

# HØJESTERETS DOM

## afsagt mandag den 7. oktober 2013

**Sag 274/2011**

(1. afdeling)

HK Danmark som mandatar for A

(advokat Peter Breum)

mod

DIO II ved DI som mandatar for BMS A/S

(advokat Morten Eisensee)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Glostrup den 27. september 2010 og af Østre Landsrets 8. afdeling den 26. maj 2011.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Børge Dahl, Poul Søgaard, Thomas Rørdam, Henrik Waaben og Oliver Talevski.

### **Påstande**

Appellanten, HK Danmark som mandatar for A, har gentaget påstanden om, at BMS A/S skal betale 263.342,70 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra sagens anlæg.

Indstævnte, DIO II ved DI som mandatar for BMS A/S, har påstået stadfæstelse.

### **Anbringender**

HK Danmark som mandatar for A har anført, at afskedigelsen af netop A skyldtes, at BMS anså hende for mindre fleksibel med hensyn til arbejdstid i de uger, hvor hun havde børn. Afskedigelse af en kvinde på grund af hendes status som enlig mor, men ingen mand i tilsvarende situation, udgør direkte forskelsbehandling på grund af køn.

Der foreligger i øvrigt indirekte forskelsbehandling på grund af køn, idet anvendelsen af kriteriet "fleksibilitet" forstået som lønmodtagerens evne til at tilpasse sig skiftende arbejdstider er til ugunst for kvindelige lønmodtagere. Der er ikke godtgjort noget sagligt formål med anvendelsen af fleksibilitetskriteriet, og midlet til at opfylde formålet – opsigelsen – er hverken hensigtsmæssigt eller nødvendigt.

DIO II ved DI som mandatar for BMS A/S har anført, at valget af A som den medarbejder, der skulle afskediges, blev truffet ud fra en samlet vurdering af, hvem der bedst kunne undværes, og hvem der havde de bedste kvalifikationer til at varetage flest mulige funktioner i den fremtidige drift. Flexibilitet i relation til arbejdstid er ikke indgået i beslutningen og er i øvrigt et sagligt, nødvendigt og hensigtsmæssigt driftshensyn.

Hertil kommer, at den 50/50 deleordning, som A og hendes tidligere ægtefælle havde med hensyn til børnene, i sagens natur ikke har en kønsskæv effekt.

### **Forklaringer**

Til brug for Højesteret er der afgivet supplerende forklaring af Per Christoffersen. Der er endvidere afgivet forklaring af Anders Gøthe.

Per Christoffersen har forklaret, at A blev meget stødt over opsigelsen. Han var bekendt med relationen mellem Anders og A, hvorfor han bad Anders om at tale med hende. Under selve opsigelsessamtalen blev A både vred og ked af det, og det virkede, som om hendes liv var brudt sammen. A græd under samtalen. Han tilbød hende en samtale med HR-afdelingen, men dette ønskede hun ikke. Hun ønskede blot at tage hjem.

Han kontaktede Anders og fortalte, at A var blevet opsagt og var meget ked af det. Anders var bekendt med situationen i virksomheden, herunder at der skulle ske en del afskedigelser. Han talte ikke med Anders om årsagen til opsigelsen af A. De talte om A generelt, herunder om at A altid gerne ville have noget ud af alting, og de kendte begge forskellige eksempler herpå. De talte ikke om, at A i perioder var "alenemor" med sine børn. Han bad Anders tage kontakt til A og trøste hende. Han kendte ikke andre i As omgangskreds, som han kunne bede om at hjælpe A. Han ønskede, at der var nogen, som kunne støtte hende.

Anders og han talte om, at det på et ledelsesmøde kort forinden As opsigelse var blevet drøftet, at det blev nødvendigt med afskedigelser, og at en del maskiner også skulle sættes til salg. Han drøftede ikke med Anders i den forbindelse, efter hvilke kriterier opsigelserne skulle ske. Anders nævnte, at det var trist, at A var blevet ramt af en opsigelse, og lovede, at han ville tale med hende.

I e-mailen af 25. august 2008 afsendt kl. 19.50 uddybede han baggrunden for opsigelsen som et svar på As e-mail.

Der havde hidtil været en opdeling af arbejdsopgaverne i call-centret og logistikafdelingen, og det var fremover nødvendigt at blande arbejdsopgaverne, hvilket indebar, at medarbejderne skulle være i stand til at bestride alle slags opgaver. Nogle medarbejdere i udlejningsafdelingen skulle ligeledes udføre opgaver i logistikafdelingen. Flexibilitet var nødvendig i løbet af arbejdsdagen, således at medarbejderne kunne begynde i logistikafdeling først på dagen og senere på dagen udføre opgaver i de øvrige afdelinger. Denne flexibilitet var A ikke klædt på til. Flexibiliteten krævede, at medarbejderne kunne tage eget initiativ og udføre mange forskellige opgaver. Jo bedre medarbejderne var funderet, jo bedre var de i stand til at klare de forskelligartede opgaver. Han kiggede på, hvilke opgaver de forskellige medarbejdere ville være i stand til at løse.

Da A på ny sendte en e-mail til ham, besvarede han denne i en e-mail afsendt samme dag kl. 20.00. Han fandt, at det ville være bedst, hvis A og han førte en samtale ansigt til ansigt, da han generelt mener, at mange ting kan misforstås, når de omtales i e-mails. Han fandt, at A havde krav på en meget god forklaring på opsigelsen, og derfor ønskede han også at give hende en sådan under en personlig samtale. Han kommenterede derfor ikke det, A nævnte i e-mailen om sine børn. Han følte også på grund af indholdet af As mail, at "det hele bare løb derud af".

Han modtog på ny en e-mail fra A afsendt samme dag kl. 20.04, hvilken han besvarede i e-mail afsendt den næste dag, den 26. august 2008, kl. 08.29. A havde selv skrevet, at hun var mindre fleksibel med hensyn til tid, og dette forholdt han sig derfor til i sit svar.

I e-mailen af 26. august 2008 afsendt kl. 15.59 fortsatte han den retning, som A havde valgt. Da han besvarede mailen, tænkte han, at As fleksibilitet med hensyn til mødetid muligt også kunne være et problem. Han havde samtidig et ønske om at afslutte e-mailkorrespondancen, da den efterhånden førte et helt forkert sted hen. Hver gang han besvarede en e-mail fra A, sendte hun en e-mail med et nyt spørgsmål. Han havde foretrukket, at de havde gennemført en personlig samtale i stedet. Hans overvejelser om As tidsmæssige fleksibilitet opstod først, da A selv skrev om det i sin e-mail. Disse overvejelser var ikke en del af grundlaget for hans beslutning om at opsiges A. Hvis A havde været den medarbejder, som han havde valgt at satse på fremover, ville spørgsmålet om mødetider kunne løses, eventuelt i lighed med den ordning, A hidtil havde haft med hensyn til mødetider.

Efter korrespondancen følte han sig noget manipuleret. Han følte, at As spørgsmål drejede korrespondancen i en anden retning, end der havde været hans udgangspunkt for opsigelsen. Han havde således ingen overvejelse om As mødefleksibilitet, inden beslutningen om opsigelse af hende blev truffet. Han følte, at A i sine spørgsmål havde peget på et bestemt punkt, som han så havde forholdt sig til. A havde i sin mail af 25. august 2008 afsendt kl. 20.04 direkte skrevet, at hun ikke var så fleksibel med hensyn til tiden, og dette havde han forholdt sig til. A havde under sin ansættelse haft et ønske om skiftende arbejdstider, hvilket ønske var efterkommet. Han har ikke ført statistik over, om A var mere fleksibel med hensyn til arbejdstider end de andre medarbejdere. Han har endvidere ikke kendskab til omfanget af As sygedage.

Han nævnte ikke under samtalen med Anders, at årsagen til, at A var blevet opsagt, var, at hun var ufleksibel hver anden uge med hensyn til overarbejde. Han mener slet ikke, at han under samtalen nævnte noget om årsagen til hendes opsigelse.

Anders Gøthe har forklaret, at han har været ansat hos BMS A/S som driftsleder i værkstedet i 3 år frem til marts 2009. Han lærte A at kende i virksomheden. De så også hinanden privat. På et tidspunkt blev de kærester. I august 2008 var de ikke længere kærester, og de havde ikke længere nogen tæt kommunikation. Ledelsen og de øvrige medarbejdere i BMS A/S var bekendt med kæresterrelationen mellem A og ham.

Det er korrekt, at han førte en samtale med Per Christoffersen vedrørende opsigelsen af A. Han hørte første gang om As opsigelse samme dag, som hun blev opsagt, idet han fik en be-

sked herom via det interne mailsystem fra A. Han blev meget overrasket over hendes afskedigelse. Efterfølgende samme dag blev han kontaktet af Per, som fortalte ham, at A var blevet opsagt. Per fortalte, at A havde taget det meget tungt og var ked af det. Per var ikke bekendt med, at A var i en økonomisk klemmt situation, og han havde derfor ikke forudset, at hun ville tage opsigelsen så tungt. Per oplyste, at han havde valgt at afskedige A, fordi hun var ufleksibel hver anden uge for så vidt angik overarbejde. Per nævnte ikke andre grunde til opsigelsen. Per bad ham tage kontakt til A og sikre, at hun var okay.

Efterfølgende samme dag ringede han til A, som han fortalte, at Per havde bedt ham ringe til hende. Han oplyste overfor A, at Per ikke vidste, at hun var trængt på grund af sin økonomisk hårde situation. Han oplyste endvidere, hvad Per havde nævnt om baggrunden for hendes opsigelse. Han havde ikke efterfølgende nogen tæt kontakt til A, bortset fra almindelige sms-beskeder og beskeder over facebook.

Da Per under samtalen nævnte, at årsagen til opsigelsen af A var hendes ufleksibilitet, spurgte han ikke nærmere ind til dette. Grunden til, at han i dag husker, at Per oplyste om baggrunden for opsigelsen, er, at han umiddelbart efter talte med A om dette. A blev overrasket over at høre, at årsagen var hendes tidsmæssige ufleksibilitet, og hun sagde, at det var en dårlig grund. A fandt, at hun altid havde været pligtopfyldende og havde udført sine arbejdsopgaver på en god måde. Han var også selv overrasket over, at valget var faldet på A, da han havde samarbejdet både med hende og to andre medarbejdere i udlejningsafdelingen, nemlig Mette og Jesper. I den forbindelse havde samarbejdet med Mette været vanskeligt, og havde han vidst, at der skulle afskediges en fra udlejningsafdelingen, havde han forventet, at valget var faldet på Mette.

Han kommenterede ikke Pers afgørelse om, hvem der skulle afskediges, idet han ikke var en del af ledelsen og ikke var berettiget til at blande sig i dette spørgsmål. Samtalen med Per Christoffersen varede cirka 15 minutter. Han mener, at Per under samtalen ligeledes nævnte, at Per havde fået en ny kæreste.

Han oplevede, at Per kontaktede ham, fordi han tidligere havde været kæreste med A og kendte hende godt. Han husker ikke, at de under samtalen skulle have talt om situationer, de

hver havde oplevet sammen med A. Det emne kom først frem under en samtale, han førte med Per på et langt senere tidspunkt.

Han husker ikke i dag nøjagtig ordlyden af samtalen, men han er sikker på, at Per nævnte, at årsagen til afskedigelsen var As ufleksibilitet hver anden uge med hensyn til overarbejde. Han husker, at Per indledte samtalen med at oplyse, at A var blevet opsagt, og at hun havde taget det meget tungt, og derefter nævnte han årsagen til opsigelsen. Han er ikke i dag i tvivl om indholdet af samtalen, men han husker ikke efter 4 år de nøjagtige ord, der blev benyttet under samtalen.

## **Højesterets begrundelse og resultat**

### *Sagens problemstilling*

A blev den 1. februar 2007 ansat som udlejningskoordinator hos BMS A/S. Den 25. august 2008 blev hun opsagt med virkning fra den 30. november 2008. Sagens hovedspørgsmål er, om opsigelsen udgør forskelsbehandling på grund af køn i strid med loven om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. (ligebehandlingsloven).

### *Ligebehandlingsloven*

En arbejdsgiver, der beskæftiger mænd og kvinder, skal behandle dem lige, også ved afskedigelse, jf. ligebehandlingslovens § 4.

Ved ligebehandling af mænd og kvinder forstås, at der ikke finder forskelsbehandling sted på grund af køn, jf. § 1, stk. 1. Dette gælder både direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling, navnlig under henvisning til graviditet eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

Direkte forskelsbehandling foreligger, når en person på grund af køn behandles ringere, end en anden person bliver, er blevet eller vil blive behandlet i en tilsvarende situation, jf. lovens § 1, stk. 2. Indirekte forskelsbehandling foreligger, 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, jf. lovens § 1, stk. 3.

Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. bl.a. § 4, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, jf. § 16 a.

#### *Den konkrete sag*

Som følge af ordnedgang og nedgang i omsætning fandt BMS det nødvendigt at reducere antallet af medarbejdere i bl.a. det call-center, som A arbejdede i. A blev valgt som den medarbejder i call-centret, der skulle opsiges.

A var fraskilt og havde med sin tidligere ægtefælle en 50/50 deleordning for så vidt angik deres to børn på 6 og 8 år. Det er hendes opfattelse, at BMS af den grund anså hende for mindre fleksibel i relation til arbejdstid i de uger, hvor børnene var hos hende, og derfor valgte at afskedige hende i stedet for en af de andre udlejningskoordinatorer.

Fleksibilitet i henseende til arbejdstid må anses for et i sig selv kønsneutralt kriterium. En opsigelse begrundet i dette forhold udgør derfor ikke direkte forskelsbehandling på grund af køn. Kan en anvendelse af kriteriet imidlertid have en kønsskæv effekt, kan der foreligge indirekte forskelsbehandling, jf. § 1, stk. 3, og lovens forarbejder (Folketingstidende 2000-2001, tillæg A, s. 1993, og Folketingstidende 2005-2006, tillæg A, s. 303).

Den sidste e-mail af 26. august 2008 fra Per Christoffersen til A og forklaringerne afgivet af A og Anders Gøthe tyder på, at virksomheden har anset A for mindre fleksibel i relation til arbejdstid i de uger, hvor hun havde børnene, og har ladet dette indgå i bedømmelsen af, hvem af udlejningskoordinatorerne virksomheden bedst kunne undvære. Efter en samlet bedømmelse af bevisførelsen, herunder Per Christoffersens forklaringer og svaret i hans første e-mail af 25. august 2008, må det imidlertid lægges til grund, at det afgørende for valget har været at sikre den sammensætning af medarbejdergruppen, som bedst ville kunne varetage de funktioner, som medarbejdergruppen fremover skulle bestride. Højesteret tiltræder derfor, at opsigelsen af A ikke har indebåret en forskelsbehandling i strid med ligebehandlingslovens § 4.

*Konklusion*

Højesteret stadfæster herefter landsrettens dom.

**Thi kendes for ret:**

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal HK Danmark som mandatar for A betale 50.000 kr. til DIO II ved DI som mandatar for BMS A/S.

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