

Ligebehandling på arbejdspladsen - med særligt henblik på graviditet og fertilitetsbehandling

*Equal treatment in the work place
- with particular reference to pregnancy and fertility treatment*

af IBEN BUNDGAARD JACOBSEN

Dette speciale omhandler den gældende retstilstand i Danmark vedrørende ligebehandling på arbejdspladsen i relation til graviditet og fertilitetsbehandling. Afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 er uklar, hvorfor specialet har analyseret dette ud fra en gennemgang af ordlyden i direktiver, lovgivning, forarbejder samt retspraksis. Det kan konkluderes, at bestemmelsen finder anvendelse på alle typer af ansættelser og gælder for både mænd og kvinder. En arbejdsgiver, der afskediger en kvinde på grund af sygdom, hvor det senere viser sig, at sygdommen var graviditetsbetinget, vil ifalde ansvar og skulle udrede en godtgørelse. Arbejdstagere, der modtager fertilitetsbehandling, er også omfattet af § 9, såfremt behandlingen har nået et vist stadie. Årsagen hertil er, at en arbejdstager ofte vil have behov for fravær fra arbejdet i disse situationer. Derved opnår arbejdsgiver en særlig indsigt i sin medarbejders forhold – og en eventuel nærtstående graviditet. Såfremt en arbejdstager anser sig for krænket, kan der anlægges sag ved forskellige nævn og domstolene. Specialet opridser både fordele og ulemper ved det enkelte valg. Såfremt en graviditet er indtrådt og konstateret på afskedigetidspunktet, påhviler bevisbyrden arbejdsgiver. Er der derimod tale om en arbejdstager i fertilitetsbehandling, er bevisbyrden delt. Herefter skal arbejdstageren påvise faktiske omstændigheder, der får bevisbyrden til at vende. Anses en afskedigelse for usaglig i henhold til § 9 kan denne underkendes. Oftest udbetales dog en godtgørelse som primært ansættes efter arbejdstagerens anciennitet. Ifølge praksis vil denne godtgørelse variere i mellem, hvad der svarer til 6 og 12 måneders løn.

This thesis describes the current legal position on equal treatment in the work place in relation to pregnancy and fertility treatment. The protection against dismissal in the Danish law on equal treatment between the sexes section 9 is not clear. The thesis analyses this based on a literal interpretation of the EU-directives, laws, processes and jurisprudence. Section 9 applies to all kinds of employment and for both men and women. An employer, who dismisses a woman because of too much absence due to sickness, where it is later revealed that the sickness is caused by her pregnancy, will be liable and have to pay a compensation. Employees, who are in fertility treatment, are also covered by section 9 if the treatments have reached a certain stage. This is because an employee often needs to take absence from work in order to get the treatment. Therefore the employer gets a special insight in the employees private matters – and perhaps a pregnancy in a foreseeable future. Should an employee feel offended, a case may be brought before various tribunals and court. The thesis describes the advantages and disadvantages for which ever of those the employee chooses. If a pregnancy has occurred and is noted on the time of the dismissal, the burden of proof rests on the employer. For employees dismissed during fertility treatments, the burden of proof is shared. Therefore the employee must demonstrate facts, that reverses the burden of proof. If a dismissal is unfair it can be overruled, though more often a compensation is paid. The amount is primarily determined by the duration

of the employment before the dismissal. According to practice the amount given varies between 6 and 12 months of salary.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	INTRODUKTION	4
1.1	Specialets formål og afgrænsning	4
1.2	Indledning	5
2	GENERELLE REGLER OM LIGEBEHANDLING	6
2.1	EU-retlig regulering	6
2.1.1	Direktiv 76/207/EØF og direktiv 2002/73/EF – ligebehandlingsdirektivet med ændringer	6
2.1.2	Direktiv 92/85/EØF – graviditetsdirektivet.....	7
2.1.3	Direktiv 1997/80/EF – bevisbyrdedirektivet	8
2.1.4	Direktiv 2006/54/EF – kønsligestillingsdirektivet.....	8
2.1.5	Sammenfatning.....	8
2.2	Dansk regulering	8
2.2.1	Overenskomstbestemmelser, funktionærloven (FUL) og Hovedaftalen	8
2.2.2	Forskelsbehandlingsloven og ligestillingsloven (LSL).....	9
2.2.3	Ligebehandlingsloven (LBL).....	9
2.2.3.1	Den centrale bestemmelse – LBL § 9	10
2.2.3.2	Øvrige regler om opsigelse – LBL § 2 og § 4	10
2.2.4	Sammenfatning.....	11
3	DOMSTOLENE OG ADMINISTRATIVE KLAGEORGANER	11
3.1	Ligestillingsnævnet og Ligebehandlingsnævnet	11
3.2	Afskedigelsesnævnet	12
3.3	Faglig voldgiftsret og arbejdsretten	13
3.4	Sagsbehandlingen i andre medlemsstater	13
3.5	Sammenfatning.....	13
4	BESKYTTELSENS UDSTRÆKNING - PRAKSIS OM LBL § 9	14
4.1	Før og efter graviditet.....	14
4.2	I graviditetsperioden.....	15
4.2.1	Graviditetsbetinget sygdom.....	15
4.2.2	Afskedigelser begrundet i arbejdsgivers forhold	16
4.2.3	Afskedigelser begrundet i arbejdstagers forhold	18

4.2.4	<i>Ændret stillingsindhold</i>	20
4.2.5	<i>Tidsbegrænsede ansættelser</i>	20
4.3	Øvrige arbejdsvilkår (LBL § 4)	21
4.4	Beskyttelsens indtræden i andre medlemsstater	21
4.5	Sammenfatning	21
5	AFSKEDIGELSE AF KVINDER FØR GRAVIDITET – ANVENDELSESOMRÅDET FOR § 9 I RELATION TIL FERTILITETSBEHANDLING	22
5.1	Begrebet ”fertilitsbehandling”	22
5.2	Hvornår er fertilitsbehandling omfattet af § 9?	23
5.3	Den beskyttede personkreds	26
5.4	Sammenfatning og perspektivering	26
5.4.1	<i>Perspektivering til retstilstanden uden for EU</i>	28
6	BEVISBYRDEREGLERNE I LBL	28
6.1	Omvendt bevisbyrde - LBL § 16, stk. 4	29
6.1.1	<i>Særligt om fertilitsbehandlinger</i>	30
6.2	Delt bevisbyrde - LBL § 16a	32
6.2.1	<i>Særligt om fertilitsbehandlinger:</i>	32
6.2.2	<i>Definition af en ”faktisk omstændighed”</i>	32
6.2.2.1	<i>Betydningen af en ”tidsmæssig sammenhæng”</i>	33
6.2.3	<i>Arbejdsgivers forsøg på at løfte bevisbyrden</i>	35
6.2.3.1	<i>Arbejdsgiver løfter bevisbyrden</i>	35
6.2.3.2	<i>Arbejdsgiver løfter ikke bevisbyrden</i>	35
6.3	Sammenfatning	36
7	UNDERKENDELSE OG GODTGØRELSE	37
7.1	Underkendelse af afskedigelse jf. LBL § 16, stk. 1	38
7.2	Godtgørelse for afskedigelser i strid med LBL §§ 2-4	38
7.3	Godtgørelse jf. LBL § 16, stk. 2 og stk. 3	38
7.3.1	<i>Godtgørelsesniveauet</i>	39
7.3.1.1	<i>Godtgørelser svarende til 6 måneders løn</i>	40
7.3.1.2	<i>Godtgørelser svarende til 9 måneders løn</i>	40
7.3.1.3	<i>Godtgørelser svarende til 12 måneders løn</i>	42
7.3.1.4	<i>Overvejelser om godtgørelsesniveauet</i>	43

7.4	Forlig.....	43
7.5	Sammenfatning.....	43
8	BESKYTTELSEN I SVENSK OG NORSK RET.....	44
9	KONKLUSION.....	44
10	LITTERATURLISTE.....	46
11	UDTRYKT DOM FRA KØBENHAVNS BYRET ER IKKE VEDLAGT I RETTID	

1 Introduktion

1.1 Specialets formål og afgrænsning

Emnet for dette speciale er den gældende retstilstand i Danmark vedrørende ligebehandling på arbejdspladsen i relation til graviditet, jf. Ligebehandlingslovens § 9. Formålet er at lave en overskuelig sammenstilling af reglerne på området samt analysere den foreliggende retspraksis. Specialet tilsligter ikke en udtømmende analyse af anvendelsesområdet for § 9.

Den danske ligebehandlingslov (LBL) er udarbejdet på baggrund af flere EU-direktiver, herunder særligt ligebehandlingsdirektivet, graviditetsdirektivet og bevisbyrdedirektivet, hvorfor der redegøres herfor indledningsvis.

Afskedigelsesbeskyttelsen i LBL § 9 – *i øvrigt på grund af graviditet, barsel og adoption* – har en noget uklar rækkevidde, bl.a. hvad angår beskyttelsens indhold, tidspunktet for beskyttelsens indtræden og de omfattede beskyttelsessubjekter. Problemstillingerne i relation til graviditet og fertilitetsbehandling vil primært blive behandlet.

Specialet vil herudover redegøre for og analysere de til § 9 knyttede bestemmelser om bevisbyrde. LBL § 9 har to tilknyttede bestemmelser om bevisbyrde i § 16, stk. 4 og § 16 a. Efter LBL § 16, stk. 4 er der omvendt bevisbyrde, således at arbejdsgiveren har bevisbyrden for, at afskedigelsen ikke er begrundet i graviditet m.v. Dette har i praksis givet anledning til udfordringer, da det har været nødvendigt at fastslå, hvornår en graviditet indtræder. I tilfælde uden for graviditet, er der delt bevisbyrde efter LBL § 16a. Det betyder, at lønmodtageren skal påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Det er af lovgivningsmagten overladt til domstolene at vurdere, hvad der kan udgøre en ”faktisk omstændighed”. Teori og lovgivning har kun i et relativt begrænset omfang berørt spørgsmålet om, hvorledes fertilitetsbehandling behandles i relation til bestemmelserne, hvorfor retspraksis vil spille den afgørende rolle til belysning af det valgte emne. Til illustration af beskyttelsesperioden vil der under punktet om § 9 blive medtaget enkelte afgørelser om beskyttelsesperiodens udløb. Specialet tilsligter imidlertid ikke at give en fuldstændig analyse heraf.

Specialet vil endvidere behandle arbejdstageres mulighed for at søge sig godtgjort ved enten genansættelse/fortsættelse af ansættelsesforholdet eller godtgørelse.

Specialet vil ikke tage stilling til retfærdigheden i, at nogle parter umiddelbart stilles bedre end andre på arbejdsmarkedet, men vil dog i et begrænset omfang give anledning til overvejelser om, hvorvidt beskyttelsesreglerne overhovedet er til gavn for arbejdstagere i den fødedygtige alder.

I forbindelse med behandlingen af bevisbyrde og godtgørelse vil enkelte afgørelser om afskedigelse under barsel også indgå med henblik på at give et bedre overblik over regleres anvendelse i praksis. Det kan lade sig gøre, da det er de samme juridiske overvejelser og hensyn, der gør sig gældende under barsel og graviditet. Det er dog ikke specialets sigte at foretage en udtømmende undersøgelse af retsstillingen på dette område. Specialet vil grundet pladshensyn ikke behandle regler og praksis for adoption.

Retspraksis på dette område udgøres af en række afgørelser fra Nævn, Arbejdsretten og de almindelige domstole. Specialet vil derfor også redegøre kort for de enkelte muligheder og påvise fordele samt ulemper derved.

Når det er relevant, vil implementeringen af direktiverne i andre medlemsstater blive berørt, ligesom også enkelte afgørelser fra EU-Domstolen er medtaget. Spørgsmålet om arbejdstagers pligter for beskyttelsens indtræden vil indgå i forbindelse dermed. Herudover vil specialet i et ganske begrænset omfang også inddrage lovgivning i lande uden for EU.

Specialet er udarbejdet under anvendelse af sædvanlig retsdogmatisk metode. Der er foretaget en undersøgelse af foreliggende retskilder, herunder særligt lovgivning, forarbejder og retspraksis. På baggrund heraf indeholder specialet en beskrivelse, analyse og systematisering af den gældende retstilstand inden for det behandlede emneområde.

1.2 Indledning

Afskedigelse af en gravid medarbejder vil altid vække opmærksomhed. Det måtte eksempelvis Socialistisk Folkeparti sande efter partiet på grund af tilbagegang ved folketingsvalget i efteråret afskedigede flere gravide og barslende medarbejdere. Herefter blev der af medierne igangsat debat om, i hvilket omfang gravide medarbejdere bør beskyttes. Hvorvidt man er beskyttet under graviditet- og i hvilket omfang – er jo netop interessant, fordi det berører størstedelen af befolkningen, da de fleste (såvel mænd som kvinder) jo får et barn på et tidspunkt.

Kerneområdet for afskedigelsesbeskyttelsen i § 9 er opsigelser, der finder sted under graviditet og afholdelse af barselsorlov. Retspraksis har imidlertid åbnet op for, at fertilitetsbehandling ligeledes er omfattet. Ifølge tal fra Dansk Fertilitetselskab er mellem 8 og 10 % af alle fødsler i Danmark resultatet af fertilitetsbehandling.¹ Det specielle ved fertilitetsbehandlinger er, at der endnu ikke er konstateret en graviditet, men at den må antages at være nært forestående, hvilket kan give arbejdsgiveren et incitament til at skille sig af med kvinden. I forbindelse med behandling for barnløshed er det nemlig ofte nødvendigt med fravær for arbejdet, og som det vil fremgå af specialet, er der i nogle overenskomster ligefrem ret til fuld løn under fravær for behand-

¹ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 100

ling af barnløshed. Derfor stilles par i fertilitetsbehandling anderledes, end par der forsøger at blive gravide ”på naturlig vis”. Dette vil jo sædvanligvis ikke blive meddelt arbejdsgiver, der derfor ikke opnår en særlig viden om en (måske) nært forestående graviditet.

Den udvidede beskyttelse er ikke gammel. I 1911² blev en kvindelig arbejdstager i en mindre forretning afskediget, fordi hun var gravid. Dette var tilladt i medfør af en analog fortolkning af tyendelovens § 41, nr. 13. Der gik herefter stadig lang tid før den regulering, vi kender i dag, fik indflydelse. Kvindelige funktionærers rettigheder blev indføjet i funktionærloven i 1948. Her var der dog stadig mulighed for at hjemsende gravide arbejdstagere mod betaling af halv løn. Disse regler blev først ændret i 1999.³

2 Generelle regler om ligebehandling

2.1 EU-retlig regulering

EU's traktater er bindende aftaler mellem medlemsstaterne, som foreskriver EU's målsætninger og politikker. Alle øvrige akter, herunder direktiver og forordninger, skal derfor være i overensstemmelse dermed. Danmark er forpligtet til at gennemføre (de fleste af) direktiverne som egentlig lovgivning i kraft af vores medlemskab af EU.⁴ Ligebehandlingsprincippet følger af Amsterdam-Traktaten⁵ artikel 141. I stk. 3 fastslås det, at der skal laves foranstaltninger, der skal sikre, at mænd og kvinder behandles lige for så vidt angår beskæftigelse og erhverv. Der har efterfølgende været en række lovgivningsinitiativer, der skal forpligte medlemsstaterne til at fremme ligestilling.⁶

2.1.1 Direktiv 76/207/EØF og direktiv 2002/73/EF – ligebehandlingsdirektivet med ændringer

I 1976 afgav Rådet ligebehandlingsdirektivet med det formål at sikre ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår. Princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke må forskelsbehandles på grundlag af køn, jf. artikel 2, stk. 1. Ifølge artikel 5 betyder ligebehandlingsprincippet, at mænd og kvinder skal sikres lige arbejdsvilkår – herunder også i afskedigelsessituationer. Efter Domstolens retspraksis består forskelsbehandling i, at der på sammenlignelige forhold anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige forhold.⁷ Forskelsbehandling defineres som både direkte og indirekte forskelsbehandling. Sidenhen er disse begreber defineret således, at direkte forskelsbehandling foreligger, hvis en person af det ene køn stilles ringere end en person af det andet køn i en tilsvarende situation og, at indirekte forskelsbehandling omfatter situationer, hvor en umiddelbart kønsneutral bestemmelse eller praksis, vil stille personer af det ene køn bedre. I Domstolens afgørelse i **C-177/88** blev det

² U 1911.604 SH

³ Mads Krarup og Agnete Andersen: *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge* s. 123

⁴ www.europa.eu

⁵ Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab

⁶ Ruth Nielsen: *EU arbejdsret* s. 317 og Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet* s. 129 f.

⁷ Betragtning 10, Ligebehandlingsdirektivet, *direktiv 2002/73/EF* af 23. september 2002

fastslået, at enhver negativ forskelsbehandling af kvinder i forbindelse med graviditet og barsel udgør direkte forskelsbehandling på grund af køn.⁸

Artikel 6 forpligter medlemsstaterne til at indføre regler om, at arbejdstagere, hvis rettigheder er blevet krænket, kan gøre deres rettigheder gældende for retslige instanser.

I 2002 blev et ændringsdirektiv til ligebehandlingsdirektivet vedtaget.⁹ Af betragtning 12 fremgår det, at Domstolen konsekvent har anerkendt, at det er foreneligt med princippet om ligebehandling at beskytte kvinder på grund af deres fysiologiske tilstand under og efter graviditet. Med direktivet blev det hidtidige godtgørelsesmaksimum på 78 uger ophævet.

Ingen af direktiverne tager stilling til beskyttelsen før graviditet. Eftersom det er minimumsdirektiver har medlemsstaterne imidlertid mulighed for at sikre en bedre og bredere beskyttelse. Dette almindelige princip følger endvidere af artikel 2, stk. 3, som foreskriver, at direktivet ikke er til hinder for en særlig beskyttelse af kvinder ved graviditet og barsel.

Direktiverne indfører derfor en beskyttelse mod forskelsbehandling på grund af køn og gør det muligt at indføre yderligere foranstaltninger til beskyttelse af gravide, men overlader stadig medlemsstaterne kompetencen til at udforme de konkrete foranstaltninger.

2.1.2 Direktiv 92/85/EØF – graviditetsdirektivet

Formålet med direktivet er at beskytte arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer, idet de udgør en særlig risikogruppe, for hvilken der skal træffes foranstaltninger til beskyttelse af deres sikkerhed og sundhed. Allerede før vedtagelsen af direktivet havde alle medlemsstater en eller anden form for beskyttelse af gravide arbejdstagere.¹⁰ Der var ikke desto mindre meget store forskelle i beskyttelsen af gravide kvinder i henholdsvis Skandinavien og Sydeuropa. Direktivet indeholder flere regler inspireret af lovgivningen i de sydeuropæiske lande, f.eks. forbuddet mod natarbejde.¹¹ Artikel 10 fastslår, at det som hovedregel er forbudt at afskedige kvindelige arbejdstagere i perioden fra graviditetens indtræden til udløbet af barselsorloven. Dette undtages imidlertid for afskedigelser, som ikke har forbindelse til "tilstanden" og i situationer, hvor afskedigelse er tilladt efter national lovgivning og/eller praksis.¹² Beskyttelsen gælder fra graviditetens indtræden til udløbet af barselsorloven. Det er i direktivet overladt til medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger til at beskytte arbejdstageren mod en sådan ulovlig afskedigelse. Direktivet gav kun anledning til ganske små ændringer i LBL, da man fandt, at forbuddet allerede var indeholdt i LBL § 9.¹³

⁸ Mads Krarup og Agnete Andersen: *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge* s. 124

⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF, om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår

¹⁰ KOM(1999) 100 endelig s. 19

¹¹ Agnete Andersen m.fl. i U 1999B s. 139

¹² Mads Krarup og Agnete Andersen: *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge* s. 123-124

¹³ FT 1993/1994, Tillæg A, sp. 6098 samt U 2001 B s. 292

Beskyttelsen indtræder ifølge direktivet på det tidspunkt, arbejdsgiver underrettes om graviditeten. Den danske ligestillingslov indeholder ikke en sådan betingelse, og er derfor videregående på det punkt.¹⁴

Direktivet omfatter udtrykkeligt forebyggende graviditetsundersøgelser, men fertilitetsundersøgelser o.lign. er ifølge bemærkningerne til lovforslaget ikke omfattet, da de ligger forud for graviditetens indtræden.¹⁵

2.1.3 *Direktiv 1997/80/EF – bevisbyrdedirektivet*

I 1997 vedtog Rådet bevisbyrdedirektivet med henblik på at sikre en effektiv gennemførelse af ligestillingsprincippet. Hensigten med direktivet var at give arbejdstagerne en reel mulighed for at gøre deres ret gældende ved domstolene. Derfor lempedes beviskravene ved at indføre en forskydning af bevisbyrden. Indtil da havde bevisbyrden i praksis vist sig aldeles vanskelig at løfte for en arbejdstager. I Danmark er reglen om delt bevisbyrde implementeret i LBL § 16a, som behandles nærmere under pkt. 6.2

2.1.4 *Direktiv 2006/54/EF – kønsligestillingsdirektivet*

Kønsligestillingsdirektivet samler, forenkler og omarbejder en række direktiver til ét nyt. Derudover indarbejdes dele af EF-domstolens retspraksis.¹⁶ Ved dette direktivs ikrafttræden ophævedes de indarbejdede direktiver om ligestilling og bevisbyrde.¹⁷ I betragtning 23 fastslås, at negativ forskelsbehandling af kvinder i forbindelse med graviditet og barsel er omfattet af direktivet. Herudover pålægges medlemsstaterne at sørge for relevante procedurer til håndhævelse af forpligtelserne i direktivet.¹⁸

2.1.5 *Sammenfatning*

På baggrund af de traktatfæstnede principper og en lang række lovgivningsinitiativer, der strækker sig videre end det ovenfor gennemgåede, må det konstateres, at området for ligestilling og ligestilling er højt prioriteret i EU. Ønsket om et højt beskyttelsesniveau skinner tydeligt igennem i blandt andet bevisbyrdedirektivet, hvor man ændrede procedurerne for at hjælpe arbejdstagerne på vej. Det er værd at bemærke, at graviditetsdirektivets afskedigelsesbeskyttelse i artikel 10, jf. artikel 2, vedrører gravide arbejdstagere. Beskyttelsen er m.a.o. kønsbestemt og omfatter således kun kvinder.

2.2 **Dansk regulering**

2.2.1 *Overenskomstbestemmelser, funktionærloven (FUL) og Hovedaftalen*

¹⁴ FT 1993/1994, Tillæg A, sp. 6099

¹⁵ FT 1993/1994, Tillæg A, sp. 6100

¹⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligestilling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv

¹⁷ Direktiv 76/207/EØF og 97/80/EF

¹⁸ Betragtning 25-29

Som nævnt ovenfor er ligebehandlingsdirektivet og graviditetsdirektivets bestemmelser i Danmark implementeret ved LBL, som behandles nedenfor. Af LBL § 1, stk. 9, fremgår det, at loven ikke finder anvendelse i det omfang, en tilsvarende pligt til ligebehandling følger af en kollektiv overenskomst. Det er derfor muligt at have overenskomstforpligtelser, der strækker sig videre end beskyttelsen i LBL. Der er ingen overenskomster, der indeholder regler svarende til LBL § 9. Flere overenskomster indeholder dog regler om aflønningen under barsel samt retten til at vende tilbage til et job af tilsvarende værdi.¹⁹ Af enkelte overenskomster fremgår det eksplicit, at ved *fravær fra arbejdet på grund af undersøgelser og behandling for barnløshed, som skyldes sygelige forhold, har den ansatte ret til fuld løn under sygdom*.²⁰ Det er en lægelig vurdering, hvorvidt der er tale om sygelige forhold.

Hovedaftalen er indgået mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark. Hovedaftalen indeholder bl.a. bestemmelser om arbejdsgivers ledelsesret. Ifølge Hovedaftalens § 4, stk. 3 ydes der beskyttelse mod usaglig afskedigelse. Tilsvarende bestemmelse findes i funktionærlovens § 2b indeholder et værn mod usaglige afskedigelser. Såfremt en opsigelse af en funktionær, som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år, ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse. Denne fastsættes under hensyn til funktionærens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder. Bestemmelsen påberåbes ofte subsidiært i sager om afskedigelse på grund af køn sammen med LBL. Det er ikke sædvanligt, at der gives en godtgørelse efter begge regelsæt.²¹ FUL hjemler dog ikke mulighed for underkendelse og genansættelse, men såfremt arbejdsgiveren er omfattet af Hovedaftalen, kan sagen indbringes for Afskedigelsesnævnet.²²

2.2.2 Forskelsbehandlingsloven og ligestillingsloven (LSL)

Forskelsbehandlingsloven finder ikke anvendelse ved forskelsbehandling på grund af køn. Den vedrører forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på grund af etnisk oprindelse, religion, politisk anskuelse, handicap mv.

LSL har til formål at fremme ligestilling blandt mænd og kvinder ved bl.a. at modvirke direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af køn. LBL udgør imidlertid *lex specialis* på de områder, der er omfattet af deraf, jf. LSL § 1 a, stk. 3.

2.2.3 Ligebehandlingsloven (LBL)

LBL er udformet på baggrund af ovennævnte EU-direktiver og er den centrale lov på området. Det er overvejende en arbejdsretlig lov, hvilket betyder, at den omhandler udøvelse af arbejdsgivers ledelsesret samt indgåelse af kollektive overenskomster og individuelle ansættelsestaftaler. Loven anvendes til at sanktionere arbejdsgiveren, såfremt de ansattes rettigheder krænkes. Ifølge LBL § 1, stk. 1 må der ikke finde forskelsbehandling sted på grund af køn. Dette gælder

¹⁹ Eksempelvis hos HK – se http://hk.dk/www/dine_rettigheder/overenskomster

²⁰ Se f.eks. § 4 i Regionernes Lønnings- og Takstnævn og Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansattes "Aftale om fravær af familiemæssige årsager"

²¹ Vurderet på baggrund af de til specialet gennemgåede afgørelser.

²² For yderligere om Nævnet se under pkt. 3.2 samt Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene, med kommentarer*, bind 2 s. 78

både direkte og indirekte forskelsbehandling. Loven værner både mod forskelsbehandling på grund af køn generelt set, men også mere specifikt i § 9 om forskelsbehandling i forbindelse med graviditet, barsel og adoption.

2.2.3.1 Den centrale bestemmelse – LBL § 9

Ifølge § 9 må en arbejdsgiver ikke afskedige en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær eller har været fraværende efter barselslovens §§ 6-14, eller i øvrigt pga. graviditet, barsel eller adoption. Der er m.a.o. ikke et forbud mod at afskedige gravide, personer på barsel eller adoptanter, men et forbud mod at afskedige *på grund af* disse forhold. Det afgørende er derfor den *reelle* årsag til afskedigelsen.²³ En opsigelse der delvis er begrundet i graviditet, barsel eller adoption, er ifølge praksis også i strid med § 9. Graviditeten eller fertilitetsbehandlingen skal derfor ikke være "hovedbegrundelsen" for at være usaglig.²⁴

I fremmed ret er det undertiden helt forbudt at afskedige gravide uanset begrundelse.²⁵ Forbudet i graviditetsdirektivets artikel 10 er da også implementeret forskelligt i medlemsstaterne. Ifølge ordlyden i Danmark og Sverige er det forbudt at opsiges arbejdstagere *af årsager*, der har *forbindelse med graviditet* mv. I andre lande, herunder Irland og Finland, er afskedigelser som følge af graviditet eller under barsels- eller forældreorlov *ugyldige*, mens det i nogle sydeuropæiske lande er *ulovligt at afskedige arbejdstagere under graviditeten*.²⁶

§ 9 gælder for alle typer ansættelse og for såvel kvinder som mænd.²⁷ Mange arbejdsgivere undlader alligevel at afskedige denne persongruppe på grund af de særlige bevisbyrdekrav i loven, hvor det er arbejdsgiveren, der skal løfte bevisbyrden for, at graviditeten ingen betydning har haft for afskedigelsen. Hertil kommer at der i praksis gives relativt store godtgørelser til lønmodtagerne, såfremt arbejdsgiveren ikke har overholdt LBL § 9.²⁸ Dette karakteriseres af Lars P. Breusch og Søren Narv Pedersen som en *beklagelig udvikling, idet det blot forringer medarbejderens muligheder for at finde et nyt job*.²⁹ Bevisbyrden og godtgørelsesspørgsmålet gennemgås nedenfor under pkt. 6 og pkt. 7.

2.2.3.2 Øvrige regler om opsigelse – LBL § 2 og § 4

Ifølge LBL § 2 skal enhver arbejdsgiver behandle mænd og kvinder lige ved ansættelse. Dette gælder også ved forflyttelse og forfremmelse. Til trods for at bestemmelsen ikke ud fra en ordlydsfortolkning finder anvendelse på opsigelser, bliver den i praksis også brugt som et supplement til beskyttelsen i § 9.³⁰

²³ Ole Hasselbalch: *Ansættelsesret og personalejura* s. 259

²⁴ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer, bind 2* s. 165

²⁵ Mads Krarup og Agnete Andersen: *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge* s. 123-124

²⁶ KOM(1999)100 endelig s. 14

²⁷ Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov s. 5-6

²⁸ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 14-15

²⁹ Lars P. Breusch og Søren Narv Pedersen: *Ansatte. Alt i en bog – funktionærer og andre* s. 88

³⁰ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 16-17

LBL § 4 vedrører ”almindelig uligebehandling på afskedigelsestidspunktet”.³¹ Heri ligger et generelt forbud mod forskelsbehandling på grund af køn. Indtil det blev fastslået, at § 9 finder anvendelse på opsigelser i forbindelse med fertilitetsbehandlinger³² og undladelse af at forlænge en tidsbegrænset stilling, blev § 4 påberåbt i disse situationer.³³

Begge bestemmelser er sanktioneret ved § 15, som behandles nærmere under pkt. 7.2.

2.2.4 Sammenfatning

Det kan konkluderes, at EU-retten har haft afgørende indflydelse på udformningen af de danske ligebehandlingsregler. Det er en fordel for arbejdstageren, at der findes præcise lovregler til underkendelse og godtgørelse, så man ikke alene er henvist til at påberåbe sig almindelige retsprincipper. Da ordlyden i de danske regler og de dertil knyttede forarbejder er noget sparsomme, er det i vid udstrækning overladt til domstolene og andre klagenævn at definere de nærmere rammer for afskedigelsesbeskyttelsen ved graviditet m.v.

I Danmark er forskelsbehandling på grund af køn udelukkende omfattet af LBL, idet forskelsbehandlingsloven vedrører andre former for diskrimination, og idet LSL ikke finder anvendelse, da LBL udgør *lex specialis*. Reglerne i ligestillings- og graviditetsdirektiverne er i Norge implementeret ved lov om *likestilling mellom kjønnene (ligestillingsloven)*, lov om *Ligestillings- og diskrimineringsombudet og Ligestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)*, der omhandler forskelsbehandling på grund af køn og håndhævelse heraf. I Sverige er det sket ved *Diskrimineringslag*, der dækker både forskelsbehandling på grund af køn og alder, etnisk oprindelse mv.

3 Domstolene og administrative klageorganer

Ifølge ændringsdirektivet er det de nationale retslige myndigheder eller andre kompetente organer, der i overensstemmelse med bestemmelserne i national ret eller praksis skal vurdere de faktiske forhold, der giver anledning til at formode, at der forekommer direkte eller indirekte forskelsbehandling.³⁴ Tilsvarende bestemmelse findes i graviditetsdirektivet.³⁵

3.1 Ligestillingsnævnet og Ligebehandlingsnævnet

Ligestillingsnævnet blev nedlagt pr. 1/1 2009, hvorefter klager over forskelsbehandling på grund af køn blev overført til det allerede eksisterende Ligebehandlingsnævn, som indtil da behandlede klager om andre former for diskrimination. Derfor kan der ved gennemgang af

³¹ Ole Hasselbalch: *Ansættelsesret og personalejura* s. 259

³² I hvert fald når behandlingen har nået et vist stadie. Se nærmere under pkt. 5.

³³ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 17

³⁴ Præmis 10, direktiv 2002/73/EF

³⁵ Artikel 12, direktiv 92/85/EØF

praksis optræde afgørelser fra Ligestillingsnævnet.³⁶ Ligebehandlingsnævnet er en selvstændig institution under Beskæftigelsesministeriet, og det er gratis at klage. Afgørelserne træffes med deltagelse af en formand, der er dommer, og to juridiske medlemmer af Nævnet. Mødet er ikke offentligt, hvorfor sagens parter eller deres repræsentanter ikke kan deltage, ligesom bevisførelse i form af parts- og vidneforklaringer heller ikke kan finde sted. Afgørelserne er endelige og bindende for parterne. Sagerne føres ofte ved en repræsentant (fagforening eller advokat), hvorfor man kan antage, at Nævnet anvendes som et alternativ til det fagretlige system og domstolene. Godtgørelsesniveauet er – ifølge Nævnet selv – højere end i det fagretlige system.³⁷ Sagsbehandlingstiden er i gennemsnit 9 mdr., hvilket gør det til en hurtigere og billigere sagsbehandling end den traditionelle domstolsbehandling.³⁸ Nævnet kan ikke behandle klager, der kan indbringes for en anden forvaltningsmyndighed, før denne har truffet afgørelse i sagen, eller sager der verserer for domstolene. Via Kammeradvokaten indbringer Nævnet sine afgørelser for domstolene, såfremt de ikke efterleves.³⁹ Har klageren tabt sagen og ønsker at indbringe for domstolene sker det derimod for egen regning.⁴⁰

Nævnet er ikke kompetent til at behandle sager om brud og fortolkning af kollektive overenskomster. Disse sager kan behandles ved faglig voldgift, i arbejdsretten eller i Afskedigelsesnævnet. Se nedenfor pkt. 3.2 og pkt. 3.3.

3.2 Afskedigelsesnævnet

Som anført ovenfor yder Hovedaftalen beskyttelse mod usaglig afskedigelse på kollektivt niveau. Hvis arbejdstageren hævder, at afskedigelsen er urimelig, kan afskedigelsen behandles ved lokal forhandling mellem repræsentanter fra virksomhedens ledelse og arbejdstagere. Opnås der ikke enighed, må fagforbundet videreføre sagen til forhandling med organisationerne, der kan videreføre sagen for Afskedigelsesnævnet.

Afskedigelsesnævnets kompetence er ikke begrænset til at behandle sager om afskedigelse på kollektivt grundlag. Sager, hvor arbejdstager nedlægger påstand om brud på LBL, kan behandles i Afskedigelsesnævnet med alle de rettigheder, der følger af LBL. Den udvidede kompetence skyldes et ønske om, at få sagerne afgjort i det fagretlige system. Behandlingen foregår kollegialt, og afgørelsen træffes derfor ud fra flere dommers juridiske vurdering. Parterne kan få en afgørelse hurtigere end ved domstolene.⁴¹ Normalt anvendes ligefrem bevisbyrde, men som nærmere beskrevet under pkt. 6 findes der i LBL både omvendt og delt bevisbyrde, hvorfor dette også finder anvendelse for Nævnet.⁴² Sanktionen er godtgørelse, og der er desuden mulighed for genansættelse, medmindre samarbejdet mellem virksomheden og arbejdstageren har lidt eller må antages at ville lide skade ved en fortsættelse af ansættelsesforholdet. Der er i Hovedaftalen fastsat en maksimal godtgørelse på 52 uger ved afskedigelse på grund af graviditet, men i forbindelse med gennemførelsen af ændringen af ligebehandlingsdirektivet, hvor det hid-

³⁶ http://www.lige.dk/ministeriet_ligenaevn.asp

³⁷ <http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/artikler/default.aspx?page=1170>

³⁸ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 22

³⁹ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 147

⁴⁰ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene, med kommentarer, bind 1* s. 285

⁴¹ Kragelund og Dollerschell: *Afskedigelsesnævnet sagsbehandling og praksis* s. 67

⁴² Kragelund og Dollerschell: *Afskedigelsesnævnet sagsbehandling og praksis* s. 66

tidige maksimum blev ophævet, udstedte DA og LO en erklæring om, at Hovedaftalens godtgørelsesbestemmelse viger for LBL's regler.⁴³

3.3 Faglig voldgiftsret og arbejdsretten

Sager efter LBL kan være til genstand for behandling og pådømmelse ved arbejdsretten og faglig voldgift på overenskomstområdet, idet faglige voldgiftsretter efter generel eller konkret aftale mellem parterne også kan dømme i sager om krav under de almindelige domstole. Retten består af en opmand og 4 andre medlemmer, der repræsenterer henholdsvis lønmodtager- og arbejdsgiver.⁴⁴ Før en sag indbringes for Arbejdsretten, vil den normalt være behandlet i det fagretlige system.⁴⁵

3.4 Sagsbehandlingen i andre medlemsstater

Såfremt en kvinde afskedigedes under graviditet er reglerne for det videre sagsforløb forskellige i medlemsstaterne. I de fleste medlemsstater er der ikke nogen officiel myndighed, som skal give tilladelse til afskedigelse under graviditet, hvorfor kvinden må anlægge sag ved nævn eller domstolene. Anderledes er det i f.eks. Grækenland, hvor et særligt arbejdstilsyn skal underrettes og tage stilling til alle afskedigelser under graviditet.⁴⁶

Graviditetsdirektivet indeholdt nye metoder til at forbedre overholdelse og fremme ligestilling, da det forpligtede medlemsstaterne til at udpege *et eller flere organer til fremme, evaluering og overvågning af, samt til støtte for ligebehandling af kvinder og mænd uden forskelsbehandling på grund af køn*. Der er stor forskel på disse ligestillingsorganer i EU med hensyn til bl.a. kompetencer og organisering. I Danmark og Sverige behandler de nedsatte organer klager på domstolslignende vis, idet der gives bindende afgørelser – som kan indbringes for domstolene. I Sverige kan det nedsatte organ endvidere iværksætte undersøgelser på eget initiativ, hvilket også ses i Det Forenede Kongerige. Organernes rolle i andre lande er dog stærkt begrænset.⁴⁷

3.5 Sammenfatning

Det følger af § 6 i Lov om Ligebehandlingsnævnet (LOL), at der ved behandling af en klage i Ligebehandlingsnævnet deltager 1 medlem af formandskabet, der er dommer, og 2 øvrige juridiske nævnsmedlemmer. Det betyder, at alle sager ved Nævnet behandles under dommermedvirken. Den korte(re) sagsbehandlingstid må vurderes at være attraktiv for arbejdstagere i særdeleshed, da en opsigelse er et stort indgreb i en arbejdstagers hverdag og økonomi. Det er imidlertid af væsentlig betydning, at vidne- og partsforklaringer ikke kan finde sted for retten, hvorfor en meget kompliceret og / eller uigennemsigtig sag bør føres for domstolene. Ligebehandlingsnævnet kan desuden kun træffe afgørelser om ligebehandlingsspørgsmål. I mange af sagerne fra praksis, nedlægges der dog også subsidiær påstand efter FUL § 2b om usaglig afskedigelse og/eller ansættelsesbevisloven. Hvis det er tilfældet, må sagen anlægges ved dom-

⁴³ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene, med kommentarer, bind 2 s. 76*

⁴⁴ <http://www.arbejdsretten.dk/faglige-voldgiftsretter.aspx>

⁴⁵ <http://www.arbejdsretten.dk/arbejdsretten.aspx>

⁴⁶ KOM(1999)100 endelig s. 14

⁴⁷ KOM(2009) 409 endelig s. 7-8

stolene. Omvendt kan formanden i en klagesag ved Nævnet vælge at lade to yderligere medlemmer deltage, såfremt der er tale om en sag af principiel karakter.⁴⁸ Der er derfor flere praktiske og økonomiske overvejelser, man bør gøre sig ingen sagen anlægges. Såfremt sagen vurderes at være principiel, er domstolsbehandling at foretrække, da det herefter vil være muligt at få en kollegial afgørelse i Landsretten og Højesteret.⁴⁹

Da parterne ikke er forpligtet til at vælge Afskedigelsesnævnet i overenskomstsager er domstolene, Ligebehandlingsnævnet og Afskedigelsesnævnet alle kompetente. Der er i modsætning til sagsbehandlingen for Ligebehandlingsnævnet forholdsvis strikse fristregler for behandling i Afskedigelsesnævnet.⁵⁰ Fordelene ved nævnsbehandling er, som ovenfor anført, at der er tale om en mere "smidig" proces. Det er dog vigtigt at notere sig, at Afskedigelsesnævnets afgørelser er endelige, hvorimod Ligebehandlingsnævnets afgørelser kan indbringes for domstolene – endda på Ligebehandlingsnævnets regning, såfremt en afgørelse til gunst for lønmodtageren ikke efterleveres. Dette er formentlig også en begrundelse for, at Ligebehandlingsnævnet behandler flere sager på området end Afskedigelsesnævnet.

4 Beskyttelsens udstrækning - praksis om LBL § 9

Under dette punkt behandles retspraksis, hvor en graviditet med sikkerhed er indtrådt, hvorfor lønmodtagerne utvivlsomt er omfattet af § 9. Det er naturligvis stadig muligt at afskedige en sådan arbejdstager, såfremt det er sagligt begrundet.

4.1 Før og efter graviditet

Som det vil fremgå under punktet om fertilitetsbehandlinger, er det ikke entydigt, hvornår beskyttelsen i § 9 begynder. Det er derimod sikkert, at beskyttelsen også fortsætter efter endt graviditet, idet den tidsmæssige rækkevidde af forbuddet i § 9 er indtil det tidspunkt, hvor arbejdstageren vender tilbage fra barsel. En afskedigelse foretaget efter barselsorlovens afslutning kan alligevel være i strid med forbuddet i graviditetsdirektivets artikel 10⁵¹, såfremt den er sket på grund af graviditet og barsel.⁵² Dette var temaet i **C-460/06**, som omhandlede en kvinde på et arkitektkontor (AG), der var på barselsorlov indtil december 1995. Kvinden blev herefter afskediget i februar 1996 – dvs. efter hun var tilbagevendt fra barsel. Den belgiske arbejdsret fastslog, at beslutningen om afskedigelse var truffet, mens hun var gravid, og at AG ikke kunne godtgøre, at afskedigelsen skyldtes kvindens forhold. Den belgiske arbejdsret forelagde herefter EU-Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt situationen var omfattet af forbuddet. Domstolen udtalte i denne forbindelse, at en beslutning om afskedigelse, der træffes før udløbet af beskyttelsesperioden, stadig er omfattet af artikel 10, selvom den først meddeles på et senere tidspunkt. Af dommen kan det derfor udledes, at det er meget afgørende, hvornår og i hvilken sammenhæng beslutningen om afskedigelse træffes. Det er herefter uden betydning, hvornår opsigelsen meddeles til arbejdstageren.

⁴⁸ Jf. Lov om ligebehandlingsnævnet § 6, stk. 2

⁴⁹ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 149

⁵⁰ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene, med kommentarer, bind 1* s. 284-285

⁵¹ Svarende til LBL § 9

⁵² Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov s. 6

At beskyttelsen strækker sig videre end før og under graviditeten/barselsorloven kan også udledes af retspraksis om aborter. Kvinder i denne situation er – uanset at de ikke reelt er gravide længere – beskyttet i medfør af § 9.⁵³ **U 2007.923 Ø** drejede sig om opsigelse af en arbejdstager under sygdom efter en abort. Arbejdsgiveren var informeret om situationen ved en lægeerklæring. To uger senere blev hun afskediget med den begrundelse, at hun ikke levede op til arbejdsgivers forventninger. Landsretten fandt – i lighed med Ligestillingsnævnet, som sagen først var indbragt for⁵⁴ - at § 9 var anvendelig. Da arbejdsgiveren ikke kunne løfte sin bevisbyrde for, at afskedigelsen ikke var begrundet i tilstanden, blev kvinden tilkendt en godtgørelse.

4.2 I graviditetsperioden

Det er som ovenfor beskrevet muligt at afskedige en arbejdstager, der er gravid m.v., så længe afskedigelsen hverken er helt eller delvist begrundet i tilstanden. Dette var blandt andet temaet i **Vestre Landsrets dom af 20. april 2006**. Sagen omhandlede en kvindelig handicaphjælper, der var ansat af den handicappede selv. 6 dage efter at kvinden havde informeret om, at hun var gravid, blev hun afskediget begrundet i dårlig kemi. Kvinden blev tilkendt en godtgørelse uanset, at der var påvist samarbejdsvanskeligheder mellem parterne, idet landsretten ikke kunne udelukke, at graviditeten havde været *i hvert fald en medvirkende årsag til afskedigelsen*.

Dommen afspejler, at arbejdstageren befinder sig i en gunstig position, når arbejdsgiver først er informeret om graviditeten. Se ligeledes **U 2004.2701 H**⁵⁵, hvor arbejdsgiveren blev dømt til at betale en godtgørelse, fordi det var *usikkert*, hvorvidt han var bekendt med den ansattes graviditet.

4.2.1 Graviditetsbetinget sygdom

Efter **Vestre Landsrets dom af 11. januar 2010** har det været omdiskuteret, hvorvidt der påhviler arbejdsgiver en form for objektivt ansvar i tilfælde af graviditetsbetinget sygdom. Sagen drejede sig om en arbejdstager, der efter 5 ugers ansættelse blev afskediget på grund af for høj sygefravær. Under sagen blev det dokumenteret, at den opsagte arbejdstager var gravid, og at fraværet skyldtes graviditetsbetinget sygdom. Arbejdsgiveren kendte ikke til graviditeten på afskedigelsestidspunktet. Landsretten fandt det uden betydning, at det efter bevisførelsen kunne lægges til grund, at arbejdsgiveren ikke kendte til arbejdstagerens graviditet, da han traf den endelige beslutning om afskedigelse af arbejdstageren. Arbejdstageren blev herefter tilkendt en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. Der er efterfølgende givet tredjeinstansbevilling til Højesteret.

Advokat Tina Reismann finder dommen meget vidtgående.⁵⁶ Hun anfører, at den må fortolkes således, at arbejdsgiveren forinden opsigelse har en vis form for undersøgelsespligt, når der er tale om opsigelse på grund af arbejdstagerens fravær. Dette finder hun dog ikke foreneligt med reglerne i barselsloven om, at en kvindelig arbejdstager først er forpligtet til at orientere om, at

⁵³ Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 107-110

⁵⁴ Afgørelse af 26. april 2004, nr. 11/2004

⁵⁵ Se evt. domsreferat under pkt. 6.1

⁵⁶ *Afskedigelse under graviditet*, Nyhedsbrev i arbejds- og ansættelsesret, nr. 4/2010, Plesner

hun er gravid tre måneder før det forventede fødselstidspunkt. Hun finder det desuden betænkeligt f.s.v.a. helbredsoplysningsloven, som foreskriver, at en arbejdsgiver ikke må spørge ind til sygdommens årsag. Hun konkluderer derfor, at en arbejdsgiver – formelt set – kan være nødsaget til at foretage en form for høring af arbejdstageren, før den endelige beslutning om opsigelse træffes. Reelt finder hun denne løsning for *søgt*. Tilsvarende opfattelse findes hos advokat Karen Kaufmanns, som anfører, at afgørelsen udgør en *tikkende bombe*, fordi arbejdsgivere kan risikere domme for overtrædelse af ligebehandlingsloven på *et arbitrært grundlag*.⁵⁷

Advokat Mikael Marstal anfører, at udgangspunktet i relation til bevisbyrdereglerne er, at en opsigelse ikke kan anses for at være begrundet i graviditet, hvis det er helt sikkert, at arbejdsgiveren ikke kendte til graviditeten. Dette udgangspunkt er med dommen modificeret for graviditetsbetinget sygdom. Han anfører endvidere, at dommens resultat er korrekt og i overensstemmelse med principperne bag § 9, da en opsigelse begrundet i graviditetsbetinget sygefravær er ”på grund af graviditet”.⁵⁸ Det objektive ansvar, der efter praksis kan synes indført, gælder udelukkende i relation til graviditetsbetinget sygdom.⁵⁹

Af ovennævnte fremgår det tydeligt, at de to førstnævnte typisk repræsenterer arbejdsgivere, mens sidstnævnte repræsenterer lønmodtagere. Højesterets dom afventes derfor med stor spænding. Advokat Mikael Marstal har utvivlsomt ret i, at dommens resultat er i overensstemmelse med principperne bag § 9. En sådan retsstilling vil imidlertid – som fremhævet af advokat Tina Reismann – skabe en uholdbar situation for arbejdsgiver, der vil være fanget mellem LBL § 9 og de øvrige retsregler, herunder særligt helbredsoplysningsloven.

4.2.2 *Afskedigelser begrundet i arbejdsgivers forhold*

Afsnittet hænger snævert sammen med spørgsmålet om bevisbyrde, hvor afskedigelser begrundet i henholdsvis arbejdsgivers og arbejdstagers forhold også behandles.⁶⁰ Kort kan det her nævnes, at afskedigelser begrundet i arbejdsgivers forhold typisk vil være omstrukturering, arbejdsmangel, virksomhedens svigtende økonomi o.lign.

Dette var også tilfældet i **U 1999.908 V**, hvor afskedigelsen af en gravid ansat (AT) var begrundet i manglende arbejde. Arbejdsgiver (AG) afskedigede i den periode i alt 21 ansatte, heraf 4 i AT's afdeling på grund af svigtende indtægter. AT påstod for retten, at AG kunne have valgt at afskedige en anden end AT. AG gjorde derimod gældende, at de afskedigede arbejdstagere blev valgt efter virksomhedens interne retningslinier om anvendelse af princippet om ”sidst ind først ud” (SIFU). Landsretten fandt det godtgjort, at afskedigelsen af AT og 3 andre ansatte var begrundet i manglende arbejde sammenholdt med det forhold, *at de fire afskedigede var de fire senest ansatte i pakkeriet*. Da afskedigelsen var begrundet i manglende arbejde og ikke graviditeten, havde AT dermed ikke krav på godtgørelse, jf. LBL § 16, jf. § 9.

⁵⁷ *Særpræget afgørelse om gravid medarbejder – Vestre Landsrets dom af 11. januar 2010*, fra www.lovorientering.dk

⁵⁸ Og dermed i overensstemmelse med ordlyden i § 9

⁵⁹ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 68-70 samt s.139

⁶⁰ Se pkt. 6.2.3

Anderledes gik det i **Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 11. marts 2011**. Her blev en gravid kvinde (AT) ligeledes afskediget efter SIFU-princippet i forbindelse med nedskæring af medarbejderstaben i en lagervirksomhed (AG). Kvinden påstod, at man burde have omplaceret hende, da der var andre stillinger i virksomheden, hun kunne have varetaget. AG anførte, at man normalt anvendte SIFU-princippet i afskedigelsessituationer. Dette var imidlertid ikke muligt at dokumentere ved hjælp af interne retningslinier el.lign. På baggrund heraf fandtes den beskrevne anvendelse af SIFU-princippet ikke at kunne medføre en fravigelse af LBL. Sagen er indbragt for domstolene.

I forbindelse med afskedigelse af en arbejdstager, må arbejdsgiver foretage en konkret og individuel vurdering af arbejdstageren. Det er naturligvis muligt at afskedige den sidst ansatte, hvis blot man kan argumentere for, at det er det rette valg. Ifølge afgørelsen fra 1998 var det sagligt at afskedige efter SIFU-princippet til trods for, at der var tale om en gravid arbejdstager. En generel anvendelse af SIFU-princippet kræver klar hjemmel, hvilket forekommer i lokale hensigtserklæringer, men kun sjældent findes i de almindelige overenskomster.⁶¹ Forskellen mellem de refererede afgørelser er, at arbejdsgiveren i sidstnævnte ikke kunne dokumentere, at det var en del af virksomhedens almindelige procedure.

I sager, hvor arbejdsgiver påberåber sig svigtende økonomi, procederer arbejdstager/sagsøger ofte på, at arbejdsgiveren havde valget mellem flere arbejdstagere. Dette illustreres af **Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 17. november 2010**⁶². Sagen omhandlede en tøjproducent (AG), der i en afskedigelsessituation havde valget mellem flere mulige arbejdstagere. I det konkrete tilfælde blev en gravid kreativ indkøber (AT) opsagt på grund af virksomhedens økonomiske vanskeligheder, hvilket betød, at hendes stilling blev nedlagt. To øvrige stillinger inden for salg og regnskab blev nedlagt samtidig. Herefter bestod virksomheden af 4 arbejdstagere. Der var udover AT ansat én anden kreativ indkøber (KI) med samme anciennitet og en anelse højere løn. AT gjorde derfor gældende, at hun – eventuelt med en kortere oplæring – kunne bestride KI's arbejdsopgaver. Nævnet lagde imidlertid AG's forklaring om, at KI også havde andre kompetencer til gavn for virksomheden til grund. Af dommen kan det derfor udledes, at det er af afgørende betydning, at den opsagte arbejdstager besidder de samme egenskaber som den arbejdstager, virksomheden valgte at beholde, før man kan vinde en sådan sag.

Når der skal ske afskedigelser begrundet i arbejdsgivers forhold, vil det derfor være af afgørende betydning for ligebehandlingsreglerne om, der er tilnærmelsesvist ligeartede medarbejdere/stillinger at vælge i mellem. Såfremt arbejdsgiver ikke er i stand til at udpege objektive grunde til, at det netop er den gravide, der afskedigedes, vil han have svært ved at undgå en sanktion for overtrædelse af LBL.⁶³ Det vil i sagens natur være lettere at argumentere for, at virksomheden kunne have afskediget en anden arbejdstager, såfremt der er tale om fabriksarbejde el.lign., hvor det hverken er nødvendigt med særlig uddannelse eller længerevarende oplæring for at bestride arbejdet. Er der derimod tale om stillinger, hvor særlige kompetencer og erfaring er nødvendigt, vil det være lettere for arbejdsgiver at løfte bevisbyrden for, hvorfor man valgte at beholde én arbejdstager frem for en anden. Det vil dog stadig være nødvendigt for arbejdsgiver at kunne dokumentere dette.

Når arbejdsgiver skal dokumentere sin svigtende økonomi, er det ikke nødvendigt, at der kan påvises en omsætningsnedgang. Afskedigelsen var derfor saglig i **U 2010.982 V**, hvor arbejds-

⁶¹ Ole Hasselbalch: *Ansættelsesret og personalejura* s. 267

⁶² Nr. 103/2010

⁶³ Mikael Marstal: *Lønmodtagernes beskyttelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 35

giveren – til trods for at omsætningen ikke var faldet - kunne bevise en faldet bruttoavance, der gjorde det nødvendigt med omstruktureringer. Er der derimod tale om en mere generel afmatning af markedet, er det ikke sikkert, at arbejdsgiver kan afskedige med denne begrundelse. Det er i sådanne situationer afgørende, om det er sket en forringelse af økonomien omkring tidspunktet for opsigelsen.⁶⁴

4.2.3 Afskedigelser begrundet i arbejdstagers forhold

Hvorvidt en afskedigelse begrundet i arbejdstagers forhold er saglig, afhænger i høj grad af den konkrete stilling og ”forseelsens” karakter. Ifølge praksis kan en arbejdsgiver ikke afskedige en gravid begrundet i dennes egne forhold (dårligt udført arbejde, samarbejdsvanskeligheder o.lign.), medmindre de påberåbte forhold har været påtalt inden meddelelsen om graviditet.⁶⁵ Dette fremgår med al tydelighed af **Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 12. marts 2010**⁶⁶. Sagen omhandlede en kvindelig socialpædagog, som blev afskediget under sin graviditet på grund af samarbejdsvanskeligheder og illoyal adfærd. Arbejdsgiveren fremlagde under sagen bl.a. en sms og en mail, hvor kvinden refererede til lederen på det socialpædagogiske opholdssted som ”en sæk”. Nævnet fandt på trods af dette ikke, at arbejdsgiveren løftede sin bevisbyrde for, at afskedigelsen ikke var begrundet i graviditeten, idet arbejdstageren ikke modtog nogen advarsel eller påtale forud for sin opsigelse.⁶⁷ Det er usikkert, hvorvidt arbejdstagerens fejl var påtalt på forhånd i **Afskedigelsesnævnets afgørelse af 13. juni 2003**⁶⁸ om en gravid arbejdstager (AT), der blev afskediget ca. 6 måneder inde i sin graviditet. Arbejdsgiveren (AG) anførte, at AT udførte sit arbejde dårligt, kom for sent og en enkelt gang helt var udeblevet. AT bestred dette og påstod i øvrigt, at udeblivelsen var varslet og skyldtes graviditetsgener. Afskedigelsesnævnets formand fandt det ikke godtgjort, at AT havde udført sine arbejdsopgaver utilfredsstillende, hvorfor hun tilkendtes en godtgørelse.⁶⁹

Til trods for tidligere påberåbte samarbejdsvanskeligheder og en påtale af ældre dato fandtes arbejdsgiver alligevel at have handlet usagligt i **Vestre Landsrets dom af 31. maj 2010**, som omhandlede afskedigelse af en gravid indkøbsassistent (AT). Arbejdsgiver var en designvirksomhed (AG) bestående af to afdelinger. AT var oprindeligt ansat i voksenafdelingen, hvor hun i starten af sin ansættelse fik en påtale om, at hun snakkede for meget i arbejdstiden. Senere skiftede AT til ungdomsafdelingen. AT blev, som den eneste i ungdomsafdelingen, opsagt efter mere end 4 års ansættelse på grund af interne omstruktureringer i ungdomsafdelingen. Først senere blev andre medarbejdere opsagt. Det var usikkert, hvorvidt AG var bekendt med graviditeten på opsigelsestidspunktet, idet AG ikke formelt var underrettet. AT forklarede imidlertid, at hendes graviditet var synlig, ligesom AG var bekendt med AT’s ønske om at få et barn. For byretten gjorde AT gældende, at hun havde været villig til at flytte tilbage til voksenafdelingen for at undgå afskedigelse. AG anførte i denne forbindelse, at ikke havde været muligt at omplacere AT, da der var dårlig kemi mellem AT og afdelingens medarbejdere. Landsretten stadfæstede byrettens dom og tilkendte AT en godtgørelse. Af begrundelsen fremgår det, at AT som

⁶⁴ Mikael Marstal: *Lønmodtagernes beskyttelse ved graviditet barsel og adoption* s. 24-26

⁶⁵ Mads Krarup og Agnete Andersen: *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge* s. 127

⁶⁶ Nr. 15/2010

⁶⁷ Afgørelsen er indbragt for domstolene

⁶⁸ Nr. 1102/03

⁶⁹ Det fremgår ikke af afgørelsen, hvorvidt de af arbejdsgiver påberåbte forhold om arbejdets udførelse m.v. var påtalt for inden.

den eneste blev afskediget den dag, og at der siden blev ansat nye. Hverken byretten eller landsretten tog stilling til påtalen. Dette skyldes formentlig, at den var af ældre dato, og at AT ifølge sin forklaring havde taget den til efterretning. Dommen er et godt eksempel på, hvor meget det kræver for, at en opsigelse begrundet i AT's forhold kan være saglig. Landsretten lagde i sin begrundelse primært vægt på, at der var ansat nye medarbejdere i perioden.

Netop fordi det er så svært for arbejdsgiver at bevise, at en afskedigelse er saglig til trods for den ansattes forsømmelser el.lign., må der være helt klare linier omkring afskedigelsen. Dette afspejles i **U 2009.1700 Ø**, hvor en kvindelig handicapmedhjælper (AT) efter 10 års ansættelse blev afskediget af den mandlige handicappede (AG). Der var i sagen usikkerhed om, hvornår afskedigelsen var faldet. Ifølge AG afskedigede han AT, mens hun var gravid, fordi hun gentagne gange var mødt for sent på arbejde. AT hævdede derimod, at hun først blev opsagt under barslen, da hun spurgte om, hvornår hun atter skulle begynde på arbejde efter sin barsel og i øvrigt oplyste AG om, at hun på ny var gravid. Til støtte for AG's påstand oplyste to øvrige hjælpere, at AT's manglende overholdelse af mødetiderne var til stor gene, hvorfor de havde truet med at tage deres afsked, såfremt problemet ikke blev løst. Til støtte for AT's påstand blev der bl.a. fremlagt en anbefaling, hvor AG gav AT *de bedste anbefalinger*. Det fandtes for retten ikke bevist, at AT blev opsagt under graviditeten p.g.a. gentagen for sen fremmøde. Det fandtes heller ikke godtgjort, at opsigelsen ikke var begrundet i AT's påtænkte eller igangværende barselsorlov.⁷⁰ Et tilsvarende resultat findes i **U 2008.844 V**, hvor en handicappet mand (AG) opsagde sin hjælper (AT), mens hun var på barsel, fordi hun tidligere havde givet udtryk for, at hun efter barslens udløb ville påbegynde en uddannelse. Dette blev imidlertid ikke realiseret. Landsretten udtalte i denne forbindelse, at AG forinden afskedigelsen burde have bragt klarhed over, hvorvidt AT ønskede at afslutte ansættelsen. Han kunne derfor ikke godtgøre, at afskedigelsen var saglig.

⁷⁰ S. 1703

4.2.4 Ændret stillingsindhold

Afskedigelsesbegrebet i § 9 omfatter ikke kun afskedigelser i snæver forstand, men omhandler også situationer, hvor der sker væsentlige ændringer af arbejdsvilkårene.⁷¹ En arbejdsgiver har som udgangspunkt altid mulighed for at ændre i ansættelsesvilkårene. Hvis ændringerne er væsentlige, skal det ske med et varsel, der svarer til arbejdstagerens opsigelsesvarsel. Hvorvidt en stillingsændring er væsentlig vil altid blive afgjort ud fra en konkret vurdering.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 27. august 2010⁷² omhandlede en kvinde (AT), der under sin graviditet fik ændret sin stilling fra souschef til ufaglært salgsassistent med en løn nedgang på ca. 5.000 kr. om måneden. Arbejdsgiveren (AG) anførte under sagen, at AT ikke bestred sin nye stilling som souschef, hvorfor de i fællesskab var blevet enige om stillingsændringen. Ligebehandlingsnævnet fandt, at der var tale om en så væsentlig ændring, at det måtte sidestilles med en opsigelse. Herefter fandtes AG ikke have godtgjort, at afskedigelsen var begrundet i AT's graviditet. Der blev ved afgørelsen primært lagt vægt på, at det ikke blev dokumenteret, at AT ikke passede sit arbejde på en tilfredsstillende måde forud for afskedigelsen. AT blev herefter tilkendt en godtgørelse. Afgørelsen skulle efterfølgende indbringes for domstolene, men blev forligt efter sagen var overgivet til Kammeradvokaten.

Selvom lønnen ikke ændres, kan der stadig være tale om en væsentlig stillingsændring. I **Østre Landsrets dom af 6. oktober 2010** bestred en kvindelig ansat efter sin barsel ikke længere samme ansvar og funktioner som tidligere. Hun blev – på trods af at lønnen ikke var reduceret – tilkendt en godtgørelse svarende til 9 måneders løn.

4.2.5 Tidsbegrænsede ansættelser

Hvor der i andre love er krav om, at ansættelsen skal have en vis varighed, før ”godet” tilkommer den ansatte, findes der i LBL ikke tilsvarende krav.⁷³

I **U 2002.2435 /3H** blev EU-Domstolen forelagt spørgsmålet om, hvorvidt ligebehandlingsdirektivets artikel 5, stk. 1 og graviditetsdirektivets artikel 10⁷⁴ også omfatter tidsbegrænsede ansættelser. Sagen omhandlede en kvindelig vikar, som på ansættelsestidspunktet ikke oplyste om sin graviditet velvidende, at hun på grund af sin tilstand ikke ville kunne arbejde i en væsentlig del af ansættelsesperioden. Hertil svarede Domstolen, at artikel 10 er til hinder for afskedigelse af en arbejdstager, der er gravid, uanset de af Højesteret fremhævede momenter.⁷⁵ Herefter blev den afskedigede vikar tilkendt en godtgørelse.

Et andet eksempel på, at tidsbegrænsede ansættelser er omfattet af § 9 er **Ligestillingsnævnets afgørelse af 26. april 2004**⁷⁶, hvor en lærer på en handelsskole i løbet af en længere årrække blev ansat på årsbasis. Her fandt Nævnet, at beslutningen om ikke at genansætte læreren under

⁷¹ Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov s. 6

⁷² Nr. 61/2010

⁷³ Smh. eksempelvis bestemmelserne om usaglig afskedigelse i FUL § 2b og Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra f

⁷⁴ Begge implementeret ved LBL § 9, jf. pkt. 2.1.1 og 2.1.2

⁷⁵ C-109/00

⁷⁶ Nr. 10/2004

hendes barselsorlov skulle betragtes som en afskedigelse, hvorfor hun blev tilkendt en godtgørelse.

Se i denne forbindelse også **U 2004.2701 H**, hvorfra det kan udledes, at § 9 også finder anvendelse i en aftalt prøvetid.⁷⁷

4.3 Øvrige arbejdsvilkår (LBL § 4)

EU-Domstolen har anerkendt beskyttelsen af kvinders beskæftigelsesmæssige rettigheder, herunder retten til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som de ville være berettiget til under deres fravær.⁷⁸ Se i denne forbindelse **U 2003.2276 V**, hvor en gravid arbejdstager blev tildelt en godtgørelse på 10.000kr, fordi hun ikke på lige fod med sine kollegaer havde fået tildelt 5 feriefridage, fordi hun skulle på barsel.

4.4 Beskyttelsens indtræden i andre medlemsstater

Der er blandt medlemsstaterne forskel på, hvornår beskyttelsen efter graviditetsdirektivets artikel 10 indtræder. Langt de fleste af medlemsstaterne har – som Danmark – ikke nogen egentlig definition af gravide arbejdstagere på trods af, at det er af stor betydning for, hvornår beskyttelsen indtræder. Derfor er der også i flere af medlemsstaterne, herunder Tyskland og Frankrig, et krav om, at arbejdstageren skal underrette sin arbejdsgiver om graviditeten før beskyttelsen indtræder. Yderligere krav stilles i blandt andet Luxembourg, hvor det kræves, at underretningen skal ske ved en lægeerklæring sendt pr. anbefalet brev til arbejdsgiveren. I Spanien er der ikke krav om underretning, før beskyttelsen indtræder. Hvis arbejdsgiver er klar over hendes graviditet, er hun omfattet omfattet af moderskabslovgivningen, selv om arbejdsgiveren ikke officielt er blevet underrettet om graviditeten.⁷⁹

I Danmark er man – som i Spanien – omfattet af beskyttelsen uanset, at arbejdsgiveren ikke er underrettet, og efter **U 2004.2701 H** står det endog fast, at usikkerhed om arbejdsgiverens viden på opsigelsestidspunktet vil komme denne til skade.

4.5 Sammenfatning

Ovenstående praksis stemmer overens med ønsket i ændringsdirektivet om, at enhver form for negativ forskelsbehandling af kvinder i forbindelse med graviditet og barsel udgør direkte forskelsbehandling på grund af køn.⁸⁰

På baggrund af ovenstående kan det konstateres, at beskyttelsen efter § 9 kan udstrækkes til tiden efter den i bestemmelsen anførte periode, såfremt beslutningen blev truffet under graviditet eller barsel. Dette gælder også, hvis der er tale om abort, hvor graviditeten reelt set ikke længere er til stede. Beskyttelsen før graviditet gennemgås nedenfor.

⁷⁷ Se domsreferat under pkt. 6.1. samt Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer*, bind 2 s. 162

⁷⁸ Betragtning 12, direktiv 2002/73/EF (ændringsdirektivet til ligebehandlingsdirektivet)

⁷⁹ KOM(1999)100 endelig s. 6-7

⁸⁰ Betragtning 12, direktiv 2002/73/EF (ændringsdirektivet til ligebehandlingsdirektivet)

Anvendelsesområdet for § 9 er ikke begrænset til ansættelser, der har bestået i et vist tidsrum. Derfor finder bestemmelsen også anvendelse i en aftalt prøvetid. Ligeledes er det med Domstolens præjudicielle afgørelse slået fast, at tidsbegrænsede ansættelser også er omfattet. I denne henseende er det uden betydning, at arbejdstageren ikke kan arbejde i en væsentlig del af ansættelsesperioden.

§ 9 finder anvendelse på graviditetsbetinget sygdom. Ifølge Vestre landsret kan en arbejdsgiver blive pålagt at betale en godtgørelse som følge af opsigelse på grund af for højt sygefravær, uanset at arbejdsgiveren ikke vidste, at arbejdstageren var gravid, og at sygefraværet var graviditetsbetinget. Arbejdsgiveren ifalder altså et ansvar, der minder om en form for objektivt ansvar ved opsigelse af kvinder i den fødedygtige alder på grund af sygdom. Uanset at afgørelsen kan synes uretfærdig, er den i tråd med dansk ret. Her findes ikke et krav om, at arbejdsgiver skal underrettes, før beskyttelsen indtræder.⁸¹ Et sådant krav findes derimod i andre medlemsstater.

Afskedigelser er altid enten begrundet i arbejdsgivers eller arbejdstagers forhold. Hvis det er begrundet i arbejdsgivers forhold, skyldes det typisk svigtende økonomi. Hvis det skal lykkes arbejdsgiver at løfte bevisbyrden på grund af svigtende økonomi, omstruktureringer m.v., kræves klare beviser. Afskedigelser begrundet i arbejdstagers forhold kræver, at de påberåbte forhold har været påtalt inden afskedigelsen, og at arbejdstageren har haft en (reel) mulighed for at ændre sin adfærd. Dette vil generelt set være en meget tung bevisbyrde for arbejdsgiver og kræver vægtige argumenter.⁸² Derfor er det vigtigt, at der er klare linier omkring afskedigelsen. En arbejdsgiver bør i denne situation ”sikre sig” ved eksempelvis at sende den pr. mail, så rette dato og begrundelse fremgår. Hvis der er tale om bortvisninger, gælder de samme vilkår som i aftaleretten, hvor der skal være en væsentlig misligholdelse før ansættelsesforholdet kan hæves (bortvisning). Herefter er det muligt at bortvise, hvis der er tale om en så grel forseelse, at det kan bære en afskedigelse. I så fald vil den være saglig uanset, at arbejdstageren er gravid.

§ 9 finder desuden anvendelse uanset, at der ikke er sket en opsigelse, hvis der er tale om så væsentlige stillingsændringer, at det reelt kan sidestilles med en opsigelse. Vurderingen af hvorvidt ændringen er væsentlig, er ikke anderledes på ligebehandlingsområdet end for resten af det ansættelsesretlige univers.⁸³

5 Afskedigelse af kvinder før graviditet – Anvendelsesområdet for § 9 i relation til fertilitetsbehandling

5.1 Begrebet ”fertilitetsbehandling”

Som anført indledningsvist er det nødvendigt for stadigt flere par at undergå fertilitetsbehandling for at opnå en graviditet. Selve fertilitetsbehandlingen er meget varierende alt efter årsagen til barnløsheden. Samlebegrebet ”fertilitetsbehandling” dækker m.a.o. over flere forskellige behandlinger, herunder

⁸¹ Det vil dog være af afgørende betydning for bevisbyrden.

⁸² Se i øvrigt under punktet om bevisbyrde, pkt. 6.

⁸³ Dvs. typisk nedregulering af løn, ændring af arbejdsstedet og ”sociale” ændringer.

- korrektion af anatomiske forhold, hvis der foreligger forhold, som kan korrigeres ved hjælp af større eller mindre operationer.
- hormonstimulering til at fremkalde ægløsning, hvis årsagen til barnløsheden skyldes svigtende ægløsning. Derved øges chancerne for befrugtning og graviditet. Behandlingen *kan* suppleres med inseminationsbehandling.
- insemination med mandens sæd eller donorsæd. Dette indebærer, at sædceller placeres i kvindens livmoder for at forbedre chancen for befrugtning. Der udføres ca. 10.000 af disse behandlinger i Danmark om året.
- reagensglasbefrugtning (in vitro fertilisering). Dette betyder, at ægget befrugtes uden for kvindes krop for efterfølgende at blive placeret i livmoderen. Brugen af denne behandlingstype er øget betydeligt de seneste år.⁸⁴

Metoden vælges ud fra en vurdering af, hvorledes graviditet lettest opnås for den pågældende kvinde. Uanset metoden er succesraten omkring 25 %.⁸⁵

5.2 Hvornår er fertilitetsbehandling omfattet af § 9?

Graviditetsdirektivets⁸⁶ artikel 10 foreskriver, at beskyttelsen gælder *gravide* arbejdstagere, hvilket i artikel 2, litra a defineres som *enhver arbejdstager, som er gravid, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand*.⁸⁷

Tidligere blev det antaget, at afskedigelsen på grund af fertilitetsfremmende foranstaltninger var en overtrædelse af LBL § 4 ud fra en betragtning om, at perioden lå uden for beskyttelsesperioden i § 9.⁸⁸

§ 9 fik sin nuværende form i 1989, da barselsloven blev indarbejdet i LBL. Der blev ikke dengang taget stilling til, hvorvidt formuleringen *eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption* skulle omfatte personer i fertilitetsbehandling. Sidenhen er graviditetsdirektivet implementeret, men indeholder ligeledes ingen omtale af fertilitetsbehandlinger. Umiddelbart er der derfor hverken i ordlyden eller forarbejder holdepunkter for, at fertilitetsbehandlinger er omfattet. **U 2000.970 Ø** tog som den første dom i Danmark stilling til spørgsmålet. I sagen var en kvinde blev afskediget dagen efter sin kunstige befrugtning. Denne situation fandt landsretten omfattet af § 9.⁸⁹ På tidspunktet for implementeringen af bevisbyrdedirektivet synes det i bemærkningerne til ændringsloven forudsat, at afskedigelse af arbejdstagere, der har fået foretaget en kunstig befrugtning er omfattet, idet der henvises til dommen.⁹⁰ Det fremgår, at den delte bevisbyrde formentlig vil ændre retsstillingen for en sagsøger, der forsøger at blive gravid

⁸⁴ Kvindesygdomme: Ufrivillig barnløshed (infertilitet) – Hvad er ufrivillig barnløshed (infertilitet) <http://patienthaandbogen.dk/kvindesygdomme/sygdomme/ovrige-sygdomme/ufrivillig-barnloshed-infertilitet-1395.html>

⁸⁵ Med succesraten menes der gennemførte graviditeter som følge af behandlingen, www.netdoktor.dk

⁸⁶ direktiv 92/85/EØF

⁸⁷ Efter dansk retspraksis indtræder beskyttelsen uanset at arbejdsgiver ikke er bekendt med graviditeten. Se i denne forbindelse ovenfor pkt. 4.4, hvor beskyttelsens indtræden behandles f.s.v.a. andre medlemsstater.

⁸⁸ Mads Krarup og Agnete Andersen: *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge* s. 125

⁸⁹ Kvinden blev ikke tilkendt en godtgørelse, da det lykkedes arbejdsgiveren af løfte bevisbyrden for, at afskedigelsen var saglig. Dommen omtales desuden nedenfor under pkt. 6.1.1.

⁹⁰ LFF2000-2001.1.78.

ved kunstig befrugtning, såfremt arbejdsgiver er informeret om eller på anden vis er bekendt med situationen.

Med **U 2003.603 H** blev det slået fast, at forsøg på at blive gravid ved kunstig befrugtning er omfattet af LBL § 9. Sagen omhandlede en sekretær (AT), som primo juni 1998 begyndte på et advokatkontor (AG). Den 7. september 1998 bekræftede AG, at prøvetiden var udløbet, og at hun herefter var fastansat. Dagen efter anmodede AT om afholdelse af feriedage, da hun skulle hospitalindlægges i forbindelse med graviditetsfremmende foranstaltninger. AG udtrykte i denne forbindelse utilfredshed med AT's adfærd og var af den opfattelse, at hun burde have nævnt dette den 7. september. Den 10. september 1998 blev AT opsagt begrundet i den seneste kommunikationsbrist mellem AT og AG. Byretten fandt det bevist, at opsigelsen af AT var begrundet i ønsket om afholdelse af ferie, men afgjorde tvisten efter LBL § 4, idet graviditetsfremmende foranstaltninger ikke fandtes omfattet af LBL § 9. Denne afgørelse blev stadfæstet af Landsretten. For Højesteret var parterne enige om, at afskedigelsen var begrundet i AT's forstående hospitalsindlæggelse med henblik på foretagelse af graviditetsfremmende foranstaltninger. Sagen omhandlede derfor udelukkende, hvorvidt situationen var omfattet af LBL § 9. Flertallet i Højesteret fandt, ud fra en formålsfortolkning, at bestemmelsen også omfatter forbud mod afskedigelser begrundet i forsøg på at blive gravid ved kunstig befrugtning.⁹¹ En dissenterede dommer ønskede at stadfæste landsrettens dom, da han fandt det betænkeligt at udvide ordlyden ”på grund af graviditet” til også at omfatte perioden, hvor lønmodtageren ikke er gravid, men forsøger at blive det. Han anførte, at bemærkningerne i lovforslaget til gennemførelse af bevisbyrdedirektivet⁹² ikke var tilstrækkeligt til at begrunde en udvidende fortolkning af § 9. Derfor anførte han, at situationen burde henføres under LBL § 4. AT tilkendtes en godtgørelse svarende til 6 måneders løn.

Dommen præciserer derfor, at arbejdstagere i fertilitetsbehandling er omfattet af LBL § 9, men dette er dog ikke ensbetydende med, at de kan anses for at være ”gravide” i juridisk og medicinsk forstand.⁹³

Vestre landsret nåede i **U 2011.17 V** frem til et tilsvarende resultat. Her fandtes en kvinde, der blev afskediget 3 dage efter opsætning af befrugtede æg i livmoderen, også omfattet af § 9.⁹⁴

EU-Domstolen tog i **C-506/06** stilling til, på hvilket stadie af en fertilitetsbehandling en kvindelig arbejdstager kunne anses for at være omfattet af graviditetsdirektivet. Sagen omhandlede en servitrice (AT), der i januar 2005 blev ansat hos en bager (AG). AT var sygemeldt af sin læge i starten af marts i forbindelse med fertilitetsbehandling. AG afskedigede AT telefonisk den 10. marts. På dette tidspunkt var kvindens æg allerede befrugtede, men skulle først opsættes den 13. marts. AT gjorde herefter gældende, at afskedigelsen var ugyldig, idet hun var omfattet af beskyttelsen i graviditetsdirektivet. AG afviste kravet med den begrundelse, at graviditeten endnu ikke var en realitet på tidspunktet for meddelelsen af afskedigelsen. Den østrigske domstol forelagde herefter EU-Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt en AT, der har fået befrugtet, men ikke opsat æg, er en ”gravid arbejdstager” i graviditetsdirektivets forstand med en konsekvens, at forholdet er omfattet af afskedigelsesbeskyttelsen i artikel 10. Af Domstolens præmisser fremgår det, at formålet med graviditetsdirektivet var at beskytte arbejdstagerne på et tids-

⁹¹ S. 609

⁹² Se pkt. 2.1.3

⁹³ Se nærmere under pkt. 6.1 og 6.2.1 om bevisbyrdereglerne.

⁹⁴ Dommen gennemgås i sin helhed under pkt. 6.1.1 om omvendt bevisbyrde.

punkt, hvor de er særligt udsatte.⁹⁵ Beskyttelsen i artikel 10 forudsætter imidlertid, at graviditeten er påbegyndt.⁹⁶ Domstolen kunne ikke anerkende, at beskyttelsen blev udvidet.⁹⁷ Domstolen lagde vægt på, at de befrugtede æg kunne opbevares i en længere periode uden at blive opsat i kvindens livmoder, og at beskyttelsen derfor ville kunne strækkes over en lang periode.⁹⁸ I denne forbindelse overvejede Domstolen også, at det kunne få den konsekvens, at en kunstig befrugtning blot iværksættes som en sikkerhedsforanstaltning mod afskedigelse.⁹⁹ Under retssagen havde bl.a. Kommissionen foreslået, at beskyttelsen i ligebehandlingsdirektivet kunne anvendes. Domstolen konkluderede, at graviditetsdirektivet og navnlig artikel 10, stk. 1, skal fortolkes således, at en kvindelig arbejdstager ikke er omfattet, når de befrugtede æg endnu ikke er blevet sat op i kvindens livmoder, uanset at befrugtningen af æggene var sket på afskedigelsestidspunktet. En kvinde, der modtager fertilitetsbehandling, skal dermed ikke anses for at være gravid. Domstolen fandt derimod, at situationen - henset til det fremskredne stadie af fertilitetsbehandlingen - var omfattet af det generelle ligebehandlingsprincip i ligebehandlingsdirektivet. Domstolen overlod det herefter til den østrigske domstol at vurdere, hvorvidt afskedigelsen var i strid med ligebehandlingsdirektivet.

Ifølge EU-Domstolen omfatter beskyttelsen graviditetsdirektivets artikel 10 – svarende til LBL § 9 – dermed ikke en kvinde, hvis befrugtede æg endnu ikke er sat op i livmoderen. Situationen er dog omfattet af ligebehandlingsdirektivet, hvis bestemmelser – i Danmark – ligeledes er implementeret i LBL § 9. Afgørelsen ændrer dermed ikke retsstillingen for kvinder i fertilitetsbehandling i Danmark, hvor Højesteret har anerkendt, at beskyttelsen løber fra et tidligere tidspunkt.

Der blev i **Vestre Landsrets dom af 17. august 2010** taget stilling til, hvor langt i en fertilitetsbehandling man skal være, før LBL § 9 finder anvendelse. Sagen omhandlede en slagteriarbejder (AT), der fik konstateret barnløshed i forbindelse med endometriose.¹⁰⁰ AT fik derfor taget blodprøver hos sin læge med henblik på fertilitetsbehandling. Dagen efter blev slagteriet (AG) gjort bekendt med AT's barnløshed og ønske om at blive gravid. 14 dage senere blev hun sammen med 5 andre medarbejdere opsagt på grund af nedlæggelse af produktionen. Året efter påbegyndte AT hormonbehandling og fik foretaget en kunstig befrugtning. AT gjorde principalt gældende, at LBL § 9 var overtrådt og subsidiært, at opsigelsen var i strid med § 4. AT anførte, at behandlingen skulle anses som et *samlet forløb, der også inkluderer den udredning, der ligger forud for den egentlige behandling*.¹⁰¹ AG gjorde derimod gældende, at AT kun befandt sig på et meget tidligt stadie i fertilitetsbehandlingen, og at beskyttelsen efter LBL § 9 først indtræder på et mere fremskredent tidspunkt. Landsretten nåede frem til, at der på tidspunktet for opsigelsen ikke var indledt en *egentlig behandling, der havde aktualiseret en mu-*

⁹⁵ Præmis 34

⁹⁶ Præmis 37

⁹⁷ Præmis 41

⁹⁸ Mikael Marstal anfører i *Lønmodtagernes beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 102, at der i Danmark er mulighed for at opbevare æg i 5 år.

⁹⁹ Præmis 42

¹⁰⁰ Endometriose er en tilstand, hvor væv, der normalt findes i livmoderen, også findes ud for livmoderen. Det betyder, at disse områder også bløder under kvindens menstruation. Tilstanden findes hos ca. 30 % af de kvinder, som behandles for barnløshed. Det kan være nødvendigt med en operation – som i tilfældet i dommen. I mange tilfælde er det aktuelt med hjælp til at opnå graviditet – f.eks. ved kunstig befrugtning (in vitro fertilisering).

Kvindesygdomme: Sygdomme: Endometriose. Hvad er endometriose?

<http://patienthaandbogen.dk/kvindesygdomme/sygdomme/ovrige-sygdomme/endometriose-1357.html>

¹⁰¹ D.v.s. der var igangsat undersøgelser med henblik på at vurdere, hvilken form for fertilitetsbehandling kvinden kunne tilbydes. Selve behandlingen igangsættes senere.

lighed for at AT kunne blive gravid. Herudover fremgår det af rettens begrundelse, at der hverken i forarbejder eller retspraksis findes støtte for at udvide afskedigelsesværnet i § 9 til at omfatte en periode forud for den egentlige fertilitetsbehandling.¹⁰² Beskyttelsen omfatter således ikke udredningsperioden, hvor prøver udtages med henblik på at vurdere den bedst egnede graviditetsfremmende behandling. Afgørelsen er anket til Højesteret og forventes behandlet i foråret 2012.

Dommen giver anledning til mange overvejelser om, hvornår en egentlig behandling kan anses for at være påbegyndt i og med, at fertilitetsbehandling - som anført indledningsvist under dette punkt - først og fremmest kan bestå af mange forskellige behandlinger. Hvis en kvindes fertilitetsbehandling udelukkende består i hormonbehandling, og hun har samleje, vil der være aktualiseret en mulighed for at blive gravid. Det kan dog være svært at bevise. F.s.v.a. andre behandlingsformer kan der også være svært at vurdere, om den "egentlige behandling" er indledt fra ægudtagningsstidspunktet eller inseminationstidspunktet. Henset til principperne bag ligebehandlingsloven - beskyttelsen af arbejdstageren, idet arbejdsgiver er informeret om en nærtstående graviditet - taler meget for, at beskyttelsen skal regnes fra et tidligt tidspunkt.¹⁰³

5.3 Den beskyttede personkreds

Beskyttelsesværnet i LBL § 9 finder som ovenfor anført anvendelse for både mænd og kvinder. Det vil sige, at manden til en gravid kvinde nyder samme beskyttelse som hende. Dette kan også udstrækkes til homoseksuelle forhold, således at partneren beskyttes - i hvert fald, hvis partneren må forventes at skulle afholde barsel, fridage eller lignende i forbindelse med nedkomsten.¹⁰⁴ En tilsvarende beskyttelse gælder for partneren i forbindelse med fertilitetsbehandlinger. Dette blev slået fast i **U 2009.323 V**, hvor en mandlig grafiker var blevet afskediget fra sin stilling hos et trykkeri på grund af ordrenedgang. Grafikeren gjorde under sagen gældende, at afskedigelsen skyldtes, at han deltog i et fertilitetsbehandlingsforløb sammen med sin kæreste. Både byretten og landsretten behandlede sagen efter LBL § 9.¹⁰⁵

5.4 Sammenfatning og perspektivering

Før 1999 var spørgsmålet om beskyttelsen for kvinder i fertilitetsbehandling hverken behandlet i Danmark eller på EU-niveau. I Danmarks første dom på området, fandt retten, ud fra en formålsfortolkning, at en kvinde *efter* at være blevet kunstigt befrugtet, var omfattet af beskyttelsen i § 9. Denne tankegang blev fulgt op i **U 2003.603 H**, hvor Højesteret nåede frem til, at en kvinde, hvis kunstige befrugtning var planlagt, men endnu ikke iværksat, ligeledes var omfattet af bestemmelsen. Højesteret fandt det berettiget at arbejdstagere, der forsøger at blive gravide

¹⁰² Landsretten fandt i øvrigt ikke at virksomheden havde udøvet forskelsbehandling på grund af køn (jf. LBL § 4) ved udvælgelsen af medarbejdere, der skulle opsiges.

¹⁰³ Mikael Marstal: *Lønmodtagernes beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption*, s. 104

¹⁰⁴ Til illustration se f.eks. Østre Landsrets dom af 27. april 2009, hvor en kvinde, der ønskede at afholde orlov i forbindelse med adoption af sin registrerede partners barn, var omfattet af § 9. Barnet var endnu ikke født på opsigelsestidspunktet, men var blevet undfanget ved kunstig befrugtning. Kvindens partner bar barnet, idet hun var yngre og dermed bedre egnet til at undergå fertilitetsbehandlingen. Dermed er dommen endnu et interessant fortolkningsbidrag til LBL's anvendelsesområde.

Se endvidere s. 1-3, Kromann Reumert, Nyhedsbrev 6/2009.

¹⁰⁵ Dommen er behandlet yderligere under pkt. 6.2.2.1 om delt bevisbyrde.

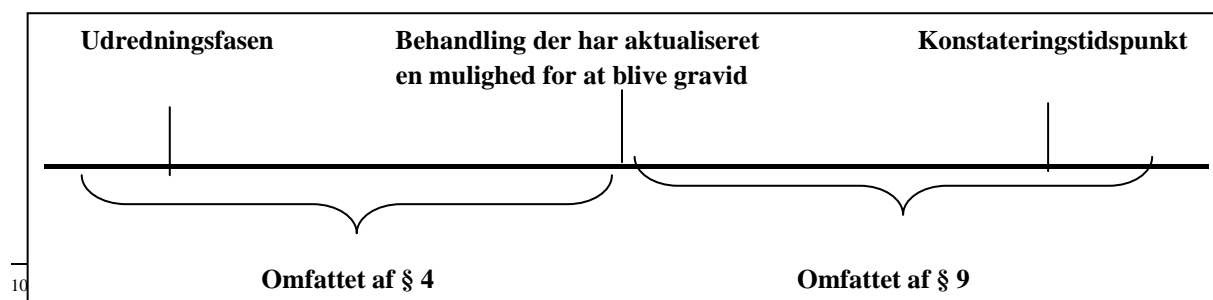
ved kunstig befrugtning, er givet en bedre beskyttelse end arbejdstagere, der bliver gravide uden behandling. Dette skyldes, at beskyttelsehensynet netop er at sikre mod arbejdsgiverens misbrug af den viden, han får i forbindelse med det fravær fra arbejdspladsen, der er nødvendigt ved fertilitetsbehandlinger. Denne dom er indtil videre den eneste fra Højesteret på området og betragtes derfor som toneangivende. En tilsvarende vurdering fremgår endvidere i nyere landsretspraksis, hvor en kvinde, der tre dage tidligere havde fået opsat befrugtede æg, var omfattet af § 9. EU-Domstolens eneste afgørelse på området trækker imidlertid i en anden retning. Her fandtes en kvindelig arbejdstager, hvis æg var befrugtet, men endnu ikke opsat, ikke at være omfattet af graviditetsdirektivets artikel 10. Situationen var derimod omfattet af ligebehandlingsdirektivet. Beskyttelsen i begge direktiver er implementeret ved LBL § 9. Dommen har derfor ikke haft den store betydning for beskyttelsen i Danmark, men det er alligevel tankevækkende, at forbuddet mod afskedigelse af gravide arbejdstagere ikke kan rumme en situation, hvor kvinden trods alt var meget langt i sit behandlingsforløb. Kvinder i fertilitetsbehandling er derfor – efter direktiverne – kun sikret af de ”generelle” bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling på grund af køn. Danmark har dermed en højere beskyttelse med LBL § 9 end krævet af de bagvedliggende minimumsdirektiver.

Med nyeste domspraksis er det slået fast, at partnere til kvinder i fertilitetsbehandling nyder beskyttelse på lige vilkår med kvinderne selv.

Vestre Landsret har slået fast, at kvinden skal være på et vist stadie i behandlingsforløbet for at nyde godt af beskyttelsen. En kvinde i udredningsfasen er dermed ikke omfattet, idet der skal være *indledt en egentlig behandling, der har aktualiseret en mulighed for at blive gravid*. Højesterets dom i sagen forventes i foråret 2012. Afgørende for sagens udfald bliver, hvorvidt Højesteret vægter arbejdsgiverens retssikkerhed højere, således at en kvinde så tidligt i forløbet ikke kan gøre krav på en særlig beskyttelse, eller om arbejdstagerne skal beskyttes, så en virksomheds positive viden om en mulig nærliggende graviditet ikke kan udnyttes.¹⁰⁶

Formuleringen *en egentlig behandling, der havde aktualiseret en mulighed for at blive gravid* åbner også op for nye overvejelser. For nogle er hele fertilitetsbehandlingen jo ”blot” hormonbehandling. Såfremt arbejdstageren oplyser sin arbejdsgiver om dette og i den sammenhæng udtaler, at man ”arbejder på sagen i soveværelset” eller lignende, er der jo tale om en egentlig behandling, der har aktualiseret en mulighed for graviditet. Her er der uden tvivl tale om en gråzone, idet det i høj grad nærmer sig situationen for personer, der forsøger at opnå graviditet uden behandling. En mulighed for at opnå beskyttelse blot man forsøger at opnå graviditet på ”naturlig vis”, vil næppe være i hverken arbejdstagere eller arbejdsgiveres interesse.

Til illustration af hidtidig praksis på området:



5.4.1 Perspektivering til retstilstanden uden for EU

Det har – bortset fra den ene EU-dom - ikke været muligt at finde afgørelser om afskedigelse af arbejdstagere i fertilitetsbehandling i andre medlemsstater. Dette skyldes formentlig dels, at fertilitetsbehandlinger ikke i alle lande anerkendes i samme omfang som i Danmark, hvor det er en slags ”menneskeret”.¹⁰⁷

Det er dog klart, at problemstillingen omkring medarbejdere i fertilitetsbehandling også dukker op uden for EU. F.eks. har OECD (Organisationen for økonomisk samarbejde og udvikling) foretaget en undersøgelse af flere lande vedrørende afskedigelse af gravide medarbejdere. Heraf fremgår det, at det ifølge israelsk lovgivning er usagligt at afskedige på grund af fertilitetsbehandling.¹⁰⁸ I Australien er der foretaget en undersøgelse af menneskerettighederne og ligebehandling i forhold til graviditet, i hvilken forbindelse den australske menneskerettighedsorganisation konkluderer, at diskrimination af medarbejdere på grund af fertilitetsbehandling, kan være ulovligt i henhold til den australske lov om kønsdiskriminering. Det fremgår af undersøgelsen, at der ikke er praksis på dette område, men at en *rimelig fortolkning* af reglerne må føre til dette resultat.¹⁰⁹ Endelig har også den Canadiske Menneskerettighedskommission gennemgået retstilstanden på dette område i ”Pregnancy & Human Rights in the Workplace - Policy and Best Practices”. Heri foretages blandt andet en gennemgang af the Canadian Human Rights Act. Herefter forbydes graviditetsrelateret diskrimination. Dette defineres som enhver politik eller beslutning, der påvirker en gravid kvinde negativt. Dette omfatter også graviditetsrelaterede omstændigheder, herunder fertilitetsbehandling.¹¹⁰

6 Bevisbyrdereglerne i LBL

I dansk ret anvendes som udgangspunkt ligefrem bevisbyrde. Herefter påhviler det den krænkede part (arbejdstageren) at bevise, at der er sket en overtrædelse af lovgivningen. Dette udgangspunkt er fraveget med reglerne i LBL § 16, stk. 4 og § 16a.

¹⁰⁷ Henset til eksempelvis talrige politiske diskussioner om, hvorvidt fertilitetsbehandling skal være offentligt finansieret.

¹⁰⁸ S. 1, <http://www.oecd.org/dataoecd/25/37/42746177.pdf>

Årsagen til det høje beskyttelsesniveau skal måske ses i lyset af en højere dødsrate end fødesrate (dvs. negativ befolkningsvækst), der er i Israel. “Work, family, and the law in Israel s. 2”,

http://www.law.illinois.edu/publications/cllpj/archive/vol_27/issue_4/mironiarticle27-4.pdf

Spørgsmålet om i hvilket omfang fertilitetsbehandling sidestilles med graviditet, berøres dog ikke, idet den samlede undersøgelse af samtlige lande, herunder også Danmark, ikke behandler spørgsmålet. (<http://www.oecd.org/dataoecd/24/39/42740165.pdf>).

¹⁰⁹ S. 31 i dokumentet, der kan findes via

http://www.hreoc.gov.au/sex_discrimination/publication/pregnancy/guidelines/Pregnancy_guidelines.pdf

¹¹⁰ Særligt s. 6 og 7, http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/pregnancy_policy.pdf

6.1 Omvendt bevisbyrde - LBL § 16, stk. 4

Ifølge LBL § 16, stk. 4 påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at afskedigelsen ikke er begrundet i lønmodtagerens graviditet eller barsel, såfremt afskedigelsen finder sted under graviditeten eller barslen. Af lovforslaget fremgår det helt tydeligt, at bestemmelsen pålægger arbejdsgiveren bevisbyrden i tilfælde af afskedigelse under graviditet og barsel.¹¹¹

Bevisbyrdereglen gælder, uanset om arbejdsgiveren er blevet bekendt med graviditeten eller ej. Arbejdsgivers viden vil være et centralt moment i vurderingen af afskedigelsens lovlighed. Bevisbyrden for at afskedigelsen ikke var begrundet i lønmodtagerens graviditet vil imidlertid være lettere at løfte for arbejdsgiver, såfremt denne ikke var bekendt med graviditeten.¹¹² For at sikre sine rettigheder må en lønmodtager derfor hurtigst muligt gøre sin arbejdsgiver bekendt med graviditeten.¹¹³ En opsigelse kort efter, at arbejdstageren har orienteret om sin tilstand, vil øge formodningen for, at denne har været en medvirkende årsag til afskedigelsen.¹¹⁴

I **2004.2701 H** blev der taget stilling til bevisbyrden i en sag om en kvinde, der blev afskediget under graviditet. Højesteret fandt ud fra en ordlyds- og formålsfortolkning af bestemmelsen, at bedømmelsen af, om arbejdsgiveren har løftet sin bevisbyrde må bero på en samlet vurdering. Det anføres, at et moment i vurderingen må være, hvorvidt arbejdsgiveren må anses for ved afskedigelsen at have haft kendskab til graviditeten.¹¹⁵ Der var for instanserne ført adskillige vidner, herunder arbejdsgiver, andet personale og sagsøger, hvis forklaringer var indbyrdes modstridende. Højesteret fandt det derfor efter bevisførelsen *usikkert*, hvorvidt arbejdsgiveren havde haft kendskab til den afskedigede kvindes graviditet. På den baggrund og med udgangspunkt i byrettens begrundelse om, at det var sandsynligt, at arbejdsgiveren var bekendt med graviditeten, og at der ikke var godtgjort andre grunde for opsigelsen, som f.eks. kvaliteten af det udførte arbejde, fandt Højesteret afskedigelsen i strid med § 9.

Af dommen kan det udledes, at det ikke er den ansatte gravide, der skal bevise, at arbejdsgiveren er bekendt med graviditeten, men derimod arbejdsgiveren, der skal godtgøre sit manglende kendskab til graviditeten. Arbejdsgiveren formåede altså ikke i den konkrete sag at løfte bevisbyrden for, at afskedigelsen *ikke* var begrundet i graviditeten.

Der er i teorien enighed om, at bevisbyrden er streng.¹¹⁶

For at arbejdsgiver kan løfte denne bevisbyrde, er det af afgørende betydning, at der er gjort (et reelt) forsøg på at omplacere arbejdstageren til en anden stilling. Dette kan udledes af **U 2011.1776 H**, hvor en salgskonsulent (AT) i et af de tidligere amter blev opsagt under barsels-

¹¹¹ Forslag til Lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.fl., LFF2000-2001.1.78 s. 10

¹¹² Anderledes i Vestre Landsrets dom af 11. januar 2010 f.s.v.a. graviditetsbetinget sygdom. Se nærmere under pkt. 4.2.1.

¹¹³ Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov s. 6

¹¹⁴ Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 24

¹¹⁵ S. 2707

¹¹⁶ *Ansættelsesret og personalejura* s. 261, Tilsvarende i Mikael Marstal: *Lønmodtagernes beskyttelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 23 samt *Ligestillingslovene med kommentarer* s. 165, hvor det konstateres, at der er et "ganske betydeligt beviskrav" under henvisning til flere domme på området, herunder en ældre Vestre Landsrets dom, der udtrykker, at det "ikke med tilstrækkelig sikkerhed" er godtgjort.

orlov. Ligebehandlingsnævnet fandt frem til samme resultat som Højesteret, hvorimod både byretten og landsretten fandt, at der var udfoldet tilstrækkelige bestræbelser på at omplacere kvinden. Det blev for Højesteret godtgjort, at det var nødvendigt at nedlægge stillingen. Kommunen (AG) formåede alligevel ikke at føre det fornødne bevis for, at afskedigelsen var uden sammenhæng med AT's fravær som følge af graviditet og barsel. Højesteret lagde i sin begrundelse vægt på, at det var lykkedes AG at omplacere andre. Det blev endvidere tillagt betydning, at AT ikke blev orienteret om andre ledige stillinger, ligesom AG heller ikke havde sikret sig tilstrækkelige oplysninger om AT's kvalifikationer og ønsker i relation til andre stillinger.¹¹⁷ Herefter havde arbejdsgiver ikke løftet sin bevisbyrde efter LBL § 16, stk. 4. Afgørelsen illustrerer, at det ikke er tilstrækkeligt at bevise, at stillingen blev nedlagt, men at arbejdsgiver endvidere har en – efter det af Højesteret anførte – ganske vidtgående pligt til at søge andre muligheder for en arbejdstager, der afskediges under graviditet og barsel. I hvert fald når der er tale om arbejdspladser af en vis størrelse, som f.eks. en kommune, der har en reel mulighed for at omplacere sine medarbejdere.¹¹⁸

6.1.1 Særligt om fertilitetsbehandlinger

Beskyttelsen efter § 16, stk. 4 indtræder, når kvinden er gravid. Dette skaber nogle interessante overvejelser om retsstillingen for par, som er behandling for barnløshed.¹¹⁹

I en ældre udgave af Svenning Andersens *Funktionærret*¹²⁰ sondres der mellem flere fertilitetsbehandlingstyper¹²¹, således at viden om, at funktionæren får hormonbehandlinger eller forsøger at blive gravid ikke fører ikke til, at der er omvendt bevisbyrde. Han redegør derimod for, at bevisbyrden vender på inseminationstidspunktet ved kunstig befrugtning. Dette giver Willerslev Jakobsen anledning til at overveje at lade bestemmelsen i § 16, stk. 4 finde anvendelse fra inseminations- eller ægopsætningstidspunktet under forudsætning af, at en graviditet efterfølgende konstateres.¹²² Forfatteren er sig dog bevidst, at en sådan løsning skaber en usikkerhed for kvindelige arbejdstagere, der får foretaget kunstige befrugtninger. De ville – i tilfælde af en afskedigelse – ikke vide, om bevisbyrden påhviler arbejdsgiver eller dem selv, før det kan konstateres, hvorvidt en graviditet er indtrådt eller ej. Willerslev Jakobsen redegør i samme artikel endvidere for, at det er meget svært at finde frem til det medicinske øjeblik, hvor en graviditet med sikkerhed er indtrådt med den konsekvens, at bevisbyrden vender.¹²³

I U 2011.17 V blev det slået fast, at det skal være muligt at konstatere en graviditet på opsigelsestidspunktet før LBL § 16, stk. 4 finder anvendelse. Sagen omhandlede en arbejdstager (AT),

¹¹⁷ S. 1785

¹¹⁸ Omplaceringspligt er et generelt ansættelsesretligt princip. Herefter skal arbejdstageren inden der tyes til afskedigelse være tilbudt en anden stilling – også selvom det er nødvendigt med oplæring, før arbejdstageren kan bestride stillingen. Ofte vil det være en væsentlig ændring i ansættelsesforholdet, såfremt arbejdsstedet ændres. I den givne situation vil det dog formentlig komme arbejdsgiver til fordel, hvis den gravide arbejdstager er tilbudt en stilling i en anden af arbejdsgivers filialer el.lign., idet arbejdsgiver så kan påberåbe sig, at arbejdstageren ikke blev afskediget på grund af graviditeten. Det vil dog altid være en konkret vurdering. Mikael Marstal anfører i *Lønmodtagernes beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 46ff., at omplaceringspligten for gravide og barslende går videre end i ”den almindelige ansættelsesret”, idet omplacering med eventuel efterfølgende uddannelse/oplæring skal foretages, uanset, at en anden medarbejder må afskediges.

¹¹⁹ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer*, bind 2 s. 168

¹²⁰ 1998, 2. udgave, s. 548

¹²¹ Se i øvrigt pkt. 5.1 om begrebet fertilitetsbehandling.

¹²² S. 296, U 2001 B s. 291

¹²³ Samme vurdering ses hos Mikael Marstal i artiklen *Næsten gravid?*, Advokaten, september 2011

der i 2008 indledte et fertilitetsbehandlingsforløb. Som et (afsluttende) led i behandlingen fik hun den 23. februar 2009 opsat befrugtede æg i livmoderen. Cirka 14 dage efter kunne det med en graviditetstest konstateres, at det var lykkedes at fastholde graviditeten. 3 dage efter opsætningen af æggene - 26. februar 2009 – blev AT opsagt uanset, at arbejdsgiveren (AG) var bekendt med hendes fertilitetsbehandlinger. Opsigelsen var begrundet i omstrukturering og arbejdsnedgang. I april 2009 blev det konstateret, at graviditeten var ophørt. AG blev senere samme år erklæret konkurs.

Landsretten lagde ikke vægt på undfangelsestidspunktet uanset, at det f.v.s.a. fertilitetsbehandlinger kan fastslås og dokumenteres ret præcist i modsætning til ”normale” undfangelser. Advokat Mikael Marstal, der førte sagen for den afskedigede arbejdstager, er uenig i landsrettens dom. Han anfører, at graviditeten må være indtrådt på tidspunktet for opsætningen af befrugtede æg (undfangelsen), hvis en senere kontrol kan bekræfte graviditeten (konstateringstidspunktet).¹²⁴ Det var til retssagen undersøgt, hvornår en graviditet indtræder i medicinsk forstand. Konklusionen herpå er, at det ikke kan fastsættes helt præcist.¹²⁵ Vestre Landsret har med sin afgørelse slået fast, at det skal være muligt at konstatere en graviditet på opsigelsestidspunktet før LBL § 16, stk. 4 finder anvendelse.

Dette er dog ikke nye toner fra domstolene. I U 2000.970 Ø var en kvindelig frisør blevet afskediget dagen efter sin insemination. Hun mente herefter, at arbejdsgiveren skulle bevise, at afskedigelsen ikke skyldtes hendes fertilitetsbehandlinger. Her fandt retten ikke et tilstrækkeligt grundlag for at omfatte perioden fra insemination til konstatering af graviditet af reglen om omvendt bevisbyrde.¹²⁶

Undfangelsestidspunktet er derimod afgørende i Charteret om Grundlæggende Rettigheder i den Europæiske Union. I forbindelse med Lissabontraktatens ikrafttrædelse i 2009 blev chartret juridisk bindende på traktatniveau gennem en henvisning i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). Ifølge chartrets artikel 33, stk. 2 har enhver ret til at være beskyttet mod afskedigelse på grund af graviditet og barsel med henblik på at kunne forene familieliv og arbejdsliv. Af forklaringerne til chartret fremgår det, at artiklen bl.a. bygger på graviditetsdirektivet, og at *graviditet og barsel omfatter perioden fra undfangelsen til amningens ophør*.¹²⁷ Der er så vidt vides ikke argumenteret for en fortolkning i overensstemmelse hermed i hverken dansk teori eller praksis. Dette skyldes formentlig, dels at danske advokater generelt er noget tilbageholdende med at påberåbe sig internationale regelsæt, der ikke er implementeret i dansk ret, dels manglende kendskab til det pågældende regelsæt. Der er dermed ikke tradition for, at der procederes herpå for de danske domstole, men eftersom den danske lovgivning er udarbejdet på baggrund af direktiver, udgør forklaringerne til chartret alligevel et betydnings-

¹²⁴ Mikael Marstal, *Næsten gravid?*, Advokaten, september 2011

¹²⁵ Udover befrugtning af ægget er det en forudsætning for graviditet, at ægget har sat sig fast i livmoderslimhinden.

¹²⁶ Arbejdsgiveren blev i øvrigt frifundet, idet revisoren kunne bekræfte, at afskedigelsen var begrundet i driftsmæssige hensyn. På grund af den nære tidsmæssige sammenhæng mellem fertilitetsbehandlingen og afskedigelsen ville forholdet i dag efter al sandsynlighed skulle behandles efter LBL § 16a. Resultatet ville dog formentlig blive det samme set i lyset af, at revisorens forklaring om virksomhedens svigtende økonomi blev lagt til grund i rettens afgørelse.

¹²⁷ Forklaringerne findes via Justitsministeriet og Adgangen til EU-lovgivningen:

<http://eur-lex.europa.eu/da/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303DA.01001701.htm>

http://www.justitsministeriet.dk/fileadmin/filer/ikoner/Forklaringer_til_Chartret_om_grundlaeggende_rettigheder.pdf

fuldt fortolkningsbidrag. Det bliver derfor interessant at se, om charteret på et tidspunkt vil få indflydelse på rettighederne for arbejdstagere, der forsøger at opnå graviditet ved kunstig befrugtning.

6.2 Delt bevisbyrde - LBL § 16a

Anvendelsesområdet for den delte bevisbyrde er bredere end for den omvendte bevisbyrde, der kun vedrører afskedigelse i specifikke situationer – som f.eks. under graviditet. Såfremt en person anser sig for krænkede efter LBL § 9 og ikke er omfattet af § 16, stk. 4, er det ifølge § 16a denne person, der skal påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Det betyder, at arbejdstageren skal sandsynliggøre, at der har fundet forskelsbehandling sted. Hvis sådanne omstændigheder kan påvises, påhviler det herefter modparten (arbejdsgiver) at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er overtrådt. Bestemmelsen blev implementeret efter bevisbyrdedirektivet¹²⁸ for at sikre en effektiv gennemførelse af princippet om ligebehandling. Bestemmelsen har dermed løst en – indtil da – stor problemstilling om, at arbejdsgiver sad inde med den relevante information og dokumentation, hvorfor en forskelsbehandling kunne være meget svær at bevise.¹²⁹

Den delte bevisbyrde har været anvendt i afskedigelsessager efter LBL § 9, hvor § 16, stk. 4 ikke har fundet anvendelse. F.eks. i forbindelse med fertilitetsbehandlinger og orlov.

Den tidsmæssige rækkevidde af forbuddet i § 9 er indtil det tidspunkt, hvor arbejdstageren vender tilbage fra barsel. En afskedigelse foretaget efter barselorslovens afslutning kan alligevel være i strid med forbuddet, såfremt den er sket på grund af graviditet og barsel.¹³⁰ I så fald vil det også være § 16a, som finder anvendelse.

6.2.1 Særligt om fertilitetsbehandlinger:

Af lovforslaget fremgår det, at indførelsen af en delt bevisbyrde formentlig ændrer retsstillingen for en arbejdstager i situationer, hvor det er meddelt, eller det på anden vis er blevet arbejdsgiveren bekendt, at hun forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning.¹³¹ Herefter henvises til **U 2009.970 Ø**¹³², hvor det blev understreget, at der ikke er belæg for at antage, at den omvendte bevisbyrde kan avendes i perioden fra insemination til konstatering af graviditet. § 16a er herefter anvendt i samtlige sager om afskedigelse på grund af fertilitetsbehandling, hvis arbejdstageren har kunnet påvise faktiske omstændigheder.

6.2.2 Definition af en ”faktisk omstændighed”

¹²⁸ Se pkt. 2.1.3

¹²⁹ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer*, bind 2 s. 169

¹³⁰ Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselorslov s. 6

¹³¹ Forslag til Lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorslov m.fl., LFF2000-2001.1.78 s. 10

¹³² Se evt. domsreferat under pkt. 6.1.1.

I U 2010.2282 V tog retten stilling til, hvorvidt LBL § 9 var overtrådt ved undladelse af at fastansætte en midlertidigt ansat vikar (AT) i et større supermarked (AG). Sagens omdrejningspunkt var, hvorvidt AT's oplysning om, at hun var i fertilitetsbehandling, var tilstrækkelig til at udgøre en "faktisk omstændighed", jf. § 16 a. AT påstod for retten, at hun var fuldt ud kvalificeret til én af de (mange) ledige stillinger, der havde været i virksomheden, og at den eneste årsag til, at hun ikke kunne blive efter vikariatets udløb var hendes oplysning om fertilitetsbehandling. AG påstod, at alene AT's kvalifikationer var blevet vurderet, og at der ikke var påvist særlige momenter, der kunne give en formodning for, at AG havde handlet i strid med LBL. Byretten gav AT medhold, da der ikke var givet en begrundelse for, at hun ikke kunne blive fastansat, og da nye medarbejdere var blevet ansat i samme periode. Landsretten nåede derimod til et andet resultat, da man ikke fandt, at der var påvist faktiske omstændigheder, som fik bevisbyrden til at vende efter § 16a, idet der var tale om en stor virksomhed, som var vant til at håndtere gravide ansatte, og da AG – ifølge begge parter – havde udvist forståelse for fertilitetsbehandlingerne.

På baggrund af den konkrete dom kan det næppe udledes, at der er en formodning imod forskelsbehandling, såfremt der er tale om en større virksomhed, der er vant til at håndtere gravide ansatte, men det vil i hvert fald gøre det lettere for arbejdsgiver at løfte sin bevisbyrde.

I dommen fremgår det, at den blotte oplysning, om at arbejdstageren undgår fertilitetsbehandling ikke i sig selv kan udgøre en faktisk omstændighed. I U 2011. 17 V¹³³ var det imidlertid en faktisk omstændighed, der var egnet til at skabe en formodning for forskelsbehandling, at arbejdsgiveren var bekendt med opsætningen af befrugtede æg.

6.2.2.1 Betydningen af en "tidsmæssig sammenhæng"

Den tidsmæssige sammenhæng mellem arbejdstagerens oplysning om fertilitetsbehandling og opsigelsen er i praksis blevet et afgørende moment for, om der foreligger en faktisk omstændighed. Det er derfor væsentligt at fastlægge, hvor lang en periode, der kvalificeres som en tidsmæssig sammenhæng. Af **Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 29. januar 2010** kan det udledes, at en periode på ca. 1½ år fra oplysning om fertilitetsbehandling til afskedigelse ikke er en sådan tidsmæssig sammenhæng, der kan udgøre en faktisk omstændighed, jf. LBL § 16 a. I januar 2008 indgik en it-konsulent (AT) under henvisning til sin fertilitetsbehandling aftale om sygedagpenge.¹³⁴ Hun var igennem flere behandlingsforløb, bl.a. i maj 2009. Samme måned opsagde virksomheden (AG) tre øvrige ansatte, og 2. juni 2009 blev også AT opsagt p.g.a. manglende opgaver. Nævnet lagde ved sin afgørelse vægt på, at der ikke var en tidsmæssig sammenhæng mellem AT's oplysning om, at hun var påbegyndt fertilitetsbehandling i januar 2008 og hendes afskedigelse i juni 2009. Herudover lagde Nævnet vægt på, at der også blev afskediget yderligere 3 ansatte. Der var derfor *ikke* påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling.

¹³³ Se yderligere under pkt. 6.1.1

¹³⁴ Efter dagpengelovens § 56 er der mulighed for, at arbejdsgivere der beskæftiger medarbejdere, hvis fraværsrisiko på grund af sygdom er væsentligt forøget, kan få refunderet udgifter til sygedagpenge. En sådan aftale indgås ofte også for kvinder, der har højere fravær fra arbejdspladsen p.g.a. fertilitetsbehandling. På grund af denne aftale blev det derfor – i den konkrete sag – AG bekendt, at AT var i fertilitetsbehandling.

I **Østre Landsrets dom af 10. september 2010** fandt retten det godtgjort, at arbejdsgiverens beslutning om afskedigelse ikke var begrundet i den ansattes fertilitetsbehandlinger. Sagen omhandlede en tegnsprogstolk (AT), der medio marts 2007 havde meddelt sin arbejdsgiver (AG), at hun påbegyndte fertilitetsbehandlinger. AT udtalte for retten, at hun ikke konkret havde oplevet, at fertilitetsbehandlingerne havde haft betydning for ansættelsesforholdet. AT blev varslet om afskedigelsen ved brev den 1. maj 2007 og afskediget den 29. maj 2007. På grund af den tidsmæssige sammenhæng mellem oplysningen og afskedigelsen fandt Landsretten, at der var påvist omstændigheder, som gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling mod AT. LBL § 16a fandt således anvendelse. AG løftede sin bevisbyrde, idet der i foråret 2007 havde været økonomisk nødvendigt at afskedige nogle af tegnsprogstolkene. Det følger af den almindelige ledelsesret, at arbejdsgiveren i en sådan situation har beføjelse til ud fra saglige hensyn at skønne, hvem der bedst kan undværes. AT var blevet bedømt konkret af sine nærmeste foresatte ud fra saglige og gennemskuelige kriterier, men opnåede i denne sammenhæng ikke nok points. Det fandtes derfor godtgjort, at afskedigelsen ikke var begrundet i AT's påbegyndte fertilitetsbehandlinger. Af dommen kan det udledes, at 2½ måned fra oplysning om fertilitetsbehandling til afskedigelse er en "tæt tidsmæssig sammenhæng", som kan udgøre en faktisk omstændighed i § 16a's forstand.¹³⁵

Det er af afgørende betydning, hvorvidt retten rent faktisk lægger vægt på den "oprindelige"/"første" oplysning om fertilitetsbehandling, eller det tidspunkt, hvor arbejdstageren senest har været fraværende p.g.a. behandlingerne. I U **2009.323 V** vurderede byretten og landsretten den tidsmæssige sammenhæng mellem oplysningen om et fertilitetsbehandlingsforløb og afskedigelse forskelligt. Byretten lagde bl.a. vægt på, at der gik 5 mdr. fra arbejdsgiveren blev oplyst om fertilitetsbehandling til afskedigelsen. Begrundelsen "*Da afskedigelsen af ham således først fandt sted, ca. 5 måneder efter..*" tyder på, at retten ikke anså 5 mdr. for en nær tidsmæssig sammenhæng. AG blev i stedet dømt til at betale end godtgørelse i henhold til FUL § 2b om usaglig afskedigelse, idet der bl.a. kort tid efter afskedigelsen blev ansat en ny grafiker. Landsretten tog i modsætning til byretten ikke udgangspunkt i, hvornår arbejdstageren havde oplyst om sin kærestes fertilitetsbehandling, men derimod hvornår han senest havde anmodet om fri til behandlingerne. Da der kun var tale om få dage fra sidste behandling, var der tale om en nær tidsmæssig sammenhæng.¹³⁶

At afskedigelsen først gennemførtes et vist tidsrum efter arbejdsgiveren var blevet bekendt med fertilitetsbehandlingsforløbet afkræftede derfor ikke formodningen for, at afskedigelsen var begrundet deri.

I **Københavns byrets dom af 22. januar 2011**¹³⁷ var der tale om en meget nær tidsmæssig sammenhæng. Sagen omhandlede en advokat (AT) på et mindre advokatkontor, som over frokosten havde fortalt sin chef (AG), at hun var i fertilitetsbehandling. Om eftermiddagen samme dag fik hun udleveret en opsigelse. AG anførte, at beslutningen om afskedigelse var begrundet i virksomhedens svigtende økonomi, og at den i øvrigt var truffet før hendes afskedigelse. Byretten fandt ikke, at AG havde løftet sin bevisbyrde, blandt andet fordi det af filegenskaberne på computeren fremgik, at "opsigelsesskrivelsen" var en version 2, der blev redigeret umiddelbart efter frokosten, og at der på tidspunktet for opsigelsen ikke var ændringer i firmaets driftsforhold, der kunne begrunde en opsigelse. Endelig blev det også tillagt betydning, at AG har ansat

¹³⁵ Fyringsrunden blev dog varslet allerede 1½ måned efter AT's oplysning om fertilitetsbehandling.

¹³⁶ AG kunne ikke løfte sin bevisbyrde, hvorfor AT blev tilkendt en godtgørelse.

¹³⁷ Dommen er modtaget - efter anmodning - i anonymiseret form fra den juridiske enhed hos DJØF. Se bilag

en ny i AT's stilling. Dommen, der er anket til landsretten, er medtaget heri for at illustrere, at der også kan være en *meget* nær tidsmæssig sammenhæng i sager, hvor arbejdsgiver hævder, at beslutningen blev truffet før arbejdstagerens oplysning.

En meget nær tidsmæssig sammenhæng er dog ikke alene tilstrækkelig. Dette illustreres i **Vestre Landsrets dom af 28. januar 2011**, hvor arbejdstageren (AT) hverken var gravid eller over for sin arbejdsgiver (AG) havde givet udtryk for, at hun ønskede at blive det. AT blev afskediget to dage efter, hun havde oplyst AG om, at hendes ægtefælle ønskede et barn mere. Da der ikke var bibragt en opfattelse af, at den ansatte var gravid eller ønskede at blive det, var der ikke påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling. Herudover blev det tillagt betydning, at den ansatte få uger før opsigelsen havde givet udtryk for, at hun ikke trivedes i jobbet.

6.2.3 Arbejdsgivers forsøg på at løfte bevisbyrden

Når først der er påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling, påhviler bevisbyrden arbejdsgiver. Denne bevisbyrde løftes typisk, såfremt arbejdsgiveren kan bevise, at der er en væsentlig omsætningsnedgang, der har gjort det nødvendigt at afskedige den ansatte, og at dette er udført ud fra saglige hensyn. Se endvidere ovenfor under punkterne 4.2.2 og 4.2.3 om afskedigelser begrundet i henholdsvis arbejdsgivers og arbejdstagers forhold.

6.2.3.1 Arbejdsgiver løfter bevisbyrden

I **Østre Landsret dom af 10. september 2010**¹³⁸ fandt retten det bevist, at der var en omsætningsnedgang, der gjorde det nødvendigt at afskedige flere ansatte. De kriterier, man havde brugt til at vurdere, hvem man ville beholde, var saglige og gennemskuelige og var blevet vurderet konkret i forhold til den enkelte ansatte. Tilsvarende gjorde sig gældende i **Ligestillingsnævnets afgørelse af 11. december 2007**¹³⁹, hvor arbejdsgiveren løftede sin bevisbyrde efter § 16a til trods for at arbejdstageren blev opsagt i et fertilitetsbehandlingsforløb og 10 dage forinden havde haft fri hertil. Bevisbyrden blev løftet ved at fremlægge dokumentation for at salgstallene ikke levede op til det mellem parterne aftalte. Dette er et eksempel på, at det er af afgørende betydning, at omsætningsnedgangen kan dokumenteres, da det er en hyppig ”undskyldning” i afskedigelsessager.

6.2.3.2 Arbejdsgiver løfter ikke bevisbyrden

Arbejdsgiveren formåede ikke at bevise sin omsætningsnedgang i **Ligestillingsnævnets afgørelse af 23. marts 2006**.¹⁴⁰ På grund af en tæt tidsmæssig sammenhæng mellem meddelelsen om fertilitetsbehandling og afskedigelsen, fandt nævnet, at der var påvist faktiske omstændigheder, jf. LBL § 16a. Arbejdsgiverens begrundelse for afskedigelsen om omsætningsnedgang harmonerede dog ikke med, at han kort forinden havde omtalt ferieplaner for sommerferien (flere måneder senere), ligesom at virksomhedens omsætningsnedgang i øvrigt var kendt noget

¹³⁸ Se evt. domsgennemgang under pkt. 6.2.2.1

¹³⁹ nr. 33/2007

¹⁴⁰ nr. 5/2006

tid i forvejen. Arbejdstager blev derfor tilkendt en godtgørelse. Man kom frem til det samme resultat i **Østre Landsrets dom af 18. august 2011**. Landsretten godtog ikke en virksomheds forklaring om, at afskedigelsen var begrundet i svigtende økonomi og ikke i den ansattes fertilitetsbehandlinger. En Annoncekonsulent (AT) blev i februar 2008 ansat hos en virksomhed (AG). Ved brev af 30. juni 2009 blev AT opsagt under henvisning til svigtende resultater. Det blev for retten forklaret, at virksomheden havde truffet beslutningen om afskedigelse af AT i april eller maj måned. AT var imidlertid i et fertilitetsbehandlingsforløb i de anførte måneder, hvilket AG var orienteret om. LBL § 9 og bevisbyrdereglen i LBL § 16a fandt derfor anvendelse. Da AT's præstation aldrig var blevet påtalt, og da det i øvrigt fandtes bevist, at en ny medarbejder var blevet ansat blandt andet med henblik på at skulle overtage AT's kunder, fandtes AG ikke at have løftet sin bevisbyrde. Dommene illustrerer, at det bliver endnu sværere for arbejdsgiver at løfte sin bevisbyrde, hvis begrundelsen for afskedigelsen ikke stemmer overens med de faktiske omstændigheder.

I **Østre Landsrets dom af 30. maj 2008** tog retten stilling til en sag, hvor en bedemandsforretning (AG) hævdede, at en afskedigelse skyldtes den ansattes (AT) fejl. AT startede som bedemand hos AG i september 2004. I oktober 2005 blev AG informeret om, at AT var i udredning for barnløshed. En måned senere modtog AG en skriftlig advarsel om, at hun havde overtrådt virksomhedens interne retningslinier. Nogle måneder senere – 15. februar 2006 - modtog AT endnu en advarsel om fejl og mangler i sit papirarbejde. AT blev sygemeldt fra den 17. februar og indtil juli på grund af et psykisk dårligt arbejdsmiljø, der var resultatet af et ledelseskifte hos AG. Den 22. februar 2006 – en uge efter seneste advarsel og 5 dage efter sygemeldingen - blev AT opsagt under henvisning til tidligere advarsler. Byretten fandt, at den tidsmæssige sammenhæng mellem oplysningen om fertilitetsbehandling og den første advarsel var en faktisk omstændighed, der gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling, jf. § 16a. Under henvisning til at AT p.g.a. sygemeldingen ikke havde en reel mulighed for at rette op på de påtalte fejl fandt retten, at AG ikke havde løftet sin bevisbyrde. AT blev herefter tilkendt en godtgørelse svarende til 9 måneders løn.¹⁴¹

Arbejdsgiver vil altid få svært ved at løfte sin bevisbyrde, såfremt der kort tid efter opsigelsen annonceres efter en ny medarbejder.¹⁴²

6.3 Sammenfatning

Det kan konkluderes, at den omvendte bevisbyrde efter § 16, stk. 4 først finder anvendelse fra det tidspunkt, hvor det er muligt at konstatere en graviditet og dermed ikke fra undfangelsestidspunktet. H.G. Carlsen er ikke overbevist om, at de strenge bevisbyrderegler er i funktionærens interesse, idet lovgivningen kan ramme virksomhederne urimeligt hårdt og *må tilskynde dem til at overveje, hvorvidt det er forsvarligt at ansætte kvinder i fødedygtig alder*. Såfremt en arbejdsgiver påtænker at opsiges en arbejdstager i den fødedygtige alder, vil det derfor være i dennes interesse at afgive opsigelsen hurtigst muligt (inden arbejdstageren er – eller forsøger – at blive gravid). Omvendt vil arbejdstageren have en interesse i at oplyse sin arbejdsgiver om en graviditet så tidligt i forløbet som overhovedet muligt. Dette frygter H.G. Carlsen kan føre

¹⁴¹ Spørgsmålet om hvor langt i sit fertilitetsforløb AT var, var ikke til genstand for diskussion under sagen. Arbejdsgiveren blev dømt for en overtrædelse af LBL § 9. Se evt. Vestre Landsret dom af 17. august 2010, hvor en arbejdstager under udredning ikke fandtes at være omfattet af beskyttelsen i § 9.

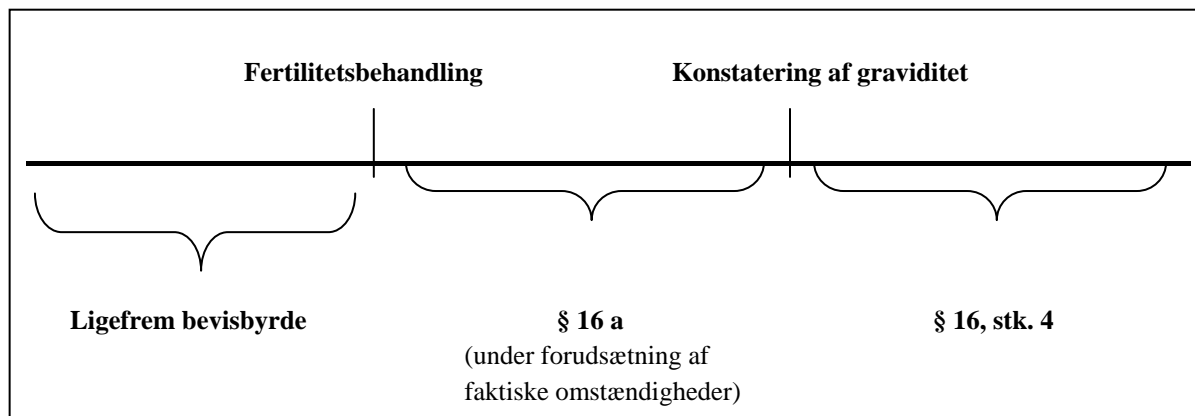
¹⁴² Mikael Marstal: *Lønmodtagernes beskyttelse ved graviditet, barsel og adoption*, s. 27-28

til et misbrug af beskyttelsesreglerne, således at en arbejdstager ved flere på hinanden følgende graviditeter kan være borte fra virksomheden i årevis og stadig have krav på stillingen.¹⁴³

Anvendelsesområdet for § 16a om delt bevisbyrde er bredere end for § 16, stk. 4. For at vælte bevisbyrden over på arbejdsgiver, må arbejdstager påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Den blotte oplysning om, at arbejdstageren undergår fertilitetsbehandling er ikke i sig selv tilstrækkelig til at udgøre en faktisk omstændighed. Derimod vil en mere konkret oplysning kunne udgøre en faktisk omstændighed. Det kunne f.eks. være oplysning om, at arbejdstageren skal have opsat befrugtede æg en bestemt dato. Generelt set kan det konstateres, at der lægges stor vægt på tidsrummet mellem meddelelsen om fertilitetsbehandling og afskedigelsen. Ud fra praksis vil en ”nær tidsmæssig sammenhæng” kunne udgøre en faktisk omstændighed. Det ligger imidlertid ikke helt fast, hvornår det er *nært*. Tidsrummet fra oplysningen om fertilitetsbehandling til et par måneder senere er ifølge praksis nært. I sager med længere tidsrum, har domstolene alligevel anset en faktisk omstændighed for påvist, hvis der er en nær tidsmæssig sammenhæng mellem afskedigelsen og den dag, arbejdstageren senest har haft fravær fra arbejdet i forbindelse med behandlingerne.

Det vil altid bero på en samlet vurdering af de konkrete omstændigheder, hvorvidt arbejdsgiver kan løfte bevisbyrden efter § 16 a og § 16, stk. 4. Det er af stor betydning om arbejdsgiverens begrundelse for opsigelsen (f.eks. svigtende økonomi eller omstruktureringer) reelt efterleves. Retten vurderer derfor, om den sagsøgte arbejdsgiver kan dokumentere et driftsmæssigt eller økonomisk behov for at afskedige lønmodtageren.¹⁴⁴

Til illustration af anvendelsesområdet for henholdsvis § 16, stk. 4 og § 16a:



7 Underkendelse og godtgørelse

Overtrædelse af LBL § 9 medfører ifølge § 16, at afskedigelsen underkendes, eller at der udbetales en godtgørelse. Der ses eksempler på, at domstolene tilkender godtgørelse efter FUL § 2b,

¹⁴³ H.G. Carlsen, *Dansk Funktionærret*, S. 344-345

¹⁴⁴ Se I øvrigt pkt. 4.2.2 og 4.2.3 om afskedigelser begrundet i henholdsvis arbejdstagers og arbejdsgivers forhold.

hvor betingelserne for at yde godtgørelse efter LBL § 16 ikke har været til stede. Det er imidlertid ikke sædvanligt, at der gives godtgørelse efter begge regelsæt samtidig.

7.1 Underkendelse af afskedigelse jf. LBL § 16, stk. 1

En afskedigelse i strid med LBL § 9 kan efter § 16, stk. 1 underkendes *efter påstand*. Herefter fortsætter ansættelsen/arbejdstageren genansættes med bevarelse af sine ansættelsesretlige rettigheder, som f.eks. anciennitet. Sagen må behandles hurtigt, hvis underkendelsen skal have en reel betydning.¹⁴⁵ Arbejdstagen kan dog næppe kræve, at blive indsat i *præcist den samme stilling*, som denne blev opsagt fra. Lovens udgangspunkt om underkendelse undtages f.s.v.a. tilfælde, hvor det efter en afvejning af parternes interesser er åbenbart urimeligt at kræve ansættelsesforholdet opretholdt eller genoprettet.¹⁴⁶ Dette vil være tilfældet, såfremt forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager er belastet som følge af afskedigelsen.¹⁴⁷ Det er sparsomt med retspraksis om underkendelse efter LBL § 16, stk. 1, men gengivelser af forlig indgået af arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer viser, at der er tvister, som løses ved fortsættelse af ansættelsesforholdet.

7.2 Godtgørelse for afskedigelser i strid med LBL §§ 2-4

Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-5, kan tilkendes en godtgørelse, jf. LBL § 14. Sker afskedigelsen på grund af et fremsat krav om ligebehandling efter §§ 2-4, fastsættes godtgørelsen efter § 15, stk. 2, under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder.

7.3 Godtgørelse jf. LBL § 16, stk. 2 og stk. 3

Såfremt en lønmodtager afskediges i strid med § 9 og afskedigelsen ikke underkendes, skal arbejdsgiveren betale en godtgørelse, som ifølge § 16, stk. 3 fastsættes under hensyn til *ansættelsestiden og sagens omstændigheder i øvrigt*.

I 2009 blev der tilkendt en godtgørelse i 6 af de 7 sager om afskedigelse i forbindelse med graviditet, barsel og forældreorlov, der var indklaget til Ligebehandlingsnævnet. Der blev i 2010 tilkendt godtgørelse i 19 af 32 sager.¹⁴⁸ I de sager hvor der ikke blev tilkendt godtgørelse, skyldtes det i særlig grad, at arbejdsgiveren havde løftet sin bevisbyrde ved at fremlægge dokumentation for virksomhedens skrantende økonomi. Det er her vigtigt at have for øje, at det forhold, at opsigelsen sker på grund af dårlig økonomi (f.eks. i forbindelse med en fyringsrunde) ikke i sig selv er afgørende for, om virksomheden har overtrådt LBL eller ej. Arbejdsgiver skal stadig godtgøre, at opsigelsen ikke var begrundet i den afskediges graviditet, orlov eller adoption.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer, bind 2* s. 159

¹⁴⁶ Ole Hasselbalch: *Ansættelsesret og personalejura* s. 261

¹⁴⁷ Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov s. 4 og 7

¹⁴⁸ Ligebehandlingsnævnet, Årsberetning 2010 s. 8

¹⁴⁹ Ligebehandlingsnævnet, Årsberetning 2010 s. 9

7.3.1 Godtgørelsesniveauet¹⁵⁰

Det fremgår af ligebehandlingsdirektivet og graviditetsdirektivet, at sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning.¹⁵¹ Før dette fremgik det også af **C-180/95**¹⁵², at den - for at være egnet til at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse - må have en reelt afskrækkende virkning over for arbejdsgiveren og stå i et rimeligt forhold til skaden. En rent symbolsk godtgørelse ville derfor ikke være tilstrækkelig til at sikre kravet om en effektiv gennemførelse af direktivet. Godtgørelsesniveauet fremgår hverken af LBL eller de danske forarbejder dertil, og det er derfor overladt til praksis.

Som det vil fremgå nedenfor er ansættelsestiden af afgørende betydning for godtgørelsens størrelse, idet der i retspraksis har udviklet sig en kutyme for, at godtgørelserne typisk tilkendes i en størrelsesorden svarende til 6, 9 eller 12 måneders løn.

I § 16, stk. 3 fremgår det, at ”sagens omstændigheder i øvrigt” har betydning. Efter gennemgang af alle de i nærværende speciale angivne domme, kan det konstateres, at der i begrundelserne enten står *godtgørelsen fastsættes under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt til kr...*, eller også fremgår det af begrundelsen blot, at *godtgørelsen er fastsat under hensyn til sagsøgerens anciennitet*. Ingen af afgørelserne henviser til andre specifikke hensyn. I teorien redegøres der imidlertid for, at øvrige omstændigheder kan være alder, overtrædelsens grovhed, økonomi og efterfølgende arbejdsløshed.¹⁵³ I denne forbindelse henvises til domme, hvor det blev tillagt betydning for godtgørelsesudmålingen, at lønmodtageren ikke havde været i stand til at finde en anden beskæftigelse og domme, hvor det blev tillagt betydning, at arbejdsgiverens retsbrud havde medført *betydelige og forventelige negative følger* for arbejdstagerens karriereforløb.

Til trods for at bestemmelserne § 15, stk. 2 og § 16, stk. 2 og 3 umiddelbart er enslydende, er der store forskelle i godtgørelsesniveauet efter § 4 (det generelle forbud om forskelsbehandling på grund af køn) og § 9 (forskelsbehandling i forbindelse med graviditet, barsel og adoption). Tidligere var der et maksimum på 39 ugers løn efter § 4 og 78 uger efter § 9. Denne forskel i godtgørelsernes størrelse ses stadig til trods for, at der ikke længere er et loft for godtgørelserne. Ophævelsen skete med ændringsdirektivet¹⁵⁴, som foreskriver, at en forudgående fastsættelse af et maksimum kan udelukke en effektiv erstatning.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Finn Schwartz og Jens Jakob Hartmann: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet* s. 337-339

¹⁵¹ Betragtning 22 i direktiv 2002/73/EF (ændringsdirektivet til ligebehandlingsdirektivet) og betragtning 35 i direktiv 2006/54/EF (kønsligestillingsdirektivet)

¹⁵² Præmis 25

¹⁵³ Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov s. 8, Mikael Marstal: *Lønmodtagernes beskyttelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 40 samt Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer, bind 2*, s. 163-164

¹⁵⁴ Direktiv 2002/73/EF, pkt. 2.1.1.

¹⁵⁵ Betragtning 18, direktiv 2002/73 og Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer, bind 2* s. 160 med henvisning til C-180/95, som nævnt ovenfor.

7.3.1.1 Godtgørelser svarende til 6 måneders løn

Som nævnt ovenfor spiller ancienniteten en væsentlig rolle ved fastsættelse af godtgørelsens størrelse. Der er i praksis ikke set lavere godtgørelser efter § 16, stk. 2 og 3, end hvad der svarer til 6 måneders løn. I Vestre Landsrets dom af 20. december 2007 havde arbejdstageren været ansat i knapt 2 år. Her udtalte retten, at godtgørelsen *under hensyn til ansættelsesforholdets korte varighed* blev fastsat til et beløb svarende til 6 måneders løn. En godtgørelse svarende til 6 måneders løn er også tilkendt i forbindelse med ansættelser af kortere varighed, herunder ansættelser af 2½ måneds til 1½ års varighed.¹⁵⁶

Efter **U 2002.2435 3/H**¹⁵⁷ er det sikkert, at en godtgørelse svarende til 6 måneders løn udgør et absolut minimum.¹⁵⁸ Sagen omhandlede en vikar i en tidsbegrænset stilling. Højesteret fandt, at der ved udmålingen af godtgørelsen ikke bør ske fravigelse af de godtgørelsesniveauer, der er udviklet i retspraksis for arbejdsaftaler indgået for et ubestemt tidsrum.¹⁵⁹ Godtgørelsen blev herefter fastsat svarende til 6 måneders løn med udgangspunkt i arbejdstagerens faktiske ansættelsestid på 3 måneder. Dommen har siden dannet udgangspunkt for afgørelser i andre sager om tidsbegrænsede ansættelser. I **U 2005.2269 V** gav hverken den relativt korte ansættelsesperiode eller udsigten til firing for vintersæsonen¹⁶⁰ grundlag for at fravige det af Højesteret fastsatte udgangspunkt.¹⁶¹ At minimumsgodtgørelsen er fastsat til et beløb svarende til 6 måneders løn kan også udledes af **Østre Landsrets dom af 10. maj 2010**, hvor en arbejdstager blev tilkendt en godtgørelse svarende til 6 måneders løn til trods for, at hun blot havde *16 dage* anciennitet.

7.3.1.2 Godtgørelser svarende til 9 måneders løn

En godtgørelse svarende til 9 måneders løn er langt det hyppigste. Til trods for at godtgørelserne når et relativt højt niveau, er det (stadig) sparsomt med begrundelsen for godtgørelsens størrelse. Se f.eks. **Østre Landsrets dom af 30. maj 2008**¹⁶², hvor retten udtalte, at godtgørelsen blev fastsat *efter ansættelsesforholdets varighed og omstændighederne i øvrigt*. Anderledes i **Vestre Landsrets dom af 31. maj 2010**¹⁶³, hvor retten udtalte, at godtgørelsen blev fastsat *under hensyntagen til sagsøgers ansættelsestid hos sagsøgte*, men ikke nævnte øvrige omstændigheder. I førstnævnte afgørelse havde arbejdstageren været ansat i 1½ år og i sidstnævnte 4 år. Disse repræsenterer udmærket andre uretmæssige afskedigelser af gravide m.fl., der, p.g.a. ancienniteten, formentlig ville udløse en godtgørelse svarende til 9 måneders løn.¹⁶⁴

¹⁵⁶ U 2004.2701 H (Pkt. 6.1), U 2003.603 H (pkt. 5.2), Ligestillingsnævnets afgørelse af 23. marts 2006 (pkt. 6.2.3.26.2.3) og Østre Landsrets dom af 18. august 2011, hvor arbejdstageren modtog opsigelsen efter 1½ års ansættelse, men beslutningen reelt var truffet tidligere – efter 1 år og et par måneders ansættelse.

¹⁵⁷ Dommen behandles i øvrigt ovenfor, pkt. 4.2.5.

¹⁵⁸ Dog ikke for overtrædelser vedrørende barselsloven, hvorefter mænd har ret til fædreorlov i 14 dage efter fødslen. I Østre Landsrets dom af 24. september 2003 blev en mandlig arbejdstager tilkendt en godtgørelse svarende til 3 måneders løn efter at være blevet afskediget, da han havde ønsket at afholde fædreorlov.

¹⁵⁹ S. 2443

¹⁶⁰ Arbejdstageren hjalp til med bl.a. landbrugsarbejde, herunder høst. Der var m.a.o. tale om sæsonbetonet arbejde.

¹⁶¹ S. 2275-2276

¹⁶² Pkt. 6.2.3

¹⁶³ Pkt. 4.2.2

¹⁶⁴ Se i øvrigt Vestre Landsrets dom af 28. oktober 2008 (pkt. 5.3) og Højesterets dom af 30. marts 2011 (pkt. 6.1), hvor der ligeledes blev tilkendt en godtgørelse svarende til 9 måneders løn for henholdsvis ansættelser af 3½ og 2½ års varighed.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 11. marts 2011¹⁶⁵ adskiller sig imidlertid, idet arbejdstageren blot havde været ansat i 11 måneder. Her tilkendte Nævnet en godtgørelse svarende til 9 måneders løn, uanset at arbejdstagerens organisation ikke havde nedlagt påstand om en godtgørelse svarende til mere end 6 måneders løn. Nævnet lagde ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse vægt på lønnens størrelse, ansættelsesperiodens længde og det i øvrigt oplyste i sagen. Nævnet har i denne forbindelse formentlig lagt vægt på, at virksomheden burde have (forsøgt) omplaceret kvinden. Sagen er efterfølgende indbragt for domstolene.

¹⁶⁵ Se også under pkt. 4.2.2

7.3.1.3 Godtgørelser svarende til 12 måneders løn

I **Ligestillingsnævnets afgørelse af 26. april 2004** blev der tilkendt en godtgørelse svarende til 12 måneders løn. Sagen omhandlede en handelsskolelærer, der var ansat på årsbasis. Hun fik i alt 16 genansættelser gennem 17 år. Havde Ligestillingsnævnet valgt at vurdere hvert ansættelsesforhold for sig, havde det formentlig ”kun” givet en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. Det forekommer derfor rigtigt, at Nævnet anså ansættelsesperioden som et hele.¹⁶⁶

Godtgørelser svarende til 12 måneders løn udgør det hidtidige maksimum i retspraksis. Disse er givet til ansættelsesforhold af betydelig længde. Se bl.a. **U 2009.1700 Ø**¹⁶⁷ og **U 2005.805 V**¹⁶⁸, hvor godtgørelsen, henset til at ansættelsesforholdenes varighed af 10 år, blev fastsat til et års løn.

I **Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 28. januar 2011**¹⁶⁹ havde arbejdstageren været ansat i 5 år og blev opsagt kort tid før sin termin på grund af virksomhedens svigtende økonomi. AT oplyste dog under sagen, at der havde været en dårlig økonomi i løbet af hele hendes ansættelse, og at virksomheden lukkede, da direktøren blev bekendt med AT's klage til Nævnet. Kurator i virksomhedens bo oplyste til sagen, at selskabet var under konkurs uden midler i boet.¹⁷⁰ Af Nævnets begrundelse fremgår det, at der ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse blev lagt vægt på ansættelsesperiodens længde og det i øvrigt oplyste i sagen.

Som nævnt ovenfor er der ved afskedigelser efter 4 års ansættelse givet en godtgørelse svarende til 9 måneders løn. Nævnets afgørelse kunne derfor tyde på, at ”skillelinien” mellem godtgørelser svarende til 9 og 12 måneders løn er ved tidspunktet mellem 4 og 5 års ansættelse. I modsat fald er det svært at forstå, hvad der i **Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 28. januar 2011** har adskilt sig særligt fra andre sager. Det kan overvejes, om Nævnet har ”givet lidt ekstra” under hensyn til, at arbejdstageren ikke risikerer at få det fulde godtgørelsesbeløb på grund af arbejdsgiverens konkurs. Ifølge en medarbejder hos Ankestyrelsen, har det i hvert fald næppe haft en betydning, at afskedigelsen er faldet så sent i forløbet, idet krænkelsen er den samme, uanset hvornår i graviditets- eller barselsforløbet man bliver opsagt.¹⁷¹

At skillelinien for godtgørelser svarende til 12 måneders løn skulle gå mellem 4 og 5 års ansættelse, harmonerer dog ikke med opfattelsen i *Ligestillingslovene med kommentarer*.¹⁷² Deri fremgår det, at godtgørelser svarende til 12 måneders løn kun tilkendes ved *betydelig anciennitet*.¹⁷³

¹⁶⁶ Sagen blev imidlertid indbragt for domstolene, hvor man ved et forlig accepterede en godtgørelse svarende til 9 måneders løn, jf. Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer, bind 2*, s. 163

¹⁶⁷ Domsreferat under pkt. 4.2.3.

¹⁶⁸ S. 810

¹⁶⁹ Det fremgår af afgørelsen, at godtgørelsen blev fastsat til kr. 375.000. En sagsbehandler hos Ankestyrelsen har til specialet oplyst, at beløbet svarer til 12 måneders løn.

¹⁷⁰ I de tilfælde, hvor klager får medhold i sin klage og bliver tilkendt en godtgørelse, og indklagede ikke kan/vil betale denne fordi de er under konkurs, da gælder de almindelige regler om konkurs, dvs. klager må anmelde sit krav i konkursboet.

¹⁷¹ Tilsvarende opfattelse hos Mikael Marstal, der argumenterer for, at en meget sen opsigelse kan forklares med, at virksomheden ikke var påvirket af graviditeten i *Lønmodtagernes beskyttelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 31-32.

¹⁷² Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer bind 2* s. 161

¹⁷³ Bogen er dog fra 2010 og har derfor ikke taget den refererede afgørelse i betragtning.

I **Ligestillingsnævnets afgørelse af 27. november 2006**¹⁷⁴ blev der tilkendt en godtgørelse svarende til 12 måneders løn til trods for at den afskedigede gravide kvinde (AT) kun havde været ansat i 14 måneder. Nævnet lagde ved sin afgørelse vægt på en mailkorrespondance mellem arbejdsgiveren og den HR-ansvarlige, der ved en fejl var tilsendt AT. Deraf fremgik, at oplysningen om graviditeten straks gav anledning til en undersøgelse af de retlige og økonomiske konsekvenser ved en opsigelse. At AT var ansat i USA og nødsaget til (som højgravid) at tage til Danmark for at finde et nyt job har sandsynligvis – i kombination med den fejlsendte mail – gjort udslaget for godtgørelsens størrelse.

I 2006 udmålte Retten i Brædstrup en godtgørelse svarende til 15 måneders løn med henvisning til arbejdstageren anciennitet (10 år). Godtgørelsen blev efterfølgende nedsat til et beløb svarende til 12 måneders løn med **Vestre Landsrets dom af 10. januar 2008**.¹⁷⁵

7.3.1.4 Overvejelser om godtgørelsesniveauet

Næstformand i HK, Mette Kindberg, har under den økonomiske krise oplevet, at tendensen til at fyre gravide har været opadgående, og at meget tyder på, at visse arbejdsgivere spekulerer i at fyre gravide i åbenlys strid med loven om ligebehandling. Hun anfører, at en ny bølge af sager om fyringer af gravide vil være det største tilbageslag for ligestillingen i Danmark i årtier.¹⁷⁶ Som Mikael Marstal anfører i sin artikel *Næsten gravid?* kan det være svært at vurdere, hvordan en sådan problemstilling forhindres, idet bevisbyrden allerede er på arbejdsgiver. Han anfører derfor, at godtgørelsesniveauet bør hæves. Det er i denne forbindelse ikke uvæsentligt, at alt for skrappe regler kan hindre ansættelsen af kvinder i den fødedygtige alder, som anført af H.G. Clausen.

7.4 Forlig

Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov udgivet i august 2011 er udarbejdet på baggrund af en høring af relevante arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer. Heri indgår også indholdet af forlig. På baggrund heraf konstateres det, at mange tvister mellem arbejdsgivere og lønmodtagere på det område løses ved forlig. På baggrund af de mange forlig på området formodes det, at reglen i LBL § 16, stk. 4 om omvendt bevisbyrde gør en forligsløsning attraktiv. Godtgørelserne følger normerne fra retspraksis.¹⁷⁷

7.5 Sammenfatning

Det er usikkert, hvor mange forlig der indgås. Fra domstolene og Nævn anvendes typisk godtgørelser frem for underkendelser. Retsspraksis har lagt sig fast på en minimumsgodtgørelse svarende til 6 måneders løn. Disse sager er typisk kendetegnet ved korte ansættelser. For en lidt

¹⁷⁴ 30/2006

¹⁷⁵ Dommen er refereret i Mikael Marstal: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption* s. 134

¹⁷⁶ Nyhedsmagasinet HK nr. 5 – 4. februar 2009: *Ugens klumme: Gravide er de første ofre*

¹⁷⁷ S. 4-5

længere anciennitet tilkendes typisk en godtgørelse svarende til 9 måneders løn. Ansættelser af længerevarende karakter – i hvert fald mere end 5 år, jf. nyeste praksis fra Ligebehandlingsnævnet, og i tilfælde af ”grove tilfælde” tilkendes godtgørelser svarende til 12 måneders løn. Der er endnu ikke endelige domme, hvor godtgørelsesniveauet overstiger dette.

Da en godtgørelse svarende til 12 måneders løn kun svarer til 2/3 af den tidligere maksimumgodtgørelse på 78 uger, kan det overvejes, om det af EU fastsatte mål om effektive sanktioner i form af godtgørelser er nået. Da det ikke har været hensigten at ændre på udmålingspraksissen, men alene at sikre, at der i enkeltstående tilfælde kan udmåles en større godtgørelse, kan det konkluderes, at ønsket om effektive sanktioner er gennemført korrekt i dansk ret.¹⁷⁸

8 Beskyttelsen i svensk og norsk ret

Graviditets- og barselsreglerne i Danmark adskiller sig fra de svenske og norske på tre områder; barslens længde, ret til betalt fædreorlov og længden af barslen f.s.v.a. familier med mere end ét barn.¹⁷⁹ Reglerne i Sverige, Norge og Danmark adskiller sig imidlertid ikke væsentligt på ligebehandlingsdirektivets område. Danmark har dog – i modsætning til de andre lande – haft problemer med at afgøre godtgørelsens størrelse. Kombination af det høje godtgørelsesniveau i Danmark og bevisbyrdereglerne udgør ifølge Finn Schwartz og Jonas Enkegaard en betydelig risiko for, at arbejdsgivere efter afskedigelse af ansatte omfattet af § 9, er nødt til at betale en betydelig godtgørelse.¹⁸⁰

Ifølge HK er Danmark nordisk mester i fyring af gravide målt i antal retssager. At de norske domstole kun sjældent behandler sager om opsigelse på grund af graviditet, betyder imidlertid ikke, at gravide ikke diskrimineres på anden vis. Der er eksempelvis flere sager om kvinder, der er gået glip af lønforhøjelser under barsel. Samme tendens ses i Sverige. Dette skyldes dels, at kun få svenske kvinder anmelder en forskelsbehandling, dels at sagerne ofte forliges og dermed ikke når til domstolene.¹⁸¹

Der er tilsyneladende ikke behandlet sager om afskedigelsesbeskyttelsen f.s.v.a. kvinder i fertilitetsbehandling i hverken Sverige eller Norge.

9 Konklusion

Specialet har beskrevet og analyseret afskedigelsesbeskyttelsen efter LBL § 9 for arbejdstagere, der er gravide og arbejdstagere i fertilitetsbehandling. Indledningsvis er der redegjort for de EU-retlige regler og principper, der danner grundlag for afskedigelsesbeskyttelsen efter LBL.

¹⁷⁸ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer bind 2* s. 161

¹⁷⁹ Finn Schwartz og Jonas Enkegaard: *Scandinavian Employment Law* s. 126

¹⁸⁰ Finn Schwartz og Jonas Enkegaard: *Jonas: Scandinavian Employment Law* s. 245

¹⁸¹ Nyhedsmagasinet HK nr. 7 – 25. februar 2009: *Danmark er nordisk mester i fyring af gravide*

Efter en analyse af retspraksis om afskedigelser af gravide arbejdstagere, kan det konkluderes, at beskyttelsen omfatter mænd som kvinder, til trods for at beskyttelsen i graviditetsdirektivets artikel 10 er kønsbestemt og kun gælder kvinder. Efter U 2009.323 V er det endvidere sikkert, at den i Danmark udvidede beskyttelse for mænd også gælder ved fertilitetsbehandlinger. Herefter er mandlige ansatte, hvis kærester modtager fertilitetsbehandling, omfattet på lige vilkår med de kvinder, der modtager behandlingen. Dette kan formentlig også udstrækkes til at gælde homoseksuelle partnere.

Det kan endvidere konkluderes, at det er uden betydning for beskyttelsen, om arbejdsgiver er bekendt med graviditeten. Kvinder i Danmark er derfor formelt bedre beskyttet end kvinder i flere andre medlemsstater, hvor arbejdsgiveren skal underrettes, før beskyttelsen indtræder. Reelt er forskellen i beskyttelsen ikke stor på grund af bevisbyrdereglerne, hvorefter en arbejdsgiver lettere kan godtgøre, at afskedigelsen ikke skyldtes graviditeten, såfremt han ikke er bekendt dermed.

Beskyttelsen efter § 9 finder anvendelse på alle ansættelser, uanset om det sker på individuelt eller kollektivt plan, er på deltid o.s.v. Selv en arbejdstager på en tidsbegrænset kontrakt, der på grund af sin graviditet ikke kan arbejde i en væsentlig del af den i kontrakten angivne periode, er beskyttet mod afskedigelse. Bestemmelsen finder endvidere anvendelse på graviditetsbetinget sygdom således, at arbejdstager kan tilkendes en godtgørelse for usaglig afskedigelse, hvis afskedigelsen skyldtes for højt sygefravær. Dette gælder uanset, om arbejdsgiver er bekendt med graviditeten og dermed "muligheden" for graviditetsbetinget sygdom. Såfremt en afskedigelse er begrundet i arbejdsgivers egne forhold, herunder f.eks. svigtende økonomi, er det af afgørende betydning, at han kan bevise dette. Afskedigelser begrundet i arbejdstagers forhold kræver, at de påberåbte forhold har været påtalt inden afskedigelsen, og at arbejdstageren har haft en (reel) mulighed for at ændre sin adfærd.

Hverken EU-direktiverne eller de danske forarbejder til LBL giver anledning til at antage, at arbejdstagere, der modtager fertilitetsbehandling, er omfattet af afskedigelsesbeskyttelsen. Dette er dog afklaret med bl.a. U 2003.603 H, der fastslår at beskyttelsen efter § 9 også omfatter tiden forud for graviditet. Det er herefter afgørende, at der er indledt en egentlig behandling, der har aktualiseret en mulighed for at opnå graviditet. En arbejdstager i udredningsfasen er derfor ikke omfattet. Den danske afskedigelsesbeskyttelse for arbejdstagere, der modtager fertilitetsbehandling, er udvidet i forhold til de EU-retlige forpligtelser. Ifølge EU-Domstolen er en kvinde, der er meget langt i sin fertilitetsbehandling ikke omfattet af graviditetsdirektivet, men kun ligebehandlingsdirektivet. Eftersom begge er implementeret ved LBL § 9, medfører det imidlertid ikke ændringer i dansk praksis. Sager, hvor selve fertilitetsbehandlingen udelukkende har bestået i hormonindsprøjtningerne, er endnu ikke behandlet. Det må dog forventes, at sådanne sager ligeledes vil være omfattet af § 9. Det vurderes herefter, at beskyttelsesniveauet for arbejdstagere, der modtager fertilitetsbehandling, er højt.

Efter analyse af de til § 9 knyttede bevisbyrderegler kan det konkluderes, at § 16, stk. 4 efter nyeste praksis kun finder anvendelse, når det er muligt at konstatere en graviditet på afskedigelsestidspunktet. En graviditet vil typisk kunne konstateres ca. 14 dage efter undfangelsen. Det betyder, at en arbejdstager i fertilitetsbehandling, der får opsat befrugtede æg, først er omfattet af den omvendt bevisbyrde efter ca. 14 dage. Indtil konstateringen vil situationen falde under § 16a om delt bevisbyrde, således at arbejdstageren skal påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Lykkes dette påhviler

bevisbyrden arbejdsgiver. I praksis har der ved vurderingen af, hvorvidt der er påvist faktiske omstændigheder typisk været fokuseret på den tidsmæssige sammenhæng mellem enten oplysningen om fertilitetsbehandling og afskedigelsen *eller* seneste fravær på grund af behandlingen og afskedigelsen. En periode på op til et par måneder synes efter praksis at være en nær tidsmæssig sammenhæng, der kan udgøre en faktisk omstændighed.

Årsagen til at kvinder i fertilitetsbehandling er omfattet af § 9 er, at arbejdsgiveren får et kendskab til sin arbejdstagers snarlige graviditet. Beskyttelsen bør dog ikke udstrækkes for vidt, idet arbejdstagere i så fald hurtigt ville forsøge at indfortolke tilsvarende for en kvinde, der oplyser sin arbejdsgiver om, at hun forsøger at blive gravid (på naturlig vis) ved samleje.

Afskedigelsesbeskyttelse af kvinder i fertilitetsbehandling ses undertiden også i fremmed ret, herunder i Israel, Australien og Canada.

En krænket arbejdstager har flere muligheder, når der skal anlægges sag med påstand om underkendelse eller godtgørelse. Dette kan ske hos flere organer, herunder oftest Ligebehandlingsnævnet eller domstolene. Henset til de fordelagtige vilkår for en arbejdstager der vinder sin sag, men ikke ser den efterlevet, er det en fordel at anlægge sagen ved Ligebehandlingsnævnet, således at Nævnet tager sagen til domstolene for egen regning. Fordelen ved Afskedigelsesnævnet er, at disse afgørelser er endelige og ikke kan indbringes for domstolene. Herved opnår man i hvert fald en hurtig afklaring, som for mange lønmodtagerne nok også kan være beroligende. Sager af principiel karakter eller sager der kræver bevisførelse i form af vidne- og partsforklaringer, vil med fordel kunne anlægges ved de almindelige domstole.

Såfremt en arbejdstager bliver usagligt afskediget, er der mulighed for at underkende afskedigelsen, hvorved arbejdstageren kan genindtræde i stillingen. Denne mulighed bruges dog kun sjældent, da forholdet mellem parterne typisk er skadet. Derfor ikendes typisk godtgørelser i stedet. Godtgørelsernes størrelse er afhængigt af flere parametre, hvoraf ansættelsens varighed er den vigtigste. En godtgørelse svarende til 6 måneders løn må betragtes som et absolut minimum, der er forbeholdt ansættelser af kortere varighed, tidsbegrænsede ansættelser m.v. I langt de fleste sager tilkendes en godtgørelse svarende til 9 måneders løn, men der findes eksempler på godtgørelse svarende til 12 måneders løn. Til trods for at det tidligere godtgørelsesmaksimum på 78 ugers løn er ophævet, er der endnu ikke set godtgørelser svarende til mere end 12 måneders løn.

10 Litteraturliste

EU-ret

- Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2000/c 364/01) samt forklaringer hertil.
http://www.justitsministeriet.dk/fileadmin/filer/ikoner/Forklaringer_til_Chartret_om_grundlaeggende_rettigheder.pdf eller
<http://eur-lex.europa.eu/da/treaties/dat/32007X1214/hm/C2007303DA.01001701.htm>
- *Graviditetsdirektivet:*

Rådets *direktiv 92/85/EØF* af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (graviditetsdirektivet).

Rapport fra Kommissionen om gennemførelsen af rådets direktiv 92/85/eøf af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer. KOM(1999)100 endelig.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0100:FIN:DA:PDF>

- *Kønsligestillingsdirektivet:*
Europa-Parlamentets og Rådets *direktiv 2006/54/EF* om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning).
- *Ligebehandlingsdirektivet:*
Rådets *direktiv 76/207/EØF* om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, fremmelse samt arbejdsvilkår.

Europa-Parlamentets og Rådets *direktiv 2002/73/EF* af 23. september 2002 om ændring af

Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, fremmelse samt arbejdsvilkår.

Rapport fra kommissionen om anvendelsen af europa-parlamentets og rådets direktiv 2002/73/ef af 23. september 2002 om ændring af rådets direktiv 76/207/eøf om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, fremmelse samt arbejdsvilkår. KOM(2009)409 endelig.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0409:EN:NOT>

Danske forarbejder, love og aftaler

- Folketingstidende, 1993/1994, Tillæg A
- Hovedaftalen af 1973 med ændringer pr. 1. marts 1981, 1. marts 1987 og 1. januar 1993.
- *LFF2000-2001.1.78*, Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v., lov om lige løn til mænd og kvinder, lov om børnepasningsorlov, lov om ligestilling af kvinder og mænd og lov om

ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger, samt bemærkningerne til lovforslaget. (L 78, Folketingstidende 2000-01, Tillæg A, spalte 1987 ff.)

- *LFF2005-2006.1.17*, Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov mv.
- Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 31 af 12. januar 2005 med de ændringer, der følger af lov nr. 240 af 27. marts 2006, lov nr. 1542 af 20. december 2006 og § 17 i lov nr. 387 af 27. maj 2008 (forskelsbehandlingsloven)
- Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 711 af 20. august 2002 med de ændringer, der følger af lov nr. 1385 af 21. december 2005 og § 57 i lov nr. 566 af 9. juni 2006 (ligebehandlingsloven)
- Lov om ligebehandlingsnævnet, jf. Lov nr 387 af 27/05/2008
- Lov om ligestilling af kvinder og mænd, jf. lovbekendtgørelse nr. 1527 af 19. december 2004, med de ændringer, der følger af § 7 i lov nr. 574 af 24. juni 2005, lov nr. 452 af 22. maj 2006 og lov nr. 434 af 11. maj 2007 (ligestillingsloven)
- Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer jf. lovbekendtgørelse nr. 68 af 21. januar 2005 med de ændringer, der følger af § 7 i lov nr. 542 af 24. juni 2005, § 58 i lov nr. 566 af 9. juni 2006 og lov nr. 312 af 30. april 2008 (Funktionærloven)
- Regionernes Lønnings- og Takstnævn og Kommunale Tjenestemænd og Overenstkomstansattes "Aftale om fravær af familiemæssige årsager"

Norsk og svensk lovgivning

- Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) – lov af 9. Juni 1978 nr. 45 (lovens titel ændret ved lov af 10. juni 2005 nr. 38)
- Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) af 1. januar 2006.
- Diskrimineringslag (2008:567) af 5. Juni 2008.

Fortegnelse over domme og afgørelser

EU-Domstolen

- Domstolens dom af 8. november 1990 (C-177/88) "Dekker-dommen"

- Domstolens dom af 22. april 1997 (C-180/95) ”Draehmpaehl-dommen”
- Domstolens dom af 4. oktober 2001 (C-109/00) ”TeleDanmark-dommen”
- Domstolens dom af 11. oktober 2007 (C-460/06) ”Paquay-dommen”
- Domstolens dom af 26. februar 2008 (C-506/06) ”Sabine Mayr-dommen”

Byretsdomme:

- Retten i Brædstrup dom, 2006
(som refereret af Marstal i *Lønmodtagernes beskyttelse ved graviditet, barsel og adoption*)
- Københavns byrets dom af 22. januar 2011 (bilag 2)

Vestre Landsretsdomme:

- Vestre Landsrets dom af 22. juni 1993 (B-1864-91).
(domsresumé fra Ansættelsesret Online er anvendt)
- Vestre Landsrets dom af 18. februar 1999 (U 1999.908 V)
- Vestre Landsrets dom af 2. juli 2003 (U 2003.2276 V)
- Vestre Landsrets dom af 30. november 2004 (U 2005.805 V)
- Vestre Landsrets dom af 5. april 2005 (U 2005.2269 V)
- Vestre Landsrets dom af 20. april 2006
- Vestre Landsrets dom af 20. december 2007 (U 2008.844 V)
- Vestre Landsrets dom af 10. januar 2008
(som refereret af Marstal i *Lønmodtagernes beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption*)
- Vestre Landsrets dom af 28. oktober 2008 (U 2009.323 V)
- Vestre Landsrets dom af 16. december 2009 (U 2010.982 V)
- Vestre Landsrets dom af 11. januar 2010
- Vestre Landsrets dom af 25. maj 2010 (U 2010.2282 V)
- Vestre Landsrets dom af 31. maj 2010
- Vestre Landsrets dom af 17. august 2010
- Vestre Landsrets dom af 16. september 2010 (U 2011.17 V)
- Vestre Landsrets dom af 28. januar 2011

Østre Landsretsdomme:

- Østre Landsrets dom af 5. januar 2000 (U 2000.970 Ø)
- Østre Landsrets dom af 24. september 2003
- Østre Landsrets dom af 19. september 2006 (U 2007.923 Ø)
- Østre Landsrets dom af 30. maj 2008
- Østre Landsrets dom af 23. marts 2009 (U 2009.1700 Ø)
- Østre Landsrets dom af 27. april 2009
- Østre Landsrets dom af 10. maj 2010
- Østre Landsrets dom af 6. oktober 2010
- Østre Landsrets dom af 10. september 2010
- Østre Landsrets dom af 18. august 2011

Højesteretsdomme:

- Højesterets dom af 12. december 2002 (U 2003.603 H)
- Højesterets dom af 13. august 2002 (U 2002.2435/3H)
- Højesterets dom af 18. august 2004 (U 2004.2701 H)
- Højesterets dom af 30. marts 2011 (U 2011.1776 H)

Afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet, ligestillingsnævnet og afskedigelsesnævnet:

- Afskedigelsesnævnets afgørelse af 13. juni 2003 (1102/03)
- Ligestillingsnævnets afgørelse af 26. april 2004 (4/2004)
- Ligestillingsnævnets afgørelse af 27. november 2006 (30/2006)
- Ligestillingsnævnets afgørelse af 23. marts 2006 (5/2006)
- Ligestillingsnævnets afgørelse af 11. december 2007 (33/2007)
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 29. januar 2010 (3/2010)
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 12. marts 2010 (15/2010)
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 27. august 2010 (61/2010)
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 17. november 2010 (103/2010)
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 28. januar 2011 (10/2011)
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 11. marts 2011 (39/2011)

Litteratur

- Andersen, Agnete m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer, bind 1*, 6. udgave, 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Andersen, Agnete m.fl.: *Ligestillingslovene med kommentarer, bind 2*, 6. udgave, 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Andersen, Lars Svenning: *Funktionærret*, 4. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Andersen, Lars Svenning: *Funktionærret*, 2. udgave, 1998, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Breusch, Lars P og Pedersen, Søren Narv: *Ansatte – Alt i en bog – funktionær og andre*, 3. udgave, 2007, Forlaget Thomson
- Carlsen, H.G: *Dansk Funktionærret*, 7. udgave, 2003, Forlaget Thomson
- Glavå, Mats: *Arbetsrätt*, 2. udgave, 2011, Studentlitteratur
- Hasselbalch, Ole: *Ansættelsesret og personalejura*, 3. udgave, 2010, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Kragelund, Hannah Holst og Dollerschell, Kia: *Afskedigelsesnævnet sagsbehandling og praksis*, 5. udgave, 2009, Dansk Arbejdsgiverforening
- Krarup, Mads og Andersen, Agnete.: *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge*, 1. udgave, 2004, Forlaget Thomson
- Marstal, Mikael: *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption*, 1. udgave, 2011, Thomson Reuters Professional
- Nielsen, Rute: *EU arbejdsret*, 4. udgave, 2006, Jurist- og Økonomforbundets Forlag,
- Schwartz, Finn og Enkegaard, Jonas: *Scandinavian Employment Law*, 2. udgave, 2009, Thomson Reuters Professional

- Schwarz, Finn og Hartmann, Jens Jakob.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet*, 1. udgave, 2011, Thomson Reuters Professional

Rapporter, nyhedsbreve og artikler

- U 1999 B s. 139 ved Agnete Andersen m.fl.
- U 2001 B s. 291 ved Gert Willerslev Jakobsen
- Human Rights and Equal Opportunity Commission, PREGNANCY GUIDELINES Commonwealth of Australia, 2001
http://www.hreoc.gov.au/sex_discrimination/publication/pregnancy/guidelines/Pregnancy_guidelines.pdf
- Beskæftigelsesministerens gennemgang af omfanget af afskedigelser af personer i forbindelse med graviditet og barselsorlov, august 2011
<http://www.bm.dk/Aktuelt/Publikationer/Arkiv/2011/08/Beskaeftigelsesministerens%20gennemgang%20af%20omfanget%20af%20afskedigelser%20af%20personer.aspx>
- Canadian Human Rights Commission, Pregnancy and Human Rights in the Workplace
http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/pregnancy_policy.pdf
- Forum Advokater, Kaufmann, Karen: *Særpræget afgørelse om gravid medarbejder – Vestre Landsrets dom af 11. januar 2010*
http://www.lovorientering.dk/vis_artikel.asp?artikel=1508&udskriv=true
- Kromann Reumert, Ansættelses- og arbejdsret: *Adoption af registreret partners barn omfattet af ligestillingsloven*, Nyhedsbrev 6/2009
<http://www.kromannreumert.com/da-DK/Publikationer/Nyhedsbreve/Ansaettelses-ogarbejdsret/Documents/Ligestillingsloven.pdf>
- Ligestillingsnævnet, Årsberetning 2010
<http://www.ligestillingsnaevnet.dk/artikler/default.aspx?page=1235>
- Nyhedsmagasinet HK nr. 5 – 4. februar 2009 – Ugens klumme: Gravide er de første ofre
http://hk.dk/nyheder/hk_mener/ledighed_og_ansaettelse/ugens_klumme_gravide_er_de_foerste_ofre
- Nyhedsmagasinet HK nr. 7 – 25. februar 2009: Danmark er nordisk mester i fyring af gravide
http://hk.dk/nyheder/nyhedsarkiv/februar_2009/danmark_er_nordisk_mester_i_fyring_af_gravide
- *Næsten gravid?* Af advokat Mikael Marstal, Advokaten, nr. 7, september 2011.

<http://www.advokatsamfundet.dk/Service/Publikationer/Tidligere%20artikler/2011/Advokaten%207/Naesten%20gravid.aspx>

- OECDs rapport om afskedigelsesbeskyttelse i Israel
<http://www.oecd.org/dataoecd/25/37/42746177.pdf>
samt generelt
<http://www.oecd.org/dataoecd/24/39/42740165.pdf>
- Plesner, Arbejds- og ansættelsesret: Reismann, Tina: *Afskedigelse under graviditet*, Nyhedsbrev 4/2010.
<http://www.plesner.com/cms/site.aspx?p=1698&CardId=51>

Online databaser

- Ansættelsesret Online
<http://www.djoef-forlag.dk/services/ADonline/index.htm>
- Arbejdsret Online
<http://www.djoef-forlag.dk/services/ARonline/index.htm>
- Arbejdsretsportalen
<http://arbejdsretsportalen.lovportaler.dk/?activesolution=http%3a%2f%2fadvokat.lovportaler.dk>
- Adgang til EU-lovgivningen
www.eur-lex.europa.eu
- EU's officielle hjemmeside
www.europa.eu
- HK's hjemmeside
www.hk.dk
- Jura, Illinois, USA
www.law.illinois.edu
- Justitsministeriets hjemmeside
www.jm.dk
- Lægevidenskab på nettet
www.netdoktor.dk
- Patienthåndbog
www.patienthaandbogen.dk
- Thomson Reuters
http://www.thomson.dk/pls/pdb/katpage.show_all