



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  **ADVOKATER**

# Opsigelse på grund af graviditetsbetinget fravær

Højesterets dom  
den 20. februar 2012

Jacob Sand, Gorrissen Federspiel  
Helle Nøhr Larsen, SIRIUS advokater



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  **ADVOKATER**

# Indhold

1. Faktum i sagen
2. Hvad siger sagen om direkte og indirekte diskrimination
3. Ændrer sagen retsvirkningen af "ikke-viden"?
4. Konsekvenser af opsigelse - kan AG omgøre opsigelsen?
5. Konsekvenser af dommen i forhold til andre diskriminationsområder, herunder handicapdiskrimination m.v.
6. Højesteretsdom af 29. marts 2012 – fertilitetsbehandling  
- Sager om fertilitetsbehandling



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  **ADVOKATER**

## EU-regulering i to EU-direktiver

1. kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet, oprindeligt direktiv 76/207, nu erstattet af Rådets direktiv 2006/54/ef af 5. juli 2006 (L204/23) om ligebehandling af mænd og kvinder ifm. beskæftigelse og erhverv
2. Et arbejdsmiljødirektiv 92/85/EØF for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer.



Gorrissen Federspiel

## Rådets direktiv 2006/54/ef (arbejdsmarkedsdirektivet)

Art. 2:

*»Definition af direkte forskelsbehandling: At en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.»*

*»indirekte forskelsbehandling«: at en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Rådets direktiv 2006/54/ef (arbejdsmarkedsdirektivet)

Art. 14 (erstattede art. 2 og art. 5 i 76/207-direktiv):

*1. Der må i den offentlige eller den private sektor, herunder offentlige organer, ikke finde direkte eller indirekte forskelsbehandling sted på grund af køn, for så vidt angår:*

*[...]*

*c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse, samt løn, som omhandlet i traktatens artikel 141*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Rådets direktiv 92/85/EØF for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (arbejds miljødirektivet)

Art. 2

” a) *gravid arbejdstager: enhver arbejdstager, som er gravid, og som **underretter** arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  **ADVOKATER**

## Ligebehandlingsloven

§ 4. Enhver arbejdsgiver, der beskæftiger mænd og kvinder, skal behandle dem lige for så vidt angår arbejdsvilkår. Dette gælder også ved afskedigelse.

§ 9 En arbejdsgiver må ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær eller har været fraværende efter barsellovens §§ 6-14 eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption.



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Ligebehandlingsloven

§ 16 Stk. 4. Såfremt en afskedigelse finder sted under graviditet, fravær efter barsellovens §§ 6-11, 13 og 14, og i varslingsperioder efter barsellovens § 16, stk. 2, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at afskedigelsen ikke er begrundet i disse forhold.

§ 16 a Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. §§ 2-5, 9 og § 15, stk. 1, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.





Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 26. februar 2008, C-506/06, Mayr:

- *”33. Domstolen har allerede før direktiv 92/85 trådte i kraft fastslået, at i medfør af princippet om forbud mod forskelsbehandling, og navnlig artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, **skal en kvinde beskyttes mod afskedigelse ikke blot under barselsorloven, men under hele graviditeten.** Ifølge Domstolen kan en afskedigelse i denne periode kun berøre kvinder og er følgelig udtryk for direkte forskelsbehandling på grundlag af køn (jf. i denne retning dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Sml. I, s. 3979, præmis 13, og af 30.6.1998, sag C-394/96, Brown, Sml. I, s. 4185, præmis 24 og 25, samt McKenna-dommen, præmis 47, og Paquay-dommen, præmis 29).”*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

EU-Domstolens dom (Store Afdeling) af 26. februar 2008, C-506/06, Mayr:

- *”46. Som det fremgår af nærværende doms præmis 33, har Domstolen allerede fastslået, at i medfør af princippet om forbud mod forskelsbehandling, og navnlig artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, skal **en kvinde beskyttes mod afskedigelse ikke blot under barselsorloven, men under hele graviditeten**. Som Domstolen har anført, kan afskedigelse af en kvindelig arbejdstager på grund af graviditet eller med en begrundelse, der i det væsentlige støttes på denne tilstand, kun berøre kvinder og er følgelig udtryk for direkte forskelsbehandling på grundlag af køn (jf. i denne retning dommen i sagen Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, præmis 13, Brown-dommen, præmis 16, 24 og 25, McKenna-dommen, præmis 47, og Paquay-dommen, præmis 29).”*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

EU-Domstolens dom (Anden Afdeling) af 8. september 2005, C-191/03, McKenna:

- *” 54. Det følger af det ovenfor anførte, at en kvindelig arbejdstager på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin:*
- *hverken kan afskediges under sin barselsorlov på grund af sin tilstand eller afskediges før barselsorloven på grund af graviditetsbetinget sygdom, der er opstået før barselsorloven”*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

EU-Domstolens dom af 22. april 1997, C-180/95, Draehmpaehl :

- *” 21 Det må i den forbindelse fremhæves, således som Domstolen fastslog i dommen i Dekker-sagen, præmis 25, at direktivet ikke indeholder bestemmelse om ansvarsfrihedsgrunde for den, der udøver forskelsbehandling, og godtgørelse for skade som følge heraf er ikke efter direktivet betinget af, at der foreligger culpa, uanset hvor let der kunne føres bevis herfor.”*



Gorrissen Federspiel

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

### Faktiske **omstændigheder**

- Social- og sundhedshjælper i et plejefirma blev ansat den 1. marts 2008 med prøvetid
- Den 7. april 2008 – altså efter ca. 5 ugers ansættelse – blev hun afskediget på grund af **ustabil arbejdsindsats og fravær**. Hendes hyppige sygdom ledte således til opsigelsen.
- Hun havde på det tidspunkt været fraværende den. 24. – 26. marts, delvist den 4. april samt 7. april pga. egen sygdom samt haft barnets første sygedag den 3. april, i alt ca. 5 dages fravær.



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

- Den 26. marts fastslog den ansattes egen læge graviditet.
- Hendes **egen sygdom** relaterede sig i det hele til **graviditetsgener**.
- Den 7. april sygemeldte hun sig tidligt om morgenen pr. SMS.
- Kl. ca. 10.00 oprettede arbejdsgiver 1. udkast til opsigelse.
- Kl. 11.45 tlf.-samtale - oplyste om graviditet og blev opsagt.



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

### Retten i Kolding

- Sagen blev afgjort på viden eller ikke-viden om graviditet.
- Arbejdsgiveren fik medhold i, at han **ikke havde kendskab** til graviditeten, da han traf beslutningen om opsigelsen, uanset at begrundelsen blev redigeret, herunder blev finjusteret, efter telefonsamtalen sidst på formiddagen. Retten fastslår ikke, hvornår beslutningen blev truffet, men det må have været før telefonsamtalen.



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

### Vestre Landsret

- For landsretten blev der fokuseret på, at der med begrundelsen af opsigelsen og henvisningen til sygefravær var tale om en direkte henvisning til det der nu viste sig at være graviditetsbetinget fravær – altså **direkte diskrimination**.
- Direkte diskrimination kan – modsat indirekte diskrimination - aldrig retfærdiggøres og vil derfor altid være ulovlig – helt uafhængigt af arbejdsgivers viden om graviditeten. Altså intet om omvendt bevisbyrde.
- det er en objektiv bedømmelse/konstatering af den ansattes graviditet, der er afgørende for om den omfattende beskyttelse i § 9 træder i kraft





Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Hvad siger Landsrets- og Højesteretsdommen

VLR:

*”.....På denne baggrund må afskedigelsesforbuddet i ligebehandlingslovens § 9 forstås således, at det er uden betydning, om det efter bevisførelsen kan lægges grund, at Torben Passgaard ikke kendte til medarbejderens graviditet, da han den 7/4 2008 traf den endelige beslutning om at afskedige hende. Afskedigelsen på grund af det graviditetsbetingede sygdomsfravær må herefter anses for sket i strid med ligebehandlingslovens § 9, og medarbejderen har derfor krav på godtgørelse efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 2 ....”*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

For Højesteret anmodede FOA om at sagen blev forelagt for EU-Domstolen

- FOA henviste til, at tredjeinstansbevillingen vidnede om, at der var usikkerhed om den rette fortolkning, og at sagen i landsretten var afgjort på ren EU-ret
- Højesteret afviste anmodningen til trods for, at der eksisterer en forelæggelsespligt, medmindre der er tale om en Acte Clair-situation, hvor den rette fortolkning er klar.
- Afvisningen vidner om, at Højesteret er tilbageholdende med at forelægge, eller at det i øvrigt var så klart.



Gorrissen Federspiel

## Højesteretsdom af 20. februar 2012

Højesteret udtalte:

- "...at bestemmelsen (Ligebehandlingslovens § 9) efter sit formål må forstås således, at den omfatter afskedigelse på grund af sygefravær, der skyldes graviditet, selv om arbejdsgiveren på afskedigelsestidspunktet hverken var eller burde være bekendt med graviditeten."
- "En pligt for arbejdsgiver til at betale godtgørelse efter lovens § 16, stk. 2, må dog i denne særlige situation være betinget af, at arbejdsgiveren ikke omgør sin beslutning om afskedigelse efter at være blevet bekendt med graviditeten."
- Medarbejderens opsigelse var begrundet i fravær, der var graviditetsbetinget.
- Opsigelsen anses således for at være sket i **strid med ligebehandlingslovens § 9**, og medarbejderen har derfor krav på godtgørelse – 6 måneders løn

**Anbefaling:**

- Overvej kraftigt begrundelsen for opsigelsen! Særligt, hvis det handler om sygdom



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

HR 20. februar 2012

Ændrer sagen på retsvirkningen, i situationer hvor arbejdsgiveren ikke er bekendt med graviditeten?



Gorrissen Federspiel

## Tidligere afgørelser – ikke bekendt med..

### **U1994.212Ø**

Opsigelse af gravid medarbejder.

Byret: ”I overensstemmelse med det i Østre Landsrets dom af 30/10 1991 (citeret i U1992.171) anførte, *finder bevisbyrde reglerne i LBL's § 16, stk. 4 anvendelse, uanset om arbejdsgiveren havde kendskab til den ansattes graviditet.*”

Byretten fandt ikke, at arbejdsgiveren havde løftet denne bevisbyrde og dømte til at betale 20 ugers løn. (Mindre godtgørelse på grund af arbejdsgivers økonomiske forhold.)



Gorrissen Federspiel

## Tidligere afgørelser – ikke bekendt med..

### U1994.212Ø

Landsretten:

- **LBL § 16, stk. 4 finder anvendelse, når afskedigelse af en kvindelig ansat finder sted under den ansattes graviditet.**
- Det lægges til grund, at arbejdsgiver ikke forud for opsigelsen var underrettet om medarbejderens graviditet.
- På denne baggrund findes arbejdsgiven at have godtgjort, at afskedigelsen ikke var begrundet i graviditeten, hvorfor arbejdsgiveren blev frifundet. LR fandt det i øvrigt godtgjort, at opsigelsen var sagligt begrundet i AGs økonomiske forhold.



Gorrissen Federspiel

## Tidligere afgørelser – ikke bekendt med..

### **Vestre Landsrets dom af 6/2 2002 (B-2355-00)**

Landsretten: *"F var gravid, da hun den 30/6 1999 blev opsagt, og det følger herefter af LBL § 16, stk. 4, at indstævnte har bevisbyrden for, at afskedigelsen ikke var begrundet i graviditeten. Da F imidlertid på afskedigelsestidspunktet endnu ikke selv var klar over, at hun var gravid, har indstævnte bevist, at afskedigelsen ikke helt eller delvis var begrundet i graviditeten."*

- *Det blev lagt til grund, at baggrunden for opsigelsen særligt beroede på en række begåede fejl. Herefter ansås der ikke at være grundlagt for godtgørelse hverken efter LBL's § 14, 15 eller 16.*

## Tidligere afgørelser – ikke bekendt med..

### **U2004.270H:**

Landsretten:

*Bevisbyrden for at arbejdsgiveren var bekendt med den ansattes graviditet m.v., må imidlertid efter almindelige bevisbyrderegler antages at påhvile den ansatte” ..... Det er på baggrund heraf ikke godtgjort, at opsigelsen af indstævnte er sket i strid med ligebehandlingsloven .....*





Gorrissen Federspiel

## Tidligere afgørelser – ikke bekendt med..

### **U2004.270H**

Højesteret:

*Såfremt en afskedigelse finder sted under en lønmodtagers graviditet, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at afskedigelsen ikke er begrundet i graviditeten, jf. ligestillingslovens § 16, stk. 4”.*

*”..... Bedømmelsen af om arbejdsgiveren har løftet sin bevisbyrde, må bero på en **samlet vurdering**, herunder af om arbejdsgiveren må anses for ved afskedigelsen at have haft kendskab til graviditeten.”*

*”Efter bevisførelsen må det henstå som **usikkert, om Poul Lysgaard på afskedigelsestidspunktet var bekendt med at medarbejderen var gravid.** (Sandsynligt, at AG havde hørt om graviditet, i øvrigt ikke anført nogen grunde til opsigelsen).”*

*Herefter fandt Højesteret, at arbejdsgiveren ikke havde godtgjort, at afskedigelsen ikke var begrundet i graviditet (i strid med LBL § 9, 26 ugers løn).”*



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Tidligere afgørelser – U 2009.30 V

- AT ansat 1. 8. 2006 som kontomedarbejder hos ejendomsmægler – i en ny afdeling
- Blev opsagt den 12.10. 2006 pga. dårlig økonomi
- **LR:**
- Usikkert om beslutningen om opsigelse var truffet inden kendskab til graviditet
- **Den tidsmæssige sammenhæng mellem kendskab til graviditet og opsigelsen, betyder at det ikke er bevist, at opsigelsen ikke var helt eller delvist begrundet i graviditet.** Der var ikke anført en begrundelse i opsigelsen.



Gorrissen Federspiel

## Tidligere afgørelser – ikke bekendt med..

VL dom af 8/2 2012

Opereret for graviditet udenfor livmoderen, og fravær i den forbindelse:

- Landsretten fandt, at arbejdsgiveren havde bevist, at det var besluttet at opsiges den pågældende medarbejder før beskeden om, at medarbejderen var gravid. **Der var ikke grundlag for at antage, at det var graviditeten, herunder et begrænset sygefravær i den forbindelse, der havde ført til opsigelsen.** Det blev lagt til grund at opsigelsen var begrundet i utilfredshed med medarbejderens arbejdsindsats
- (Motsat U88.385 H – beslutning om opsigelse ansås ikke truffet inden kendskab til graviditet – og derfor var opsigelsen i strid med LBL)



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Konklusion – ikke bekendt med..

- HR afgørelsen slår fast, at LBL § 9 omfatter afskedigelse pga. fravær der skyldes graviditet, uanset om AT kender til graviditeten
- HR afgørelsen lægger til grund at AG ikke kendte til graviditeten – men fordi begrundelsen var fravær der skyldtes graviditeten, så var der tale om direkte forskelsbehandling – og der var ingen bevisbyrde at løfte
- Når AG ikke kender til graviditeten – så vil AG ofte kunne løfte bevisbyrden for, at opsigelsen ikke var begrundet i graviditeten, fordi AG har en god/saglig grund til opsigelsen (som ikke har med graviditeten at gøre - med mindre begrundelsen lige præcis vedrører forhold der har med graviditeten at gøre som i HR(eksempelvis for meget fravær – hvor fraværet har relation til graviditet/fertilitetsbehandling/abort eller lign.)



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Konsekvenser af opsigelse – kan opsigelser omgøres?

- En opsigelse er et påbud.
- Et påbud har virkning fra det kommer frem – selvom modtager ikke har læst
- Afsenderen af påbuddet kan som udgangspunkt ikke ændre på dette, efter det er kommet frem
  - U: bristede forudsætninger
  - U: rettelse af fejl



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Kan opsigelser omgøres?

Højesteret anfører i **dommen fra 20/2 2012**

*”En pligt for arbejdsgiveren til at betale godtgørelse efter lovens § 16, stk. 2, må dog i denne særlige situation **være betinget af, at arbejdsgiveren ikke omgør sin beslutning om afskedigelse efter at være blevet bekendt med graviditeten.**”*

Betyder det, at en arbejdsgiver nu kan trække opsigelser tilbage?

# Kan opsigelser omgøres?

## Vestre Landsrets dom af 2/3 2011

- Medarbejder blev opsagt under barselsorlov.
- Godt 2 måneder senere vendte hun tilbage på arbejdet (efter endt barsel) og da blev opsigelsen trukket tilbage.
- Landsretten fandt opsigelsen i strid med LBL, og medarbejderen fik tilkendt et års løn.



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Kan opsigelser omgøres?

Landsretten udtalte: ”*Da sagsøgte tilbagekaldte opsigelsen, havde sagsøger søgt andre stillinger i flere måneder og indrettet sig på at skulle finde nyt job. Hun havde sendt en ansøgning til sin nuværende arbejdsgiver og var blevet indkaldt til jobsamtale, som var aftalt til dagen efter. **Under disse omstændigheder findes opsigelsen allerede at have været bestemmende for sagsøger i en sådan grad, at den ikke kun kan tilbagekaldes uden accept. Da sagsøger ikke ville tiltræde sin stilling igen, er tilbagekaldelsen således uden retsvirkning.***”





Gorrissen Federspiel

## Kan opsigelser omgøres?

### **Utrykte afgørelser:**

#### **ØL 31. maj 2002 – B – 1580-01**

- Væsentlig stillingsændring under hotelchefs graviditet – AT blev tilbudt en ændret stilling.
- Da hun rejste sag, tilbød AG at retablere hendes job.

**DOM:** Ikke pligt til at acceptere tilbagekaldelsen – 6 måneders gg da LBL var overtrådt (formentlig ikke tillagt omgørelse af opsigelsesbetydning)

#### **VL 16. marts 2000 – B – 0836-98**

- Fra 37 til 20 timer kort efter oplysning om graviditet
- Efterfølgende tilbud om at sætte tiden op igen, blev afvist

**DOM:** Der var ikke godtgjort behov for reduktion, og AT blev tilkendt 6 måneders løn (anciennitet på 1 år)

## Kan opsigelser omgøres?

### Utrykte afgørelser:

#### ØL 2. december 2011

- AT bortvises pga. Manglende aflevering af lægeerklæring i forbindelse med sygemelding efter barselsorlov (AT havde både været sygemeldt under graviditet, og altså også efter barselsorlov)
- AG havde praksis for bortvisning i disse situationer – manglende lægeerklæring
- AG anerkendte uberettiget bortvisning – rykker til forkert adresse

**DOM:** Ved barselsorlovs afslutning, oplyser AT om sygemelding til daglig leder – hun får at vide, at der ikke er noget job i den forretning hvor hun skulle have startet

-LR anfører, at det forhold ”*hvor **fastholdelsen** af opsigelsen fandt sted efter ATs længerevarende fravær på grund af graviditetsbetinget sygdom, barselsorlov og sygdom ansås der påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelbehandling*

-Godtgørelse på 9 måneder



## Konklusion – omgørelse af opsigelse

- Udgangspunktet er, at opsigelsen er et påbud og har virkning, fra den kommer frem – kan ikke omgøres **med mindre AT accepterer**.
- Hvis det viser sig, at der er afgørende oplysninger med konsekvenser for opsigelsen som AG ikke kendte, er der rum for, at en arbejdsgiver kan omgøre opsigelsen (bristede forudsætninger?)
- AT har ikke pligt til, at acceptere omgørelsen/tilbagekaldelsen – men i en situation som i HR sagen vil den medarbejder der fastholder opsigelsen ikke kunne gennemføre krav om godtgørelse, som denne ellers kunne gennemføre i henhold til den oprindeligt afgivne opsigelse – **øvrige opsigelsesvirkninger består**
- **Skal nok ikke som AG satse på muligheden for at omgøre!**



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  **ADVOKATER**

# Konsekvenser af dommen i forhold til andre diskriminationsområder, herunder handicapdiskrimination m.v.



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## EU-Domstolens dom Coleman, C-303/06 af 17. juli 2008

- Forbud mod handicapdiskrimination er ikke begrænset til personer, som selv er handicappede. Når det er bevist, at den diskrimination, som en ansat, der ikke selv lider af et handicap, har været udsat for, har relation til et handicap hos den pågældendes barn, som vedkommende yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for.
- Diskrimination omfatter både når afskedigelse er helt eller **delvist begrundet i det forbudte kriterium**



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## EU-Domstolens dom Coleman, C-303/06 af 17. juli 2008 – fortsat

- Fravær på grund af eget eller barns handicap – farligt når opsigelse er begrundet i fravær.
- Indfør krav i medarbejderhåndbøger og ved sygemelding, at den ansatte skal oplyse om fravær er begrundet i egen sygdom eller pårørendes. Sidstnævnte skal kun påberåbes, hvis sikkerhed for at den pårørende ikke er handicappet.

# Familiefraværsloven

- § 1. En lønmodtager har ret til fravær fra arbejdet, når
- 1) tvingende familiemæssige årsager gør sig gældende i tilfælde af sygdom eller ulykke, der gør lønmodtagerens umiddelbare tilstedeværelse påtrængende nødvendig (force majeure)

Ukendskab til baggrunden for fravær er ingen undskyldning!



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Højesteretsdom af 29. marts 2012 – fertilitetsbehandling

- Sager om fertilitetsbehandling  
Hvad er status?





Gorrissen Federspiel

## Fertilitetsbehandling – HR 29/3 2012

- Medarbejderen har i 2006, 2007 og 2008 en del fraværsdage.
- I 2008 henviste hendes læge hende til fertilitetsbehandling.
- Der var en del forundersøgelser/operation fra august og frem til februar 2009. (Mange læge- og sygehusbesøg / undersøgelser / prøver).
- Den 29. oktober blev AT sendt fra egen læge til undersøgelse og behandling.
- I november 2008 indgås aftale efter sygedagepengelovens § 56 (refusion i forbindelse med behandlinger/undersøgelser)
- 14 dage senere blev AT opsagt – pga. nedskæringer – 5 andre (ud af 33) blev opsagt
- Feb. 09 – hormonbehandling
- 30. Marts 09 – opsætning af æg
- 14. april - AT var ikke gravid



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Fertilitetsbehandling – Dom 29/3 2012

- Medarbejderen påstod, at opsigelsen var i strid med LBLs § 9, subsidiært § 4 – AT påstod opsigelsen var pga. fertilitetsbehandling.
- **HR** fastslår, at LBL § 9 omfatter afskedigelser som er begrundet i at AT forsøger at blive gravid ved kunstig befrugtning
- **HR** tiltrådte LR's begrundelse, og det afgøres at LBL § 9 ikke omfatter udredningsfasen. Der var ikke på opsigelsestidspunktet indledt en egentlig behandling, der kunne gøre medarbejderen gravid – og derfor fandt § 9 ikke anvendelse. Opsigelsen var heller ikke i strid med § 4, da opsigelsen var sagligt begrundet..



## Fertilitetsbehandling – Dom 29/3 2012

- LR lagde til grund, at AT opfyldte de kriterier, der var opstillet for de 6 afskedigelser (og **der var tale om driftsmæssige hensyn – ønsket om fertilitetsbehandling havde ingen betydning. Fravær indgik som et væsentligt parameter – retten fandt, at fravær i forbindelse med fertilitetsbehandling ikke indgik**).
- Der var derfor ikke grundlag for at antage, at ATs ønske om fertilitetsfremmende behandling havde betydning for opsigelsen.
- Herefter ansås opsigelsen heller ikke i strid med § 4.
- **En dommer (dissens)**: Beskyttelsen efter LBL's § 9 må indtræde på det tidspunkt, hvor kvinden henvises til fertilitetsklinik, idet kvinden allerede fra det tidspunkt forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning, jf. højesteretsdom U2003 side 603. Dommeren anså i øvrigt også opsigelsen begrundet i driftsmæssige hensyn.



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Fertilitetsbehandling – U 2003.603 H

### BR og LR

- fandt, at opsigelse var begrundet i ønske om fravær i forbindelse med fertilitetsbehandling
- Fertilitetsbehandling som ikke førte til graviditet, var ikke omfattet af LBL § 9 – men af § 4, jf. § 14 (3 mdr.s godtgørelse)

### HR

- **§ 9 omfatter forbud mod afskedigelser, der er begrundet i, at den afskedigede forsøger at blive gravid ved kunstig befrugtning**
- Godtgørelse skal udmåles i henhold til § 16, stk. 2 og 3 jf. § 9 – 6 mdr.s løn



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Fertilitetsbehandling – Sabine Mayr

### **C 506-06 fastslår:**

- Opsigelse af AT som følge af, at hun er på dette vigtige stadium af fertilitetsbehandling (follikelpunktion og opsætning af æg), udgør direkte forskelsbehandling pga. køn
- **Art 2, stk. 1 og 5, stk.1 (76/207) (nu art. 14) er til hinder for afskedigelse, når AT befinder sig på fremskredent stadium af fertilitetsbehandling, d.v.s. mellem follikelpunktion og den umiddelbart herpå følgende opsætning af de befrugtede in vitro-æg – når det godtgøres, at opsigelsen er pga. denne behandling**
- **Art 10, stk. 1 (92/85) omfatter ikke kvindelige medarbejdere i fertilitetsbehandling** – når der er sket befrugtning af æg – men endnu ikke opsætning. (Graviditetsdirektivet omfatter ikke tidspunktet for en evt. graviditet frigjort fra kvindens krop ....)



## Fertilitetsbehandling – U 2009.323V

- AT blev ansat i november 2002
- Deltog i fertilitetsbehandling med sin kæreste over en 5 mdrs. periode – sep 2005 til forår 2006. AT havde ca. 2 dages fravær pr. måned – sidst den 23. feb. 2006 (i gang med 3. forsøg)
- AT blev opsagt den 28. februar 2006 pga. ordrenedgang
- **AT have påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling, jf. 16a** (selvom behandlingen havde været igang i 5 måneder.....og modsat en del domme som efter 3-4 måneder, mener at formodningen er afkræftet)
- AG havde ikke ført bevis for, at ligebehandlingsprincippet ikke var krænket og derfor 9 mdrs. godtgørelse, jf. § **16, stk. 2 og 3, jf. § 9.**



Gorrissen Federspiel

**SIRIUS**  ADVOKATER

## Fertilitetsbehandling – U2011.17 V

- AT Ansat i 1999 – som konstruktør i tekstilvirksomhed
- Fertilitetsbehandling i 05 førte til graviditet – og barn
- Ny behandling i 08 – AG orienteres og der indgås § 56 aftale i april
- AT påbegyndte fertilitetsbehandling den 17. april 2008
- Leder orienteres om, at æg skal opsættes den 23. feb. 09
- AT opsiges 26. feb. 09 sammen med 14 andre ( i perioden fra 05 har været økonomisk svær tid – AG gået fra 165 til 79 AT – 65 i feb. 09) – AG indgav konkursbegæring i nov. 09
- Primo marts – AT konstaterer hun er gravid på baggrund af opsætning den 23. feb. (– 7. april – foster var dødt)
- AT gjorde gældende at opsigelsen var i strid med LBL § 9 – og at ops. var omfattet af den omvendte bb - § 16, stk. 4



## Fertilitetsbehandling – U2011.17 V

### Landsretten afgjorde:

- LBL § 9 omfatter afskedigelse begrundet i fertilitetsbehandling (jf. HR 2003.603 og Sabine Mayr – C 506/06)
- Opsigelsen var ikke omfattet af bevisbyrdereglen i § 16, stk. 4 – da ikke muligt at konstatere graviditet før ca. 14 dage efter opsætning (§ 16, stk. 4 må forudsætte at graviditeten kan konstateres på opsigelsestidspunktet)
- Opsætning af æg få dage før opsigelse, betyder at der er påvist faktiske omstændigheder for forskelsbehandling – derfor § 16 a
- Formodning for forskelsbehandling afkræftes da F forløb siden april 2008 (10 mdr.)
- AGs økonomiske forhold, løbende nedskæringer og afskedigelser førte til, at opsigelse ikke ansås omfattet af LBL § 9





Gorrissen Federspiel

## Fertilitetsbehandling – ØLD af 21/12 11

- Oplysning om fertilitetsbehandling i juli 2008
- Opsagt den 13. oktober 2008 (som den 9. ud af 31 – i forbindelse med nedgang i det udendørs malerarbejde – den 1. i sin afdeling – hendes arbejdsopgave var færdig)
- AT påstod, at hun få dage før opsigelsen havde oplyst, at hendes fertilitetsbehandling skulle intensiveres – blev bestridt af AG

LR:

- **ikke en sådan tidsmæssig sammenhæng, at der var påvist faktiske omstændigheder som gav anledning til at formode, at forskelsbehandling havde fundet sted** (lagde ikke oplysningen om, at behandlingen skulle intensiveres til grund)
- **Saglig begrundelse for opsigelse pga. opgavenedgang** – der var ikke tale om forskelsbehandling og derfor ingen godtgørelse



## Konklusion – Fertilitetsbehandling

- § 16 a – delt bevisbyrde – så længe der ikke er konstateret graviditet
- § 16, stk. 4 når graviditet kan konstateres – 2011.17 V, Sabine Mayr.
- § 9 omhandler forbud mod afskedigelse begrundet i behandling med henblik på graviditet (U 2003. 603 H, HR 29. 3. 2012)
- § 9 anvendes, når der er tale om fremskreden fertilitetsbehandling (aktualiseret mulighed for graviditet). § 9 omfatter ikke løbende undersøgelser / udredning / forberedelse. (HR dom den 29. marts 2012, Sabine Mayr) – formentlig en ændring/præcisering af U 2003.603 H – hvor sagen afgøres efter § 9 – uden at AT har en aktuel mulighed for graviditet
- Når afskedigelse foregår forud for den egentlige fertilitetsbehandling kan der være tale om en overtrædelse af § 4, jf. § 16a (Sabine Mayr fastslår, at den fremskredne behandling, efter follikelpunktion, men inden efterfølgende opsætning af æg også er beskyttet efter ligebehandlingsdirektivet – nu § 14)