

Udskriftsdato: 15. december 2025

KEN nr 9761 af 04/05/2016 (Gældende)

Ligebehandlingsnævnets afgørelse om køn - afskedigelse under orlov - fratrædelsesgodtgørelse

Ministerium: Social- og Boligministeriet

Journalnummer: 2015-6810-13801

Ligebehandlingsnævnets afgørelse om køn - afskedigelse under orlov - fratrædelsesgodtgørelse

J.nr. 2015-6810-13801

En assistent hos et revisionsfirma blev afskediget, mens hun afholdt forældreorlov. Arbejdsgiveren stod overfor en stor nedskæringsrunde. Efter forhandlinger, hvori klagers faglige organisation deltog, underskrev klager en fratrædelsesaftale. Det fremgik blandt andet af fratrædelsesaftalen, at aftalen var indgået til fuld og endelig afgørelse af ethvert krav. Klager blev desuden tillagt goder, som hun ellers ikke ville have været berettiget til i forbindelse med afskedigelsen. Det fremgik tillige af aftalen, at indklagede var opmærksom på, at klager på daværende tidspunkt afholdt forældreorlov, idet opsigelsesvarslet trådte i kraft, når klager var tilbage fra forældreorlov. Ligebehandlingsnævnet fandt, at aftalen afskar klager fra at rejse krav mod indklagede på grund af forskelsbehandling på grund af køn.

Nævnet kunne derfor ikke behandle klagen.

Klagen drejer sig om påstået forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med afskedigelse af assistent fraværende efter barselsloven.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse

Ligebehandlingsnævnet kan ikke behandle klagen.

Sagsfremstilling

Klager blev den 1. september 2009 ansat i den indklagede virksomhed, der er et revisionsfirma. Klager havde hovedarbejdssted på kontoret i A by, hvor hun arbejdede som assistent. Klagers ugentlige arbejdstid var 37 timer.

Ved udviklingsaftale i foråret 2012 fik klager en E-rating, som er den næstlaveste rating, der gives, og som betyder, at medarbejderens præstation ofte ligger under, hvad der forventes på medarbejderens niveau.

Klager holdt graviditetsorlov fra den 2. juni 2012. Klagers barselorlov var fra den 3. september 2012 til den 9. december 2012 (14 uger). Herefter overgik hun til forældreorlov fra den 10. december 2012 til den 23. juni 2013 (32 uger).

Klager blev opsagt ved brev af 23. april 2013.

Det fremgår af opsigelsesbrevet:

”Under henvisning til vores samtale i dag opsiges du hermed med 4 måneders varsel. Det betyder, at du fratræder med udgangen af august måned 2013.

Det er med stor beklagelse, at vi må sige farvel til gode medarbejdere og kollegaer, og vi ønsker så vidt muligt at hjælpe dig godt videre i din karriere. Vi tilbyder dig derfor pr. kulance en række særlige vilkår i forbindelse med din fratræden. Disse vilkår findes i den vedlagte fratrædelsesaftale. Denne aftale beder vi dig tage med hjem og læse grundigt igennem.

Hvis du ønsker at tage imod tilbuddene i aftalen, skal du returnere denne i underskrevet stand til mig, alternativt til HR (svarkuvert vedlagt) snarest muligt og senest den 29. april 2013. Skulle du ikke ønske at tiltræde aftalen, vil vi vende tilbage med en beskrivelse af dine vilkår for opsigelsesperioden. ”

Efter drøftelser mellem indklagede og klagers fagforbund underskrev klager en fratrædelsesaftale den 10. maj 2013.

Det fremgår blandt andet af fratrædelsesaftalen:

”1. Aftalens baggrund og formål

(...)

Vi ønsker naturligvis at tage højde for din individuelle situation. Du vil derfor være ansat i perioden, hvor du endnu holder forældreorlov uden løn fra [indklagede] – dvs. til og med den 22. juli 2013. Herefter vil dit normale opsigelsesvarsel på 4 måneder træde i kraft og din endelige fratrædelsesdato er således med udgangen af november 2013 (...).

Denne aftale regulerer vilkårene for din fratræden, herunder forholdene i opsigelsesperioden, afregning og afvikling af benefits med videre.

(...)

4. Barsel og forældreorlov

Under hensyn til din særlige situation, hvor du er på forældreorlov uden løn til og med den 22. juli 2013, tilbyder [indklagede] pr. kulance at forlænge opsigelsesvarslet med 13 uger, svarende til den varslede periode med forældreorlov uden løn. Herefter vil dit normale opsigelsesvarsel på 4 måneder træde i kraft, og din endelige fratrædelsesdato er således den 30. november 2013.

5. Modregning

(...)

Såfremt du tiltræder andet arbejde i din opsigelsesperiode, tilbyder Deloitte pr. kulance at fravige funktionærlovens regler om modregning i din løn.

(...)

6. Fratrædelsesgodtgørelse

Pr. kulance og under hensyntagen til din anciennitet hos [indklagede], udbetales med sidste lønudbetaling en særlig fratrædelsesgodtgørelse, svarende til to måneders løn. Der optjenes ikke feriegodtgørelse af dette beløb.

(...)

12. Endelighed og fortrolighed

Denne aftale afslutter ethvert mellemværende mellem dig og [indklagede] som følge af ansættelsesforholdet og indgås til fuld og endelig afgørelse af ethvert krav os imellem. ”

Klager blev fritstillet i opsigelsesperioden.

Det fremgår af et af indklagede fremlagt referat af forhandling med medarbejderrepræsentanter, at der i udvælgelsesprocessen af medarbejdere, som blev afskediget, ville blive lagt vægt på objektive konstaterbare kriterier så som:

- Uddannelse
- Kompetencer
- Anciennitet
- Ansvarsområder i forhold til konkrete behov fremadrettet
- Resultater/performance, herunder mundtlige og skriftlige jobvurderinger
- Erfaring
- Fleksibilitet
- Sammensætning af medarbejdergruppe efter gennemførte afskedigelser
- Markedets behov for kompetencer

Klager modtog den 17. september 2014 en mail fra sit fagforbund som svar på klagers henvendelse vedrørende sin opsigelse. Forbundet vurderede blandt andet, at fratrædelsesaftalen var en forbedring i forhold til lovens almindelige vilkår om løn i opsigelsesperioden. Der var således blevet givet to måneders fratrædelsesgodtgørelse, forlænget varsel på ekstra tre måneder med fuld løn, to ugers afregning af feriegodtgørelse uanset fritstilling samt afkald på modregning i fristillingsperiodens 4. måned. Forbundet vurderede også, at der muligvis var tale om ulovlig forskelsbehandling. Forbundet fandt forligsresultatet rimeligt ud fra sagens samlede omstændigheder. Der var i aftalen taget behørigt hensyn til det ligebehandlingsmæssige aspekt, og det blev vurderet, at der ikke umiddelbart var grundlag for at gå videre med sagen.

Klager indbragte sagen for Ligebehandlingsnævnet den 10. marts 2015.

Parternes bemærkninger

Klager gør gældende, at afskedigelsen var i strid med ligebehandlingsloven, og at der samtidig fastsættes en godtgørelse.

Klager henviser til, at hun blev afskediget under sin barsel. Under opsigelsesperioden har indklagede søgt efter og ansat personer til stillingen eller tilsvarende stilling med samme titel.

Forældelsesfristen angiver, at man kan klage op til 5 år vedrørende ansættelsesforhold. Man kan ikke forpligtes ved undladelse. Handlepligten må her bestå i forældelsesfristen, der er overholdt.

Klager gik kort efter fratrædelsen igen på barsel. Hun har ikke klaget i mellemtiden af frygt for, at indklagede ville nævne det for alle potentielle arbejdsgivere. Klager har nu fået nyt arbejde, og referencen er fremover ikke afgørende.

I opsigelsesperioden søgte indklagede nye konsulenter og nyuddannede kandidater med en tilsvarende baggrund som klagers. Desuden søgte indklagede studerende til fuldtidsarbejde med start i september, hvilket var klagers arbejde. Indklagede har således opsagt klager og ansat nye medarbejdere til samme stilling, herunder nye elever. Indklagede søger i øvrigt nye medarbejdere hvert år på nøjagtig samme tid.

Indklagede undersøgte ikke klagers kvalifikationer i forhold til de nye stillinger. Klager har erfaring med IT-systemer, logik og programmering. Hun har gennemført en bachelor i HA (Mat) og 1½ års aktuarstudie.

Klager har fremsendt stillingsopslag hvoraf det fremgår, at indklagede i sommeren 2013 søgte managementkonsulenter til A by med tiltrædelse i august 2013 og nyuddannet kandidat til Graduate Programme i B by med tiltrædelse i oktober 2013.

Det påhviler som udgangspunkt en arbejdsgiver at forsøge at omplacere en medarbejder, der er på barselsorlov, førend man skrider til en driftsmæssig begrundet opsigelse. En forsømmelse af denne omplacering vil udløse en godtgørelse på cirka ni måneders løn, såfremt medarbejderen har en anciennitet på knap 2½ års ansættelse på opsigelsestidspunktet.

Omplaceringspligten gælder til opsigelsesperiodens udløb. Omplaceringspligten var også gældende efter indgåelsen af fratrædelsesaftalen.

Klager var fuldtidsansat i flere år, hvor hendes performance var tilfredsstillende. I foråret 2012 var hun begyndt på specialet, da indklagede kræver fuldførelsen af en kandidat. Klagers fuldtidsarbejde og fuldtidsstudie, da hun blev gravid, påvirkede hende markant. Det blev diskuteret til ratingsamtalen, og specialet blev senere udskudt. Den dårlige rating kan derfor knyttes til graviditeten.

Klager havde rent fagligt længe været væsentligt ringere stillet end andre ansatte, da hun fra starten ikke havde en intern faglig vejleder ("tante"). Der var således ingen hjælp at hente i størstedelen af ansættelsen.

Klager har ikke kendt til retsvirkningerne af fratrædelsesaftalen. Privatpersoner bør ikke kunne stilles ringere end lovgivningen.

Fagforbundets vurdering af, at et forlig er den bedste løsning, var på baggrund af, at processen dermed er kortere.

Bevisbyrden for valg af medarbejder på barsel og manglende kvalifikationer til omplacering påhviler arbejdsgiver. Klager havde både uddannet og efteruddannet sig efter indklagedes anvisninger, og hun var villig til at acceptere andre interne muligheder. Indklagede har i den forbindelse aldrig spurgt til klagers ønsker eller kvalifikationer.

Indklagede gør gældende, at sagen skal afvises fra nævnet, da den kræver yderligere bevisførelse i form af parts- og vidneforklaringer, da klager har indgået en bindende fratrædelsesaftale til fuld og endelig afgørelse, og da klager har fortabt enhver mulighed for at gøre indsigelse mod fratrædelsesaftalen ved passivitet.

Subsidiært gøres det gældende, at afskedigelsen af klager ikke var i strid med ligebehandlingsloven.

Indklagede var i april 2013 af driftsmæssige årsager nødt til at gennemføre en afskedigelsesrunde for at nedjustere medarbejderkapaciteten. Der var oprindeligt planlagt afskedigelse af 137 medarbejdere. Efter forhandling med medarbejderrepræsentanter blev der truffet beslutning om at afskedige i alt 108 medarbejdere. 59 af de afskedigede var beskæftiget med revision. 30 af disse medarbejdere havde hovedarbejdssted på kontoret i A by. Der blev opsagt 15 medarbejdere fra klagers sektion. Tre af disse medarbejdere var ansat som assistents.

Indklagede havde efter drøftelse med medarbejderrepræsentanter lagt vægt på objektivt konstaterbare kriterier ved udvælgelsen af medarbejdere til afskedigelse.

Kriterierne for opsigelse af klager var, at hendes performance generelt ikke var på det forventede niveau i forhold til hendes anciennitet og sammenholdt med de øvrige kollegaer på klagers niveau. Klager havde ved sin seneste udviklingssamtale i foråret 2012 modtaget en E-rating, som er den næstlaveste rating og som beviser, at medarbejderens præstation ofte ligger under, hvad der forventes på medarbejderens niveau.

Alle tre assistents fra sektion B, som blev opsagt, var blandt de lavest ratede. Den ene af de to øvrige assistents, som blev opsagt, havde ligeså modtaget en E-rating. Den anden assistent havde en D minus-rating.

Mulighederne for omplacering af klager blev undersøgt, men omplacering var ikke muligt som følge af et manglende match mellem klagers profil og de kompetencer, som efterspurgtes i de ledige stillinger.

Indklagede afviser, at der i opsigelsesperioden er ansat medarbejdere i klagers stilling eller en tilsvarende stilling, som klager kunne have bestridt. I perioden fra den 23. april 2013 til den 30. november 2013, hvor klager fratrådte, blev der alene ansat to assistents i C by med tiltrædelse den 1. september 2013, en assistent i D by med tiltrædelse den 12. august 2013 og en assistent i E by geografisk udenfor Danmark med tiltrædelse den 1. september 2013. Ingen af rekrutteringerne er sket til den sektion, hvor klager var ansat.

Da behovet for assistents opstod, havde indklagede og klager endeligt indgået fratrædelsesaftalen. Ingen af rekrutteringerne var forudset på tidspunktet for indgåelsen af fratrædelsesaftalen. Der var således forløbet flere måneder fra det tidspunkt, hvor klager, bistået af sit fagforbund, tiltrådte fratrædelsesaftalen til behovet for besættelsen af disse stillinger opstod. Indklagede havde derfor også på det tidspunkt, hvor

behovet opstod, indrettet sig på, at fratrædelsesaftalen var endeligt indgået, og at klagers ansættelsesforhold ophørte i overensstemmelse hermed.

For så vidt angår påstanden om afvisning, er klager afskåret fra at rejse krav på godtgørelse som følge af, at der er indgået en bindende fratrædelsesaftale til fuld og endelig afgørelse af parternes mellemværende i anledning af opsigelsen af ansættelsesforholdet.

Klager var bistået af sit fagforbund, hvorfor det må formodes, at klager modtog juridisk rådgivning vedrørende blandt andet retsvirkningerne af at indgå fratrædelsesaftalen og alternativerne hertil.

Fratrædelsesaftalen er udtryk for en yderst rimelig aftale. Forhandlingerne med klagers fagforbund afstedkom, at klager fik tilbudt rettigheder, som var bedre end dem, andre opsagte medarbejdere fik tilbudt. Der er ikke et sagligt og juridisk grundlag for at tilsidesætte fratrædelsesaftalen.

Klager må i øvrigt anses for at have fortabt enhver mulighed for at gøre indsigelse mod fratrædelsesaftalen ved passivitet.

Indklagede henviser til, at klager efter underskrivelsen af fratrædelsesaftalen ikke har gjort indsigelse mod fratrædelsesaftalen overfor indklagede. Indklagede blev orienteret herom ved Ligebehandlingsnævnets brev af 7. maj 2015. Det fremgår heraf, at klagen blev modtaget den 10. marts 2015.

Der er således forløbet et år og ti måneder fra tiltrædelsen af fratrædelsesaftalen, før klager anfægtede aftalen og næsten to år, før indklagede blev bekendt hermed.

Indklagede har indrettet sig på, at klager var indforstået med, at hendes ansættelsesforhold ophørte i overensstemmelse med de i fratrædelsesaftalen anførte vilkår.

En frygt for, at indklagede ville orientere potentielle arbejdsgivere om klagen, kan ikke undskylde den udviste passivitet. En kommende arbejdsgiver ville ikke kunne indhente referencer fra indklagede uden tilladelse fra klager.

For så vidt angår påstanden om, at afskedigelsen ikke var i strid med ligebehandlingsloven, er indklagede berettiget til at foretage et frit skøn over, hvilke medarbejdere der bedst kan undværes dog således, at der ikke må indgå ulovlige kriterier i beslutningsgrundlaget.

Forud for gennemførelsen af afskedigelsesrunden blev der opstillet en række lovlige kriterier, som skulle danne baggrund for udvælgelsesprocessen, og medarbejderrepræsentanter har godkendt kriterierne.

Ledelsen i klagers sektion vurderede, på baggrund af de opstillede kriterier, at klager var én af de fire assistents, som bedst kunne undværes i den afdeling. Der blev lagt vægt på, at klager før sin orlov ikke leverede en tilfredsstillende performance, hvilket var medvirkende til, at klager til trods for sin anciennitet ikke var blevet forfremmet til senior, samt at klager havde fået den laveste rating blandt sektionens assistents.

Klagers afholdte orlov på tidspunktet for gennemførelsen af afskedigelsesrunden var ikke årsag til opsigelsen, og blev ikke tillagt betydning ved udvælgelsen.

Det bestrides, at klagers E-rating var knyttet til hendes graviditet, hvilket alene vil kunne afklares via vidneforklaring.

Det var ikke muligt at omplacere klager til en anden stilling, og indklagede har ikke i opsigelsesperioden ansat nogen i klagers stilling eller i en tilsvarende stilling, som klager kunne have bestridt. Det er forholdene på opsigelsestidspunktet, som skal lægges til grund for vurderingen af, hvorvidt en opsigelse er saglig efter ligebehandlingsloven. Der er ikke pligt til positiv særbehandling af gravide medarbejdere, herunder i forhold til at undersøge muligheden for omplacering som alternativ til afskedigelse. Ved gennemførelsen af den større afskedigelsesrunde i april 2013 var der ikke udsigt til, at tendensen med tilbageholdenhed i markedet ville vende. De få ansættelser, som fandt sted efter indgåelsen af fratrædelsesaftalen, var ikke udtryk for, at denne tilbageholdenhed ikke længere var til stede.

Fratrædelsesaftalen var endeligt indgået flere måneder før behovet for besættelsen af de fire assistents i andre byer end klagers hovedarbejdssted. Indklagede havde berettiget indrettet sig på, at fratrædelsesaftalen var endelig, hvorfor rekrutteringerne ikke kan tillægges betydning for vurderingen af, hvorvidt opsigelsen af klager var saglig efter ligebehandlingsloven. Ingen af rekrutteringerne var forudset på tidspunktet for indgåelse af fratrædelsesaftalen.

Indklagede bestrider, at klager skulle passe et fuldtidsarbejde og et fuldtidsstudie. Klager fik 3½ år i stedet for to år til at gennemføre kandidatdelen af studiet. Hertil kom, at klager fik 875 timers betalt fri til undervisning og eksamenslæsning.

Klager var omfattet af ”tante- og onkelordningen” på lige fod med øvrige trainees i starten af traineeforholdet.

For så vidt angår spørgsmålet om godtgørelse, gøres det gældende, at et eventuelt godtgørelsesbeløb under alle omstændigheder må anses for indeholdt i de goder, som klager fik tildelt ved tiltrædelsen af fratrædelsesaftalen, subsidiært at goderne fratrækkes i et eventuelt godtgørelsesbeløb.

Indklagede gør herefter gældende, at der ikke har været forskelsbehandlet på grund af køn.

Ligebehandlingsnævnets bemærkninger og konklusion

Ligebehandlingsnævnet behandler klager over forskelsbehandling på grund af køn på arbejdsmarkedet.

Det fremgår af ligebehandlingsloven, at en arbejdsgiver ikke må afskedige en lønmodtager på grund af graviditet, barsel eller adoption. Såfremt afskedigelsen finder sted under graviditet eller afholdelse af barselsorlov, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at afskedigelsen ikke er begrundet i disse forhold.

Som sagen foreligger oplyst for Ligebehandlingsnævnet, finder nævnet det ikke nødvendigt for sagens afgørelse, at der føres bevis i form af mundtlige parts- og vidneforklaringer.

Ligebehandlingsnævnet må først tage stilling til, om klager på grund af indholdet af fratrædelsesaftalens punkt 12 om, at aftalen er indgået til fuld og endelig afgørelse af ethvert krav, nu er afskåret fra at gøre gældende, at hun blev afskediget på grund af sit køn.

Klager blev opsagt ved brev af 23. april 2013 efter samtale samme dag. Hun blev præsenteret for fratrædelsesaftalen samme dag. Efter forhandlinger, hvori klagers faglige organisation deltog, underskrev klager fratrædelsesaftalen den 10. maj 2013. Klager er blevet tillagt goder, som hun ellers ikke ville have været berettiget til i forbindelse med afskedigelsen, og det fremgår tillige af fratrædelsesaftalen, at indklagede var opmærksom på, at klager på daværende tidspunkt afholdt forældreorlov.

Ligebehandlingslovens regler om godtgørelse som følge af forskelsbehandling på grund af køn kan ikke fraviges til ugunst for arbejdstageren.

Efter en samlet vurdering af aftalens indhold og tilblivelse, finder nævnet, at aftalen afskærer klager fra at rejse krav mod indklagede på grund af forskelsbehandling på grund af køn.

Nævnet kan derfor ikke behandle klagen.

<2015-6810-13801>