

HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 26. november 2014

Sag 248/2012

(2. afdeling)

Teknisk Landsforbund som mandatar for A

(advokat Karen-Margrethe Schebye)

mod

Lønmodtagernes Garantifond

(advokat Yvonne Frederiksen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 18. afdeling den 29. juni 2012.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Thomas Rørdam, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Anbringender

Teknisk Landsforbund som mandatar for A har nærmere anført, at opsigelsesvarslets formål er at give funktionæren mulighed for at opnå anden beskæftigelse og dermed et uafbrudt forsørgelsesgrundlag. Dette formål indebærer, at opsigelsesvarslet skal have samme værdi for alle funktionærer, uanset om de er på forældreorlov eller ej. Hvis en forælder på forældreorlov ikke har krav på løn i opsigelsesperioden eller erstatning herfor, vil opsigelsesvarslet miste sin økonomiske værdi og en væsentlig del af sit formål. Beskyttelsen af opsigelsesvarslet som en erhvervet rettighed i forældreorlovsdirektivet og i dansk ret indebærer derfor, at en arbejdstager på forældreorlov må have krav på fuld løn eller erstatning for løn i opsigelsesperioden.

EU-Domstolen har i en dom af 22. oktober 2009 i sag C-116/08 (Meerts) tiltrådt, at § 2 i rammeaftalen vedrørende forældreorlov har denne rækkevidde. Christel Meerts blev ved de belgiske domstole efterfølgende tilkendt en godtgørelse svarende til 6 måneders løn ud over den godtgørelse svarende til løn i opsigelsesvarslet, som var omfattet af den præjudicielle forelæggelse. Meerts-sagen angik således ikke alene en godtgørelse svarende til godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16. Denne rækkevidde af Meerts-afgørelsen understøttes af EU-Domstolens dom af 27. februar 2014 i sag C-588/12 (Lyreco), hvoraf det fremgår, at den godtgørelse, der efter belgisk ret tilkendes for manglende løn i opsigelsesperioden, ikke berøres af, at der udmåles en godtgørelse for afsked svarende til 6 måneders løn.

Dertil kommer, at det af § 5, stk. 5, i den reviderede rammeaftale om forældreorlov (direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010) udtrykkeligt fremgår, at der blandt andre faktorer skal tages hensyn til indkomstens rolle i forbindelse med afholdelse af orlov. Dette er udtryk for, at medlemsstaterne, til trods for deres suverænitet i spørgsmål vedrørende indkomstforhold, ikke må opstille regler, som hindrer formålet med retten til forældreorlov ved at forringe aflønningsforholdene, således at lønmodtagere ikke ønsker at afholde forældreorlov.

Funktionærlovens § 3 og § 7, stk. 4, er hverken efter bestemmelsernes ordlyd, formål eller forarbejder til hinder for en EU-konform fortolkning i overensstemmelse med EU-retten, men selv om de var, ville Lønmodtagernes Garantifond som offentlig myndighed være forpligtet til at anvende dansk lovgivning i overensstemmelse med EU-retten. Der foreligger således ikke en contra legem-situation. Dertil kommer, at retten til forældreorlov er en grundlæggende rettighed i henhold til EU's Charter om grundlæggende rettigheder.

Den hidtidige fortolkning af funktionærlovens § 3 indebærer endvidere ulovlig, indirekte forskelsbehandling, fordi gruppen af funktionærer, som er på ulønnet forældreorlov, fortrinsvis består af kvinder, og hvis de i orlovsperioden bliver uberettiget bortvist, fritstillet eller hæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse, behandles de på grund af den manglende løn i opsigelsesperioden ringere end den samlede gruppe af funktionærer, som bortvises uberettiget mv. Vurderingen af, om der sker indirekte forskelsbehandling, skal således ikke foretages ud fra en sammenligning af forholdene for henholdsvis mænd og kvinder under forældreorlov.

Lønmodtagernes Garantifond har nærmere anført, at funktionærlovens § 3 har til formål at erstatte funktionærens indtægtstab i form af lønnen i opsigelsesperioden, hvilket ikke kan sidestilles med kompensation eller godtgørelse for arbejdsgiverens misligholdelse som den, der i henhold til belgisk ret blev tilkendt i forlængelse af EU-Domstolens dom af 22. oktober 2009 i sag C-116/08 (Meerts). Den kompensation, som Christel Meerts havde krav på, kan derimod bedst sammenlignes med de typer af fratrædelsesgodtgørelse, som en medarbejder, uafhængigt af medarbejderens tab, kan gøre krav på i anledning af ansættelsesforholdets ophør, herunder fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens § 2 a eller § 2 b. Endvidere har EU-Domstolen i en dom af 27. februar 2014 i sag C-588/12 (Lyreco) fastslået, at den faste beskyttelsesgodtgørelse, som en medarbejder i henhold til belgisk ret har krav på i en situation, hvor opsigelse eller ophævelse af ansættelsesforholdet er sket i strid med den særlige beskyttelse mod afskedigelse af medarbejdere på forældreorlov, skal beregnes med udgangspunkt i medarbejderens sædvanlige løn forud for forældreorloven. I overensstemmelse hermed følger det af dansk retspraksis, at godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 2, skal beregnes med udgangspunkt i medarbejderens sædvanlige løn.

For så vidt angår spørgsmålet om ulovlig, indirekte forskelsbehandling på grund af køn, indebærer det forhold, at en medarbejder under ulønnet forældreorlov ikke modtager løn i opsigelsesperioden, ikke en mindre gunstig behandling af kvinder alene af den grund, at flere kvinder end mænd afholder forældreorlov, jf. herved EU-Domstolens dom af 27. oktober 1998 i sag C-411/96 (Boyle). Domstolen har i en dom af 16. juli 2009 i sag C-537/07 (Sánchez-Camacho) fastslået, at en arbejdstager, der udøver retten til at tage forældreorlov, befinder sig i en særlig situation, der ikke kan sidestilles med situationen for en mand eller kvinde, der arbejder på fuld tid. Ved vurderingen af, om den danske retstilstand er i strid med forbuddet mod indirekte forskelsbehandling på grund af køn, skal der på denne baggrund ikke foretages en sammenligning mellem medarbejdere på forældreorlov og medarbejdere, der arbejder på opsigelses- eller ophævelsestidspunktet, idet der ikke foreligger en sammenlignelig situation i relation til den sædvanlige udveksling af parternes ydelser.

Pligten til EU-konform fortolkning rækker i øvrigt ikke længere end til, hvad der er muligt inden for det nationale fortolkningsskøn. Den danske retstilstand vedrørende funktionærlovens § 3 er klar og utvetydig og giver ikke rum for en fortolkning, der kan føre til, at A gives medhold i sit krav. Det vil stride mod det EU-retlige retssikkerhedsprincip at tilsidesætte en

klar og utvetydig national retstilstand, hvor der er tale om en privat arbejdsgiver. Det kan ikke gøre nogen forskel, at kravet nu rettes mod Lønmodtagernes Garantifond, som er en offentlig myndighed. A kan ikke støtte ret på artikel 33, stk. 2, i EU's Charter om grundlæggende rettigheder.

Supplerende sagsfremstilling

Højesteret har ved kendelse af 15. juli 2013 afslået præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen af spørgsmål vedrørende fortolkning af rammeaftalen om forældreorlov, jf. Rådets direktiv 96/34.

Supplerende om retsgrundlaget

Efter funktionærlovens § 3 har en funktionær i tilfælde af, at funktionæren hæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse, mindst krav på en erstatning svarende til lønnen indtil fratreden med 3 måneders varsel (minimalerstatning), dog ikke for en længere periode end det faktiske opsigelsesvarsel. Af forarbejderne til denne bestemmelse fremgår bl.a. (jf. Folketingstidende 1947-48, tillæg A, lovforslag nr. L 77, sp. 3988):

”Loven bygger paa hidtidig Retspraksis. Funktionæren skal have Erstatning for det ham ved Arbejdsgiverens Misligholdelse paaførte Tab. Af praktiske Grunde fastsætter Loven en minimal Erstatning, som Funktionæren altid kan kræve uden Hensyn til, hvorledes Beviset stiller sig for Tabets Størrelse, nemlig Løn indtil lovlig Opsigelse i alle Tilfælde, hvor der haves Krav paa et Opsigelsesvarsel paa indtil 3 Maaneder til en Maanedes Udgang. Med Hensyn til Tjenesteforhold for et bestemt Tidsrum af 3 Maaneder eller derunder haves tilsvarende Krav.

For Tjenesteforhold paa længere Opsigelse eller for længere Tid haves udover det angivne Krav Ret til Erstatning efter almindelige Erstatningsregler.”

Af EU-Domstolens dom af 22. oktober 2009 i sag C-116/08 (Meerts), som delvis er citeret i landsrettens dom, fremgår yderligere bl.a.:

”39 Det følger af såvel ordlyden af den nævnte § 2, stk. 6, [i rammeafgåelsen om forældreorlov, jf. Rådets direktiv 96/34 af 3. juni 1996,] som af den sammenhæng, hvori den indgår, at bestemmelsen har til formål at undgå ethvert tab eller forringelse af arbejdsrelaterede rettigheder, som arbejdstageren 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 (jf. i denne retning dom af 16.7.2009, sag C-

537/07, Gómez-Limón Sánchez-Camacho, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 39).”

EU-Domstolen har i dom af 27. februar 2014 i sag C-588/12 (Lyreco) bl.a. fortolket § 2, stk. 4 og 6, i rammeaftalen vedrørende forældreorlov, jf. Rådets direktiv 96/34 af 3. juni 1996. Anmodningen om præjudiciel afgørelse var fremsat i forbindelse med en tvist mellem Lyreco Belgium NV og en tidligere ansat om beregningen af en fast ”beskyttelsesgodtgørelse”, som den tidligere ansatte havde krav på som følge af uberettiget afskedigelse, mens hun var på forældreorlov i form af nedsat arbejdstid. I dommen hedder det bl.a.:

- ”43 Som Domstolen allerede har fastslået, følger det af såvel ordlyden af [§ 2, stk. 6, i rammeaftalen om forældreorlov] som af den sammenhæng, hvori den indgår, at bestemmelsen har til formål at undgå ethvert tab eller forringelse af arbejdsrelaterede rettigheder, som arbejdstageren 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 (Meerts-dommen, præmis 39, og dommen i sagen Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, præmis 51).
- 44 Det følger som nævnt i nærværende doms præmis 30-32 af formålene med rammeaftalen, 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 (jf. Meerts-dommen, præmis 43, og dommen i sagen Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, præmis 53).
- 45 Hertil hører enhver rettighed eller fordel vedrørende arbejdsvilkår, såsom retten for en arbejdstager, der er ansat i henhold til en tidsbegrænset fuldtidsansættelseskontrakt, og som er på forældreorlov, til en fast beskyttelsesgodtgørelse, såfremt arbejdsgiveren, uden at der foreligger tungtvejende grunde eller en tilstrækkelig begrundelse, ensidigt opsiger denne kontrakt. Denne godtgørelse, hvis beløb er forbundet med den løn, der var aftalt i den nævnte kontrakt, og hvis formål er at beskytte en sådan arbejdstager mod en afskedigelse, der er begrundet med ansøgning om forældreorlov eller selve orloven, tildeles således denne arbejdstager på grund af dennes ansættelse, som ville have fortsat, såfremt vedkommende ikke var blevet uberettiget afskediget (jf. analogt dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 10 og 11, og af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, præmis 23-28, samt Meerts-dommen, præmis 44).
- 46 Det er således i hovedsagen ubestridt, at en arbejdstager som Sophie Rogiers, der er ansat hos sin arbejdsgiver i henhold til en tidsbegrænset ansættelseskontrakt, og som efter reglerne i national ret har ret til forældreorlov, havde ret til den faste beskyttelsesgodtgørelse, som fastsat i saneringslovens artikel 101, fra begyndelsen

af sin forældreorlov. Den omstændighed, at denne ret kun tildeles den pågældende arbejdstager, såfremt dennes arbejdsgiver senere gennemfører en uberettiget afskedigelse af denne arbejdstager under dennes forældreorlov, er i denne forbindelse irrelevant.

- 47 Når en arbejdstager, der er ansat i henhold til en tidsubegrænset fuldtidsansættelseskontrakt, er blevet uberettiget afskediget som i hovedsagen under forældreorlov bevilget i form af nedsat arbejdstid, som denne havde krav på, skal en fast beskyttelsesgodtgørelse som den, der er fastsat i belgisk lovgivning, følgelig beregnes på grundlag af lønnen for denne arbejdstagers fuldtidsarbejde for at være forenelig med kravene i rammeaftalen.
- 48 På baggrund af det ovenstående skal det præjudicielle spørgsmål besvares med, at rammeaftalens § 2, stk. 4, som findes i bilaget til direktiv 96/34, læst i lyset af både de formål, der forfølges med denne rammeaftale, og rammeaftalens § 2, stk. 6, skal fortolkes således, at den er til hinder for, at den faste beskyttelsesgodtgørelse, der skal udbetales til en arbejdstager, der afholder forældreorlov i form af nedsat arbejdstid, såfremt arbejdsgiveren, uden at der foreligger tungtvejende grunde eller en tilstrækkelig begrundelse, ensidigt opsiger ansættelsesforholdet med denne arbejdstager, der har en tidsubegrænset fuldtidsansættelse, beregnes på grundlag af den nedsatte løn, som vedkommende modtager på tidspunktet for sin afskedigelse.”

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstilling

A var på barsels- og forældreorlov i perioden fra den 9. august 2008 til den 4. juli 2009 og skulle i henhold til sin ansættelsesaftale have fuld løn i 14 uger efter fødslen den 16. august 2008, dvs. indtil den 21. november 2008, hvorefter hun overgik til at modtage dagpenge. Den 22. december 2008 ophævede Teknisk Landsforbund på hendes vegne ansættelsesforholdet på grund af manglende betaling af løn for perioden fra den 1. til den 21. november 2008. Arbejdsgiveren gik efterfølgende konkurs den 18. februar 2009.

Det er ubestridt, at der ikke var nogen sammenhæng mellem arbejdsgiverens misligholdelse og As afholdelse af forældreorlov, og der er således ikke rejst krav om godtgørelse efter ligebehandlingsloven.

Denne sag angår As krav mod Lønmodtagernes Garantifond om erstatning for løn i hendes opsigelsesperiode på 4 måneder, nærmere bestemt fra den 22. december 2008 til den 30. april 2009.

Efter funktionærlovens § 3 har en funktionær i tilfælde af, at funktionæren hæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse, krav på erstatning for det tab, som misligholdelsen påfører funktionæren, herunder navnlig de mistede indtægter indtil denne lovligt kunne være opsagt af arbejdsgiveren, med fradrag af eventuelle indtægter fra anden stilling. Funktionæren har uanset eventuel anden indtægt mindst krav på en erstatning svarende til lønnen indtil fratræden med 3 måneders varsel (minimalerstatning), dog ikke for en længere periode end det faktiske opsigelsesvarsel. Efter funktionærlovens § 7, stk. 4, har en funktionær, som bliver opsagt inden barselsorlovens påbegyndelse eller inden 14 uger efter fødslen, ret til fuld løn i opsigelsesperioden.

Hovedspørgsmålet i sagen er, om A ved ophævelse af ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse har krav på at få erstattet sin sædvanlige løn i opsigelsesperioden, selv om hun i den pågældende periode var på forældreorlov uden løn og modtog dagpenge efter barsellovens § 21, stk. 1.

A har anført, at det vil være i strid med EU-rammeaftalen om forældreorlov og forbuddet mod forskelsbehandling på grund af køn, hvis hun ikke får erstattet sin sædvanlige løn i opsigelsesperioden. Det er således ubestridt, at kravet ikke kan støttes på funktionærlovens § 3, stk. 3, jf. stk. 2, eller § 7, stk. 4, sådan som disse bestemmelser må forstås uden inddragelse af EU-retten.

EU-rammeaftalen om forældreorlov

Efter § 2, stk. 6, i den dagældende EU-rammeaftale om forældreorlov, jf. Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996, skal erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører. Efter stk. 7 fastsætter medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter, hvorledes der skal forholdes med ansættelseskontrakten eller ansættelsesforholdet i forældreorlovsperioden.

Parterne er enige om, at det ikke er i strid med EU-retten, at man under forældreorlov oppebærer en indtægt, som er mindre end sædvanlig løn. Det harmonerer med, at en kvinde under barselsorlov (dvs. de første 14 uger efter fødslen) alene skal sikres en indtægt, der mindst sva-

rer til den, som den pågældende ville få under sygeorlov, jf. artikel 11 i Rådets direktiv 92/85 af 19. oktober 1992 (graviditetsdirektivet).

EU-Domstolen har i dom af 22. oktober 2009 i sag C-116/08 (Meerts), præmis 39 og 47, fastslået, at rammeaftalens § 2, stk. 6, indebærer, at en arbejdstager under forældreorlov ikke må stilles ringere med hensyn til erhvervede rettigheder eller rettigheder, som den pågældende er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens indtræden, end hvis den pågældende ikke var på forældreorlov.

En funktionær er efter funktionærlovens § 3 alene beskyttet mod indtægtstab i opsigelsesperioden, og denne rettighed bestod uændret både før og under As forældreorlov. Hun modtog i sin opsigelsesperiode, som udløb inden forældreorloven ophørte, den indtægt i form af dagpenge, som hun hele tiden havde måttet påregne, idet hendes ret til løn fra arbejdsgiveren var udløbet 14 uger efter fødslen. Hun blev således ikke med hensyn til rettigheder, der bestod, da hendes orlovsperiode begyndte, stillet ringere, end hvis hun ikke havde været på forældreorlov, idet hun som nævnt ikke havde noget krav på løn, mens hun var på forældreorlov, og derfor ikke led noget indtægtstab.

Højesteret finder på den anførte baggrund, at As krav om at få erstattet sin sædvanlige løn i opsigelsesperioden ikke kan støttes på artikel 2, stk. 6, i EU-rammeaftalen om forældreorlov.

Det bemærkes herved, at Meerts-dommen i modsætning til den foreliggende sag angik en situation, hvor arbejdstageren var stillet ringere, fordi størrelsen af den tabsafhængige fratrædelsesgodtgørelse, som hun havde ret til ved arbejdsgiverens opsigelse uden varsel, var mindre end den ville have været, hvis opsigelsen uden varsel var sket, mens hun ikke var på forældreorlov.

Indirekte forskelsbehandling på grund af køn

Efter ligelønslovens § 1 a, stk. 2, og ligebehandlingslovens § 1, stk. 3, foreligger der indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af det ene køn ringere end personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at forskelsbehandling består i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer, jf. f.eks. præmis 56 i Domstolens dom af 16. juli 2009 i sag C-537/07 (Sánchez-Camacho). Særligt med hensyn til kvinder på barsels- eller forældreorlov har EU-Domstolen flere gange fastslået, at de befinder sig i en særlig situation, der ikke kan sidestilles med situationen for en mand eller kvinde, som arbejder (herunder på fuld tid), jf. herved præmis 17 i dom af 13. februar 1996 i sag C-342/93 (Gillespie), præmis 46 i dom af 30. marts 2004 i sag C-147/02 (Alabaster) og præmis 57 i dom af 16. juli 2009 i sag C-537/07 (Sánchez-Camacho).

A har anført, at der foreligger en ulovlig, indirekte forskelsbehandling under henvisning til, at funktionærer, som under en ulønnet forældreorlov bliver uberettiget bortvist, fritstillet eller hæver ansættelsesforholdet på grund af arbejdsgiverens grove misligholdelse, ikke har krav på løn i en opsigelsesperiode, som er sammenfaldende med en forældreorlov, og derfor behandles ringere end funktionærer, der ikke er på forældreorlov, og som bortvises uberettiget mv. Da funktionærer på forældreorlov fortrinsvis er kvinder, medfører forskelsbehandlingen, at kvinder stilles ringere end mænd.

Højesteret bemærker hertil, at A på ophævelsestidspunktet var på ulønnet forældreorlov, som fortsatte gennem hele opsigelsesperioden. Hun var således ikke i en sammenlignelig situation med funktionærer, som er i arbejde på ophævelsestidspunktet, og over for hvem arbejdsgiveren har en lønforpligtelse.

Højesteret finder herefter, at undladelse af at erstatte As sædvanlige løn i opsigelsesperioden ikke er udtryk for ulovlig, indirekte forskelsbehandling.

Konklusion

Højesteret stadfæster herefter landsrettens dom.

Sagsomkostninger

Ud over sagens værdi er der ved fastsættelse af sagsomkostninger taget hensyn til sagens karakter og arbejdets omfang, herunder at der også for Højesteret har været rejst spørgsmål om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Teknisk Landsforbund som mandatar for A betale 75.000 kr. til Lønmodtagernes Garantifond.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgivelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.