faste månedsløn blev betalt en fikseret bonus for opnåelse af ugentlige arbejdsmaal. Det er ubestridt, at A ikke har modtaget oplysning om denne bonusordning i overensstemmelse med kravene i ansættelsesbevislovens § 2, stk. 3.

Retten finder, at den pågældende mangel ikke er undskyldelig, jf. ansættelsesbevislovens § 6, stk. 2. Retten finder endvidere, at manglen efter sagens oplysninger ikke kan antages at have haft konkret betydning for A. I mangel af særlige holdepunkter for andet fastsættes derfor en godtgørelse i medfør af ansættelsesbevislovens § 6, stk. 1, på 2.500 kr.

Sagsomkostninger

Sagsomkostningerne er efter sagens værdi, forløb og udfald fastsat til dækning af advokatudgift eksklusive moms med 28.300 kr. og af retsafgift med 5.700 kr., i alt 34.000 kr. Retten har ved udmålingen lagt vægt på arbejdets omfang, herunder at sagen blev hovedforhandlet på 1 retsdag.

THI KENDES FOR RET:

B ApS skal betale kr. 220.400,80 til A med tillæg af sædvanlig procesrente fra sagens anlæg den 25. juni 2020.

B ApS skal til A betale sagsomkostninger med 34.000 kr.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.