

DOM

Afsagt den 29. juni 2012 af Østre Landsrets 18. afdeling
(landsdommerne Ulla Staal, Henrik Gam og Søren Stig Andersen (kst.)).

18. afd. nr. B-1800-10:

Teknisk Landsforbund som mandatar for A

(advokat Karen-Margrethe Schebye)

mod

Lønmodtagernes Garantifond

(advokat Yvonne Frederiksen)

Under denne sag, der er anlagt ved Retten i Hillerød den 22. december 2009, og som af byretten ved kendelse af 14. juni 2010 i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1, er henvist til behandling ved Østre Landsret, har sagsøgeren, Teknisk Landsforbund som mandatar for A, nedlagt endelig påstand om, at sagsøgte, Lønmodtagernes Garantifond, skal betale 50.714 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 16. april 2009.

Kravet er opgjort således:

løn i perioden 22/12-2008 til 30/4-2009	81.666 kr.
feriepenge heraf	<u>10.208 kr.</u>
i alt	91.874 kr.
efter fradrag for skat, arbejdsmarkedsbidrag m.v. udgør	
kravet $(91.874 \text{ kr.} \cdot (1-0,08) \cdot (1-0,40)) =$	<u>50.714 kr.</u>

Lønmodtagernes Garantifond har principalt påstået frifindelse, subsidiært at påstandsbeløbet forrentes med procesrente fra et senere tidspunkt end påstået.

Sagen drejer sig om, hvorvidt A efter funktionærlovens § 3 er berettiget til erstatning for løn i en opsigelsesperiode, som var sammenfaldende med, at hun var på ulønnet forældreorlov.

Sagsfremstilling

Af ansættelseskontrakt indgået den 2. august 2005 mellem Morten Kemner på vegne af Mille K A/S som arbejdsgiver og A som arbejdstager fremgår blandt andet:

”ANSÆTTELSESKONTRAKT (i henhold til funktionærloven)

§ 1 Tiltrædelse

Med virkning fra den 0109-2005 ansættes funktionæren som konstruktør.

...

§ 3 Arbejdstid

...

Arbejdstiden er tilrettelagt til at være 25 timer pr. uge.

§ 4 Vederlag

Funktionærens løn udgør pr. måned kr. 13500-, der udbetales månedsvis bagud den næstsidste bankdag i måneden.

...

§ 8 Kollektiv overenskomst

Der gælder ingen kollektiv overenskomster for nærværende ansættelsesforhold.”

Virksomheden blev efterfølgende overdraget til A/S PSE 17 nr. 1618 (herefter Selskabet) med fortsat ansættelse af A, og af tillæg til ansættelseskontrakten underskrevet af Morten Kemner på vegne af Selskabet fremgår, at As arbejdstid og løn pr. 1. november 2007 steg til henholdsvis 29,5 timer pr. uge og 19.700 kr. pr. måned, og at lønnen pr. 1. januar 2008 yderligere steg til 25.000 kr. pr. måned.

A påbegyndte barselsorlov den 9. august 2008 og fødte den 16. august 2008. Selskabet og A aftalte, at A skulle afholde barsels- og forældreorlov frem til den 4. juli 2009, hvorefter hun skulle genoptage sit arbejde. Der er mellem parterne enighed om, at A var berettiget til fuld løn i de første 14 uger efter fødslen og således til og med den 21. november 2008 (uge 47).

A modtog ikke løn for perioden 1.-21. november 2008 (uge 45-47), og da Selskabet trods påkrav ikke betalte A hendes løntilgodehavende, ophævede Teknisk Landsforbund på vegne af A ved brev af 22. december 2008 ansættelsesforholdet og fremsatte krav om betaling af blandt andet løn og feriegodtgørelse for tiden 1.-21. november 2008, feriegodtgørelse fra 1. januar 2008 til 31. oktober 2008, erstatning efter funktionærlovens § 3 svarende til 3 måneders løn inkl. feriegodtgørelse samt godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16 svarende til 12 måneders løn.

Den 18. februar 2009 blev Selskabet taget under konkursbehandling, og ved brev af 16. marts 2009 anmeldte Teknisk Landsforbund på vegne af A til Lønmodtagernes Garantifond krav om betaling af løn for tiden 1.-21. november 2008, feriepenge for 2007, 2008 og 2009 samt erstatning efter funktionærlovens § 3 svarende til løn i opsigelsesperioden på 4 måneder fra den 1. januar 2009 til den 30. april 2009.

Med brev af 25. juni 2009 anerkendte Lønmodtagernes Garantifond As krav om løn for tiden 1.-21. november 2008 inkl. renter samt feriepenge for 2008 og 2009, mens behandling af kravet om feriepenge for 2007 afventede yderligere dokumentation. As krav om erstatning svarende til løn i opsigelsesperioden fra den 1. januar 2009 til den 30. april 2009 blev ikke anerkendt under henvisning til, at ansættelsesforholdet var bragt til ophør mere end 14 uger efter fødslen.

Ved landsrettens kendelse af 22. juni 2011 blev As anmodning om at stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen ikke taget til følge.

Forklaring

A har forklaret blandt andet, at hun er uddannet beklædningskonstruktør, og at hun i 2005 fik ansættelse som sådan i Mille K A/S, der var et lille tøjfirma, der var ejet af et ægtepar, og som ud over hende kun havde et par yderligere ansatte. Hun havde med arbejdsgiveren aftalt fuld løn under barsel i 14 uger efter fødslen, og før barselsorlovens begyndelse var det endvidere aftalt, at hun i forlængelse af denne skulle have forældreorlov på barselsdagpenge til den 4. juli 2009. Under barselsorloven havde hun løbende kontakt med virksomheden, og hun fik udbetalt sin løn til tiden, indtil lønnen for de første 3 uger af november 2008 udeblev. Hun kontaktede virksomheden herom og fik at vide, at der var nogle problemer, som man dog nok skulle finde en løsning på, men hun hørte ikke yderligere og henvendte sig derfor til sit fagforbund. Hun havde ingen pasningsmuligheder for sit nyfødte barn og kunne derfor ikke i december 2008 være vendt tilbage til arbejdet. I forældreorlovsperioden fra den 22. november 2008 til den 4. juli 2009 modtog hun barselsdagpenge. I september 2009 fik hun nyt arbejde, men på nedsat tid og til lavere løn end hidtil.

Retsgrundlag

Parterne har for landsretten henvist til følgende EU-regler og praksis fra EU-Domstolen:

Ved Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS, blev rammeaftalen, indgået den 14. december 1995, sat i værk. I rammeaftalens § 2 hed det blandt andet:

”§ 2: Forældreorlov

...

4. For at sikre, at arbejdstagerne kan udøve deres ret til forældreorlov, træffer medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter de foranstaltninger, der er nødvendige for at beskytte arbejdstagerne mod afskedigelse som følge af ansøgning om forældreorlov eller som følge af selve orloven, i overensstemmelse med national ret, kollektive overenskomster eller gældende praksis.
5. Ved orlovens ophør har arbejdstagerne ret til at vende tilbage til den samme stilling eller, hvis dette ikke er muligt, til en tilsvarende eller lignende stilling i overensstemmelse med deres ansættelseskontrakt eller ansættelsesforhold.
6. Erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører. Ved orlovens ophør gælder disse

rettigheder med eventuelle ændringer som følge af national ret, kollektive overenskomster eller gældende praksis.

7. Medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter fastsætter, hvorledes der skal forholdes med ansættelseskontrakten eller ansættelsesforholdet under orlovsperioden.
8. Alle spørgsmål vedrørende social sikring i tilknytning til denne aftale undersøges og afgøres af medlemsstaterne i overensstemmelse med national ret under hensyntagen til, hvor stor betydning opretholdelsen af rettigheder med hensyn til sociale sikringsydelser vil have for retten til de forskellige sociale sikringsydelser, navnlig sygdomsbehandling.”

Ved Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF, blev den reviderede rammeaftale, indgået den 18. juni 2009, sat i værk, og direktiv 96/34/EF blev ophævet med virkning fra den 8. marts 2012. Den reviderede rammeaftales § 5 om arbejdstageres rettigheder og ikke-forskelsbehandling indeholder i stk. 1-5 bestemmelser, der svarer til den tidligere rammeaftales § 2, stk. 4-8, dog indeholder stk. 5 tillige et nyt 2. pkt. med følgende indhold:

”§ 5: Arbejdstageres rettigheder og ikke-forskelsbehandling

...

5. ...

Alle spørgsmål vedrørende indkomstforhold i tilknytning til denne aftale undersøges og afgøres af medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter i overensstemmelse med national ret, kollektive overenskomster og/eller gældende praksis under hensyntagen til indkomstens rolle – blandt andre faktorer – i forbindelse med afholdelse af forældreorlov.”

I EU-Domstolens dom af 13. februar 1996 i sag C-342/93, Gillespie m.fl., vedrørende størrelsen af ydelse udbetalt under barselsorlov, hedder det blandt andet:

”17 I det foreliggende tilfælde befinder de kvinder, som har barselsorlov i henhold til den nationale lovgivning, sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, en mand eller en kvinde, som arbejder normalt, befinder sig i.

...

- 25 Herefter må de fire spørgsmål, der er forelagt af Court of Appeal i Northern Ireland besvares således, at ligelønsprincippet, som er opstillet i traktatens artikel 119 og præciseret i direktiv 75/117, ikke indebærer en forpligtelse til fortsat at give kvindelige arbejdstagere fuld løn under barselsorlov og heller ikke opstiller specifikke kriterier med henblik på fastsættelsen af størrelsen af den ydelse, der udbetales til dem i denne periode, medmindre den fastsættes på et sådant niveau, at formålet med barselsorloven bringes i fare. For så vidt som beregningen af disse ydelser bygger på den løn, den kvindelige arbejdstager har modtaget, før barselsorloven begyndte, skal ydelserne imidlertid omfatte lønforhøjelser, der er sket mellem begyndelsen af den periode, referencelønnen omfatter, og slutningen af barselsorloven, fra det tidspunkt, hvor de er trådt i kraft.”

I EU-Domstolens dom af 27. oktober 1998 i sag C-411/96, Boyle m.fl., vedrørende en barselsorlovsordning, som Equal Opportunities Commission (EOC) anvendte i forhold til sit personale, hedder det blandt andet:

- ”73 Sagsøgerne i hovedsagen har anført, at ifølge EOC’s Staff Handbook nedsættes den årlige ferie i tilfælde af orlov uden løn – sygeorlov, tjenestefrihed eller supplerende barselsorlov – i forhold til varigheden af orloven uden løn. Efter som væsentligt flere kvinder end mænd tager orlov uden løn, idet de tager supplerende barselsorlov, udgør denne regel trods den kønsneutrale affattelse en indirekte forskelsbehandling til skade for kvinder, der er forbudt i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 [om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår].
- 74 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af sagens akter, at ingen ansatte i EOC, som tager orlov uden løn, optjener årlig ferie i den pågældende periode. Ifølge EOC’s Staff Handbook omfatter orlov uden løn såvel sygeorlov og tjenestefrihed, som alle ansatte har adgang til at tage, som supplerende barselsorlov, som EOC yder, og som ligger i forlængelse af barselsorloven på 14 uger i henhold til Employment Rights Act 1996.
- 75 Et sådant vilkår indebærer således ikke en direkte forskelsbehandling, når optjeningen af årlig ferie afbrydes under orlov uden løn både for mænd og kvinder, der tager orlov uden løn. Det skal derfor undersøges, om et sådant vilkår kan udgøre indirekte forskelsbehandling.
- 76 I henhold til fast retspraksis foreligger der en indirekte forskelsbehandling, såfremt en national bestemmelse – selv om den er kønsneutral – indebærer, at langt flere kvinder end mænd behandles ugunstigt (jf. bl.a. domme af 2.10.1997, sag C-1/95, Gerster, Sml. I, s. 5253, præmis 30, og sag C-100/95, Kording, Sml. I, s. 5289, præmis 16).
- 77 Det bemærkes – som anført af den forelæggende ret – at væsentlig flere kvinder end mænd tager orlov uden løn under deres ansættelse, idet de tager sup-

plerende barselsorlov, hvorfor det omtvistede vilkår faktisk finder anvendelse på flere kvinder end mænd.

- 78 Når et sådant vilkår hyppigere anvendes på kvinder, er det en følge af benyttelsen af retten til barselsorlov uden løn, som arbejdsgiverne har ydet dem som supplement til den beskyttelsesperiode, der er sikret dem ved artikel 8 i direktiv 92/85 [om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer].
- 79 De kvindelige arbejdstagere, der benytter denne ret med det vilkår, at optjeningen af årlig ferie afbrydes under orloven uden løn, kan ikke anses for at være ringere stillet end mandlige arbejdstagere. Denne supplerende barselsorlov uden løn er en særlig fordel, der er videregående end beskyttelsen i henhold til direktiv 92/85, og som er forbeholdt kvinder, og afbrydelse af optjeningen af årlig ferie under orloven kan derfor ikke anses for at indebære en mindre gunstig behandling af kvinder.
- 80 Spørgsmålet skal derfor besvares med, at direktiv 92/85 og 76/207 ikke er til hinder for et vilkår i en arbejdskontrakt om, at den periode, hvori den årlige ferie optjenes, begrænses til perioden på 14 ugers barselsorlov, som kvindelige arbejdstagere som minimum har krav på i medfør af artikel 8 i direktiv 92/85, og at optjeningen heraf afbrydes under hele den supplerende barselsorlov, som arbejdsgiveren yder dem.”

I EU-Domstolens dom af 21. oktober 1999 i sag D-333/97, Lewen, vedrørende udbetaling af julegratiale under orlov til børnepasning, hedder det blandt andet:

- ”30 Hertil bemærkes for det første, at udbetaling til en arbejdstager, mens denne har orlov til børnepasning, af et gratiale i form af en ydelse, som en arbejdsgiver på frivilligt grundlag udbetaler i anledning af julen, hverken henhører under artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85, eller under § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34.
- 31 For så vidt angår artikel 11, nr. 2, i direktiv 92/85 bemærkes, at da bestemmelsens litra a) omhandler de rettigheder i forbindelse med en kvindelig arbejdstagers arbejdsaftale, der skal sikres i tilfælde af barselsorlov, finder denne bestemmelse ikke anvendelse. Gratialet, der som en særlig ydelse udbetales på frivilligt grundlag og ikke under en barselsorlov, men under en orlov til børnepasning, kan ikke betragtes som en rettighed, der skal sikres i tilfælde af moderskab. For så vidt angår bestemmelsens litra b) fremgår det af denne doms præmis 23, at denne bestemmelse heller ikke finder anvendelse.
- 32 Med hensyn til § 2, stk. 6, i bilaget til direktiv 96/34 bemærkes, at gratialet ikke udgør en erhvervet rettighed eller en rettighed, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, idet gratialet udbetales på frivilligt grundlag efter den pågældende orlovs ikrafttræden.

- 33 For det andet må det fastslås, at i relation til traktatens artikel 119 medfører en sådan praksis fra arbejdsgiverens side ikke direkte forskelsbehandling, når den pågældende praksis anvendes uden forskel over for mænd og kvinder. Det må derfor undersøges, om den kan udgøre indirekte forskelsbehandling.
- 34 I henhold til fast retspraksis foreligger der en indirekte forskelsbehandling, såfremt en national bestemmelse – selv om den er kønsneutral – indebærer, at langt flere kvinder end mænd faktisk behandles ugunstigt (jf. bl.a. dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 76).
- 35 Hertil bemærkes for det første, at som den forelæggende ret har anført, tager kvinder langt oftere orlov til børnepasning end mænd, hvilket i øvrigt bekræftes af forholdene i sagsørgtes virksomhed.
- 36 Det bemærkes dernæst, at forskelsbehandling efter fast retspraksis består i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer (jf. dommen i sagen Boyle m.fl., præmis 39).
- 37 En arbejdstager, der udøver den ret til at tage orlov til børnepasning, som han er tillagt i henhold til lovgivningen, og som medfører udbetaling af en statslig børnepasningsydelse, befinder sig i en særlig situation, som ikke kan sidestilles med situationen for en mand eller kvinde, som arbejder, eftersom den pågældende orlov er kendetegnet ved, at arbejdsaftalen og dermed også arbejdsgiverens og arbejdstagerens respektive forpligtelser er stillet i bero.
- 38 Den omstændighed, at en kvinde, der har orlov til børnepasning, ikke får udbetalt et gratiale i form af en særlig ydelse, som arbejdsgiveren udbetaler i anledning af julen, udgør derfor ikke forskelsbehandling i traktatens artikel 119's forstand, når udbetalingen af den pågældende ydelse kun er betinget af, at arbejdstageren er i aktiv tjeneste på det tidspunkt, hvor udbetalingen sker.
- 39 Det forholder sig anderledes, såfremt den nationale domstol på grundlag af national ret måtte kvalificere det i hovedsagen omtvistede gratiale som løn, der udbetales efterfølgende for det arbejde, der er udført i løbet af det år, hvor gratialet udbetales.
- 40 I så fald vil den omstændighed, at en arbejdsgiver afviser at udbetale et end ikke forholdsmæssigt nedsat gratiale til arbejdstagere, der har orlov til børnepasning, og som har udført arbejde i det år, hvor gratialet ydes, blot fordi deres arbejdsaftale er stillet i bero på det tidspunkt, hvor gratialet udbetales, stille sådanne arbejdstagere ugunstigt i forhold til dem, hvis arbejdsaftale ikke er stillet i bero på det tidspunkt, hvor udbetalingen sker, og som faktisk modtager gratialet som vederlag for det arbejde, de har udført i løbet af det pågældende år. En sådan afvisning udgør derfor forskelsbehandling i traktatens artikel 119's forstand, idet kvinder, som det er fastslået i denne doms præmis 35, formentlig langt oftere vil have orlov til børnepasning på det tidspunkt, hvor gratialet udbetales, end mænd.”

I EU-Domstolens dom af 30. marts 2004 i sag C-147/02, Alabaster, om der ved beregningen af den lovbestemte barselsydelse skal tages hensyn til en lønforhøjelse, hedder det i præmis 46 og 47:

- ”46 De kvinder, som har barselsorlov i henhold til den nationale lovgivning, befinder sig i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, en mand, eller en kvinde, som faktisk arbejder, befinder sig i (Gillespie m.fl.-dommen, præmis 17). De berørte kan derfor ikke med henvisning til bestemmelserne i traktatens artikel 119 med rette gøre gældende, at de skal bevare fuld løn under barselsorloven, som om de faktisk – ligesom andre arbejdstagere – arbejdede (Gillespie m.fl.-dommen, præmis 20).
- 47 For det tredje har Domstolen imidlertid i Gillespie m.fl.-dommens præmis 22 fastslået, at når den ydelse, der udbetales under barselsorloven, svarer til en ugeløn, der beregnes på grundlag af den gennemsnitsløn, den kvindelige arbejdstager har oppebåret på et givet tidspunkt, hvor hun faktisk arbejdede, og som er blevet udbetalt hende uge efter uge som til enhver anden arbejdstager, kræver princippet om forbud mod forskelsbehandling, at den kvindelige arbejdstager, som stadig er knyttet til arbejdsgiveren gennem arbejdsaftalen eller arbejdsforholdet under barselsorloven, ligesom enhver anden arbejdstager, endog med tilbagevirkende kraft, nyder godt af en lønforhøjelse, som er sket mellem begyndelsen af den periode, referencelønnen omfatter, og slutningen af barselsorloven. At udelukke den kvindelige arbejdstager fra en sådan forhøjelse under hendes barselsorlov ville nemlig være en forskelsbehandling, eftersom hun ville have modtaget den højere løn, hvis hun ikke havde været gravid.”

I EU-Domstolens dom af 16. juli 2009 i sag C-537/07, Sánchez-Camacho, vedrørende omfanget af en under en forældreorlov erhvervet ret til pension ved varig uarbejdsdygtighed, hedder det blandt andet:

- ”38 ... ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om § 2, stk. 6 og 8, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov er til hinder for, at der ved beregningen af en pension begrundet i en arbejdstagers varige uarbejdsdygtighed tages hensyn til, at arbejdstageren i en periode har haft forældreorlov, der afholdtes i form af nedsat arbejdstid, og herunder indbetalte til og erhvervede ret til pension i forhold til den oppebårne løn, hvilket har den konsekvens, at arbejdstageren er blevet tildelt en mindre pensionsydelse, end vedkommende ville have fået udbetalt, hvis han fortsat havde arbejdet på fuld tid.
- 39 Det følger af såvel ordlyden af § 2, stk. 6, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov som af den sammenhæng, hvori den indgår, at bestemmelsen har til formål at undgå ethvert tab af ansættelsesrelaterede rettigheder, som arbejdstageren allerede har erhvervet eller er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, og at sikre, at arbejdstageren ved orlovens

ophør med hensyn til disse rettigheder er stillet på samme måde som før denne orlov. De ansættelsesrelaterede rettigheder er dem, som tilkom arbejdstageren på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden.

- 40 § 2, stk. 6, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov regulerer derimod ikke de ansættelsesrelaterede rettigheder og forpligtelser under forældreorloven, som det i henhold til stk. 7 i den nævnte § 2 tilkommer medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter at fastsætte. Således henviser bestemmelsen til, at det i national lovgivning og kollektive overenskomster fastsættes, hvorledes der skal forholdes med ansættelseskontrakten eller ansættelsesforholdet, herunder i hvilket omfang arbejdstageren under den nævnte orlov fortsat erhverver rettigheder i forhold til arbejdsgiveren og til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger.

...

- 44 Følgelig skal det ... besvares med, at § 2, stk. 6 og 8, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov ikke er til hinder for, at der ved beregningen af en pension begrundet i en arbejdstagers varige uarbejdsdygtighed tages hensyn til, at arbejdstageren i en periode har haft forældreorlov, der afholdtes i form af nedsat arbejdstid, og herunder indbetalte til og erhvervede ret til pension i forhold til den oppebårne løn.”

I EU-Domstolens dom af 22. oktober 2009 i sag C-116/08, Meerts, vedrørende afskedigelse under en forældreorlov, som var bevilget i form af nedsat arbejdstid, hedder det blandt andet:

”43 Det følger af formålene med rammeaftalen vedrørende forældrelov, som de er gengivet i denne doms præmis 35-37, at udtrykket »erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve«, som det anvendes i § 2, stk. 6, i nævnte rammeaftale, omfatter enhver rettighed eller fordel i penge eller naturalier, som arbejdstageren direkte eller indirekte som følge af arbejdsforholdet kan gøre krav på over for arbejdsgiveren på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden.

- 44 Hertil hører enhver rettighed eller fordel vedrørende arbejdsvilkår, herunder det opsigelsesvarsel, som en arbejdstager har krav på – såfremt arbejdsgiveren ensidigt opsiges en tidsbegrænset kontrakt med en fuldtidsansat arbejdstager, mens denne har forældreorlov bevilget i form af nedsat arbejdstid – og hvis varighed afhænger af arbejdstagerens anciennitet i virksomheden, og hvis formål er at gøre det lettere for arbejdstageren at søge nyt arbejde.

- 45 § 2, stk. 7, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov henviser til medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter, til hvem det overlades at fastsætte, hvorledes der skal forholdes med ansættelseskontrakten eller ansættelsesforholdet under forældreorlovsperioden, herunder i hvilket omfang arbejdstageren i denne periode kan fortsætte med at erhverve rettigheder i forhold til arbejdsgiveren. Ud fra en teleologisk og systematisk fortolkning må rækkevidden af denne henvisning anses for begrænset af § 2, stk. 6, hvorefter

»[e]rhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven opphører«.

- 46 Alle disse rettigheder og fordele ville ikke være opretholdt, hvis en arbejdstager – såfremt arbejdsgiveren uden at respektere det ved lov fastsatte opsigelsesvarsel opsiges en fuldtidsansat arbejdstager, mens denne har forældreorlov bevilget i form af nedsat arbejdstid – mister sit krav på fratrædelsesgodtgørelse beregnet på grundlag af den i ansættelseskontrakten aftalte løn.
- 47 Som anført af generaladvokaten i punkt 54 og 55 i forslaget til afgørelse ville en national lovgivning, som i forbindelse med forældreorlov medførte en forringelse af de af arbejdsforholdet afledte rettigheder, kunne afholde arbejdstagere fra at gå på forældreorlov og være et incitament for arbejdsgivere til snarere at opsiges en arbejdstager på forældreorlov end en anden arbejdstager. Dette ville være i direkte modstrid med formålet med rammeaftalen vedrørende forældreorlov, som bl.a. er at sikre en forening af arbejdsliv og familieliv.”

...

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

§ 2, stk. 6 og 7, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov, som blev indgået den 14. december 1995, og som findes i bilaget til Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996 om den rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af UNICE, CEEP og EFS, som ændret ved Rådets direktiv 97/75/EF af 15. december 1997, skal fortolkes således, at den er til hinder for, at den fratrædelsesgodtgørelse, som en arbejdstager har krav på – såfremt arbejdsgiveren, uden skellig grund eller uden at respektere det ved lov fastsatte opsigelsesvarsel, ensidigt opsiges ansættelsesforholdet med en arbejdstager ansat på grundlag af en tidsubegrænset kontrakt og på fuld tid, mens denne har forældreorlov bevilget i form af nedsat arbejdstid – beregnes på grundlag af den på opsigelsestidspunktet oppebårne deltidsløn.”

Procedure

Teknisk Landsforbund som mandatar for A har navnlig gjort gældende, at en opsigelsesperiode ikke opfylder sine væsentligste formål for lønmodtageren, hvis den helt eller delvist ligger i en orlovsperiode, hvor lønmodtageren ikke er berettiget til fuld løn. Da kvinder oftere end mænd tager barselsorlov og forældreorlov, og da deres orlov gennemsnitligt er længere end mænds, vil de oftere end mænd blive ramt af de negative konsekvenser af en opsigelse i en orlovsperiode, hvor de med den gældende retstilstand oftere i hele eller en del af opsigelsesperioden er uden løn eller blot får barselsdagpenge. Dette indebærer, at funktionærlovens og ansættelsesrettens regler for opgørelse af løn i opsigelsesperioden og erstatning herfor i

deres nuværende tolkning stiller kvinder mindre gunstigt end mænd, og en sådan resttilstand er i strid med forbuddet mod indirekte diskrimination i ligebehandlingsloven og ligelønsloven, medmindre de forhold, der fører til denne resttilstand, er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne er hensigtsmæssige og nødvendige. Det er arbejdsgiveren, der har bevisbyrden for, at forholdene er objektivt begrundet, og at midlerne er hensigtsmæssige og nødvendige, og Lønmodtagernes Garantifond har ikke godtgjort, at en resttilstand, der medfører, at kvinder ikke har krav på fuld løn i en opsigelsesperiode, der ligger i en barselsorlov eller forældreorlov, opfylder disse krav. Funktionærlovens § 3 må derfor tolkes således, at en kvindelig funktionær, der opsiges under orlov, er berettiget til fuld løn i opsigelsesperioden. Retten til fuld løn i opsigelsesperioden er således en beskyttet rettighed også under barselsorlov og forældreorlov, jf. forældreorlovsdirektivet fra 1996 og navnlig den med direktivet iværksatte rammeaftales § 2, stk. 6, samt EU-Domstolens dom 22. oktober 2009 i sag C-116/08, Meerts. Lønmodtagernes Garantifond er bundet af forældreorlovsdirektivet og af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv samt af EU-Domstolens fortolkning af disse direktiver. Direktivbestemmelserne er gennemført i dansk ret ved indarbejdelse i lovgivningen herunder i ligebehandlingsloven, ligelønsloven og lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel m.v., og ved konstatering af normharmoni er danske domstole forpligtet til at fortolke de nævnte lovbestemmelser i overensstemmelse med EU-rettens krav. Som følge heraf må funktionærlovens § 3 fortolkes således, at når en funktionær opsiges under orlov, er vedkommende berettiget til fuld løn i opsigelsesperioden.

Lønmodtagernes Garantifond har navnlig gjort gældende, at i forhold til en funktionær, der berettiget ophæver ansættelsesforholdet, har funktionærlovens § 3 til formål at erstatte vedkommende det tab, han eller hun lider, herunder ved ikke at have modtaget et sædvanligt opsigelsesvarsel. A har i den foreliggende situation ikke lidt et tab, fordi hun afholdt forældreorlov uden løn i hele den periode, der svarer til opsigelsesperioden. Hverken ligebehandlingsloven, ligelønsloven, EU-direktiver på ligebehandlingsområdet eller retspraksis, herunder fra EU-Domstolen, tilsiger en forpligtelse til at yde lønmodtagere løn under afholdes af barselsorlov eller forældreorlov. Spørgsmålet om ret til løn i opsigelsesperioden ved opsigelse af en medarbejder på barselsorlov eller forældreorlov er heller ikke reguleret af de nævnte EU-direktiver. Bestemmelsen i funktionærlovens § 7, stk. 4, hvorefter en funktionær, der opsiges

inden for de første 14 uger efter fødslen, har ret til fuld løn i hele opsigelsesperioden, uanset om medarbejderen måtte have ret til hel eller delvis løn under afholdelse af barselsorlov, udgør således en mere vidtgående beskyttelse af funktionæren, end der er pligt til at gennemføre i henhold til EU-direktiverne på ligebehandlingsområdet. Det følger således ikke af EU-retlige forpligtelser, at funktionærlovens § 3 skal fortolkes som anført af A. Det bestrides herunder, at A har påvist omstændigheder, der tyder på, at der er flere kvinder end mænd, der – opgjort forholdsmæssigt – rammes af en opsigelse i en ulønnet forældreorlovsperiode, og at der dermed – opgjort forholdsmæssigt – er flere kvinder end mænd, der oplever den beskrevne ulempe ved ikke at oppebære fuld løn i opsigelsesperioden. Allerede af denne grund har A ikke godtgjort, at garantifonden har handlet i strid med forbuddet mod indirekte forskelsbehandling i ligebehandlingsloven og ligelønsloven. A har endvidere ikke godtgjort, at en kvinde, der opsiges under forældreorlov uden løn, stilles ringere i opsigelsesperioden, end tilfældet ville have været, hvis hun ikke var blevet opsagt i den relevante periode, ligesom hun ikke har opgjort, at eventuelle ulemper i så henseende ville blive afhjulpet, hvis der blev tilkendt erstatning svarende til fuld løn i opsigelsesperioden. I øvrigt må den foreliggende retstilstand anses for objektivt begrundet i et sagligt formål, ligesom midlerne til at opfylde dette formål må anses for hensigtsmæssige og nødvendige.

Forældreorlovsdirektivet regulerer ikke en lønmodtagers ret til løn under afholdelse af forældreorlov, hvilket blandt andet er fastslået ved EU-Domstolens dom i sag C-537/07, *Sánchez-Camacho*. EU-Domstolens dom i sag C-116/08, *Meerts*, har alene fastslået, at den økonomiske kompensation, der i henhold til national lovgivning skal betales til en medarbejder, der opsiges i strid med den særlige beskyttelse af lønmodtagere mod opsigelse i en forældreorlovsperiode, beregningsmæssigt skal tage udgangspunkt i den løn, lønmodtageren sædvanligvis oppebærer i ansættelsesforholdet. Dommen kan derimod ikke påberåbes til støtte for en videregående ret til løn under afholdelse af forældreorlov end den, der følger af national lovgivning, og dermed ikke til støtte for et synspunkt om, at A har krav på en erstatning svarende til lønnen i den legale opsigelsesperiode. Dette følger ligeledes af Østre Landsrets dom af 12. maj 2011 i sag nr. B-1893-10. Den af A påberåbte fortolkning af funktionærlovens § 3 vil endvidere ikke kunne rummes inden for den ramme, der er fastlagt af bestemmelsen, hvorfor As synspunkt forudsætter, at hun vil kunne støtte ret på forældreorlovsdirektivet. Direktivet kan imidlertid ikke tillægges direkte horisontal virkning og kan derfor ikke påberåbes i det indbyrdes forhold mellem to private parter.

Landsrettens begrundelse og resultat

Bestemmelsen i funktionærlovens § 7, stk. 4, hvorefter en arbejdsgiver, der opsiges en funktionær i løbet af de første 14 uger efter fødslen, skal betale fuld løn til funktionæren i opsigelsesperioden, gælder ikke, såfremt opsigelsen sker efter udløbet af 14 ugers perioden, jf. Højesterets dom gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1988 side 460.

Efter funktionærlovens § 3, stk. 3, jf. stk. 2, har en funktionær, som hæver ansættelsesforholdet på grund af grov misligholdelse fra arbejdsgiverens side, og som har krav på mere end 3 måneders opsigelse, ret til erstatning efter almindelige erstatningsregler, dog mindst svarende til lønnen indtil fratreden med 3 måneders varsel. En funktionær, som i en forældreorlovsperiode efter udløbet af de første 14 uger efter fødslen, hvor der ikke består nogen lønforpligtelse for arbejdsgiveren, hæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse, vil således alene være berettiget til erstatning efter denne bestemmelse i det omfang, vedkommende måtte være berettiget til løn, indtil fratreden med lovligt opsigelsesvarsel kunne finde sted.

En sådan retstilstand må antages at være forenelig med EU-reglerne og EU-Domstolens praksis.

Efter udløbet den 21. november 2008 af de første 14 uger efter fødslen var A i den følgende forældreorlovsperiode alene berettiget til barseldagpenge, indtil hun den 4. juli 2009 skulle genoptage sit arbejde. Arbejdsgiveren havde således ingen lønforpligtelse over for A, da hun den 22. december 2008 ophævede ansættelsesforholdet på grund af udebleven løn for perioden 1.-21. november 2008, og arbejdsgiveren havde fortsat ingen lønforpligtelse over for hende i tiden herefter og frem til den 30. april 2009, da hun lovligt kunne være opsagt. Som følge heraf tilkommer der ikke A erstatning efter funktionærlovens § 3, stk. 3, jf. stk. 2.

Landsretten tager derfor Lønmodtagernes Garantifonds frifindelsepåstand til følge.

Teknisk Landsforbund som mandatar for A skal betale sagsomkostninger for landsretten til Lønmodtagernes Garantifond til dækning af garantifondens udgifter til advokat med 80.000

kr. Ved fastsættelsen af beløbet er der navnlig henset til sagens omfang, herunder mundtlig forhandling af spørgsmål om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Lønmodtagernes Garantifond frifindes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Teknisk Landsforbund som mandatar for A inden 14 dage betale 80.000 kr. til Lønmodtagernes Garantifond.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.