

Kendelse

af

22. maj 2014

i

faglig voldgift (FV 2013.0202):

3F Fagligt Fælles Forbund

for

L

(procedør advokat Rune Asmussen)

mod

Dansk Industri

for

DitoBus A/S

(procedør Sussi Skovgaard-Holm)

Indledning

Sagen drejer sig om, hvorvidt en medarbejder har krav på fuld løn i en situation, hvor den pågældende under barsels- og/eller forældreorlov på grund af sygdom bliver ude af stand til at tage vare på sit barn, og den anden forælder i konsekvens heraf indtræder i medarbejderens ret til orlov.

Voldgiftsretten er nedsat i medfør af Landsoverenskomst for Rutebilkørsel 2012-2014 mellem DI Overenskomst I (AKT) og 3F Fagligt Fælles Forbund, Transportgruppen, for rutebilschauffører og garagearbejdere i provinsen, § 30, jf. bilag 14, stk. 3. Som medlemmer af voldgiftsretten har fungeret Evelyn Jørgensen og Karsten Kristensen, udpeget af 3F, samt Tove Schultz-Lorentzen og Lotte Gaarn Johansen, udpeget af Dansk Industri. Landsdommer Tine Vuust er af Arbejdsrettens formand udpeget som opmand. Sagen har været forhandlet den 8. maj 2014 i 3F's lokaler, Kampmannsgade 4, København.

Påstande

Klager har endeligt nedlagt følgende påstande:

Principal påstand:

DitoBus A/S skal anerkende, at ansatte på barsels- eller forældreorlov, henhørende under Landsoverenskomsten for rutebilkørsel mellem AKT/JA og 3F, er berettiget til fuld løn efter overenskomstens § 20, subsidiært § 18, hvis den ansatte bliver syg og ikke er i stand til at tage vare på barnet.

Subsidiær påstand:

DitoBus A/S skal anerkende, at ansatte på barselsorlov, henhørende under Landsoverenskomsten for rutebilkørsel mellem AKT/JA og 3F, er berettiget til fuld løn efter overenskomstens § 20, subsidiært § 18, hvis den ansatte bliver syg og ikke er i stand til at tage vare på barnet.

Mere subsidiær påstand:

Indklagede er forpligtet til at betale L. fuld løn i 8 uger fratrukket udbetalte sygedagpenge med tillæg af sædvanlig procesrente fra beløbets forfaldsdato, til betaling sker.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klager har under forhandlingen fremsat begæring om, at sagen udsættes, indtil det er endeligt afklaret, om L. havde ret til barseldagpenge i den periode, hvor hun var sygemeldt og modtog sygedagpenge fra kommunen.

Indklagede har protesteret herimod.

Sagsfremstilling

Den sag, der har givet anledning til nærværende voldgiftsag, vedrører L der den 9. december 2011 blev ansat som rutebilchauffør i DitoBus A/S på overenskomstvilkår. Hun blev i 2012 gravid og gik efter en kortere sygemeldingsperiode på graviditetsorlov den 29. oktober 2012. Hun nedkom den 8. december 2012, hvorefter hun påbegyndte 14 ugers barselsorlov.

Den 1. februar 2013 kontaktede L mand DitoBus A/S og oplyste, at L fra mandag den 4. februar 2013, 8 uger efter fødslen, ville være sygemeldt på grund af en fødselsdepression, som medførte, at hun ikke kunne tage vare på deres barn, og at han derfor ville indtræde i hendes barselsorlov. DitoBus A/S meddelte, at man ikke ønskede at indgå aftale med L om genindtrædelse i ansættelsen under sygemeldingen, og at hun derfor ikke var berettiget til løn fra virksomheden under sin sygdom. Lønudbetalingen stoppede herefter, og L modtog fra den 4. februar 2013 sygedagpenge fra kommunen.

Sygdommen er under sagen dokumenteret ved en lægeerklæring af 11. februar 2013, hvori det udtales, at L lider af en fødselsdepression, og at det er nødvendigt at sygemelde hende, da hun ikke aktuelt kan passe sit barn, samt at hendes mand i stedet har taget barsel. Det vurderes, at hun pr. 1. februar 2013 er sygemeldt i to måneder.

L blev den 2. april 2013, i uge 17 efter fødslen, raskmeldt og indtrådte herefter i sin forældreorlov, hvorunder hun modtog løn efter Landsoverenskomstens § 20, indtil hun overgik til forældreorlov med barseldagpenge.

Den 8. juli 2013 skrev Chaufførernes Fagforening til DitoBus A/S med anmodning om efterbetaling af løn svarende til forskellen mellem fuld løn under sygdom og sygedagpenge for ugerne 6-13. Sagen blev behandlet på lokalmøde den 23. august 2013 og mæglingssmøde den 3. oktober 2013, uden at enighed kunne opnås.

Retsgrundlag

Landsoverenskomst for Rutebilkørsel 2012-2014 mellem DI Overenskomst I (AKT) og 3F Fagligt Fælles Forbund, Transportgruppen, for rutebilchauffører og garagearbejdere i provinsen indeholder i § 18 og § 20 bestemmelser om løn under sygdom og løn under orlov, hvoraf fremgår bl.a.:

”§ 18. Sygdom og ulykke

Stk. 1. Anciennitetsregler m.m.

Arbejdsgiveren betaler løn under sygdom og tilskadekomst til ansatte, der har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 9 måneder. [...] Den ansatte skal opfylde betingelserne for ret til sygedagpenge fra arbejdsgiveren i medfør af Sygedagpengelovens regler.

...

Stk. 2. Betalingsperiode – tilbagefaldsregel

Sygeløn til ansatte ydes af arbejdsgiveren i indtil 56 dage, regnet fra første hele fraværsdag.

....

§ 20. Barsels-, fædre- og forældreorlov.

Stk. 1. Barselorlov

Arbejdsgiveren udbetaler til medarbejdere, der på det forventede fødselstidspunkt har 9 måneders anciennitet i virksomheden, fuld løn under fravær på grund af barsel fra 4 uger før forventet fødselstidspunkt (graviditetsorlov) og indtil 14 uger efter fødslen (barselorlov).

...

Beløbet indeholder den ved lovgivningen fastsatte maksimale dagpengesats.

Stk. 3 Forældreorlov

....

Stk. 3 a. For medarbejdere der påbegynder forældreorlov **1. juli 2012 eller senere** erstattes ovennævnte **stk. 3** af følgende:

Arbejdsgiveren yder endvidere betaling under forældreorlov i indtil 11 uger. Af disse 11 uger har hver af forældrene ret til at holde 4 uger.

...

Betaling i de resterende 3 uger ydes enten til faderen eller moderen. Betalingen i disse 11 uger svarer til fuld løn, dog maksimalt kr. 140,00 pr. time.

...

Det er en forudsætning for betalingen, at arbejdsgiveren er berettiget til refusion svarende til den maksimale dagpengesats. Såfremt refusionen måtte være mindre, ned-sættes betaling til medarbejderen tilsvarende.”

Af barselloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 872 af 28. juni 2013, fremgår bl.a.:

”Ret til fravær i de første 14 uger efter fødslen

§ 7. En moder har ret og pligt til fravær i de første 2 uger efter en fødsel. Herefter har hun ret til fravær i yderligere 12 uger.

Stk. 2. Faderen eller medmoderen indtræder i moderens ret til fravær efter stk. 1, hvis moderen dør eller på grund af sygdom bliver ude af stand til at passe barnet.

...

Ret til fravær under forældreorlov

§ 9. Efter den 14. uge efter fødslen eller modtagelsen af barnet har hver af forældrene ret til forældreorlov i 32 uger. Faderen eller medmoderen har dog ret til at påbegynde forældreorloven inden for de første 14 uger efter fødslen.

...

§ 12. Efter aftale med arbejdsgiveren kan en beskæftiget lønmodtager genoptage arbejdet helt eller delvis under fravær efter §§ 6-11, jf. dog stk. 5.

...

Kapitel 5

Ret til barseldagpenge under fravær i forbindelse med graviditet, fødsel og adoption m.v.

...

§ 20. Ved fravær efter § 6, stk. 1 og 2, og §§ 7, 8, 13 og 14 udbetaler Udbetaling Danmark barseldagpenge beregnet efter kapitel 9.

Af ligelønsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 899 af 5. september 2008, fremgår blandt andet:

”§ 1. Der må ikke på grund af køn finde lønmæssig forskelsbehandling sted i strid med denne lov. Dette gælder både direkte forskelsbehandling og indirekte forskelsbehandling.

...

§ 1a. Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af køn behandles ringere, end en anden person bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet og under kvinders 14 ugers fravær efter fødslen betragtes som direkte forskelsbehandling.

Stk. 2. Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af det ene køn ringere end personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.”

Forklaringer

Der har ikke været afgivet forklaringer under sagen.

Parternes synspunkter

Klager har til støtte for sin principale og subsidære påstand principalt gjort gældende i første række, at L og andre i hendes situation er berettiget til at modtage barseldagpenge i hele orlovsperioden, uanset at faderen indtræder i hendes ret til barselsorlov. Dette støttes bl.a. på en række vejledninger, socialretlige afgørelser og på de principper, der gælder i barselloven, hvor der f.eks. er ret til fravær og barseldagpenge ved graviditetsbetinget sygdom inden fødslen, ved sygdom efter en abort, ved barnets alvorlige sygdom og ved barnets død. Da virksomheden således kunne have modtaget refusion af barseldagpenge og efterfølgende dagpengerefusion i forbindelse med afholdelse af forældreorlov, er virksomheden efter overenskomstens § 20 forpligtet til at betale hende fuld løn i hele orlovsperioden, uanset at L på grund af sygdom var ude af stand til at tage vare på sit barn i en del af perioden.

I anden række gøres det gældende, at der i en situation som den foreliggende, hvor sygdommen er en følge af fødslen og opstår inden for de første 14 uger efter fødslen, er fast praksis for, at en arbejdsgiver modtager sygedagpengerefusion fra første fraværsdag uden fradrag af arbejdsgiverperioden på 30 dage, hvilket taler til støtte for, at der bør betales fuld løn. Overenskomstens § 18 tager efter sin ordlyd ikke sigte på en situation som den foreliggende, hvor sygdommen opstår under orlovsperioden, men det forhold, at der er ret til dagpengerefusion for virksomheden sammenholdt med overenskomsten iøvrigt, der generelt anerkender, at medarbejdere på graviditetsbetinget orlov er særligt beskyttelsesværdige, tilsiger, at en ansat, der rammes af sygdom i en sådan grad, at vedkommende ikke kan tage vare på spædbarnet, fortsat er berettiget til fuld løn og ikke bliver stillet ringere end andre sygdomsramte ansatte.

Sagen bør i hvert fald udsættes på, at der ved parternes fælles henvendelse til de relevante myndigheder skabes fuld klarhed over, om der ville have været dagpengerefusion til virksomheden, hvis man i situationen havde udbetalt L... fuld løn.

Hvis det lægges til grund, at en ansat ikke har ret til fuld løn efter overenskomsten ved sygdom under orlov, gøres det subsidiært gældende, at en sådan praksis ikke er forenelig med ligebehandlingsloven og/eller ligelønsloven, idet graviditetsbestemt orlov i højere grad benyttes af kvindelige ansatte end af mandlige ansatte, og at der dermed er tale om indirekte diskrimination. Det er således fastslået i en faglig voldgift kendelse af 13. februar 1995, at en kvinde, der havde været sygefraværende i forbindelse med abort, havde ret til løn under en sådan sygdom, idet overenskomsten, der ikke hjemlede en sådan betaling, stred imod ligestillingslovene. Resultatet understøttes også af EU-Domstolens praksis, herunder Gillespie-sagen og senest EU-domstolens dom af 27. februar 2014 i C-588/12, hvor det endnu engang blev understreget, at direktiv 96/34 EF og den dertil hørende rammeaftale ikke skal fortolkes indskrænkende, jf. præmis 36. I afgørelsen understreger EU-domstolen, hvor væsentligt et princip rammeaftalens § 2, stk. 6, der angår, at lønmodtagerrettigheder opretholdes ved orlovens afslutning, er. Det forhold, at den overvejende retspraksis vedrører sygdom under graviditet og beskyttelse af den gravide i den anledning, medfører ikke, at der ikke også skulle være en beskyttelse af den kvinde, der måtte have født og bliver syg som direkte følge af fødslen. Det fremgår da også af retspraksis, jf. UfR 2007.923 Ø, at en kvinde, der var afskediget som følge af bl.a. sygefravær i forbindelse med abort, var beskyttet, selvom hendes sygdomsfravær selvsagt ikke var "graviditetsbetinget", men var en direkte følge af graviditeten, og et sådant sygefravær kunne man ikke lægge vægt på ved afskedigelse uden at forskelsbehandle. Synspunktet understøttes tillige af barsellovens § 7, stk. 2, hvor faderen kan indtræde i den sygemeldte moders barselsorlov, og i princippet i § 17, 2. pkt., hvorefter en lønmodtager kan ændre sin i øvrigt varslede (graviditetsbetingede) orlov, i det omfang der indtræffer omstændigheder, som gør det urimeligt at opretholde fraværsretten som varslet. Af den kommenterede barsellov fremgår det, at sygdom netop udgør sådanne omstændigheder, hvilket stemmer fint overens med faktum i denne sag, hvor faderen har overtaget det graviditetsbetingede orlov. Det forhold, at Arbejdsretten i sin afgørelse af 13. oktober 2008 har fastslået, at en ansat i tilfælde af sygdom ikke har krav på at indtræde i ansættelsen under afholdelse af forældreorlov for at modtage fuld løn under sygdom, er ikke afgørende for denne sag, da klager i denne sag ikke opnår nogen vinding, hverken økonomisk, fraværsmæssigt eller barseldagpengemæssigt udover det, der oprindeligt var aftalt, da der i denne sag er lægelig doku-

mentation for, at klager ikke var i stand til at tage vare på sit barn, da der i denne sag er tale om graviditetsbetinget fravær, og da den ansatte i Arbejdsrettens sag – i modsætning til denne sag - potentielt åbnede for en relativ let mulighed for omgåelse (og udvidelse) af fraværreglerne i barselloven. Der er heller ikke et økonomisk hensyn at tage til virksomheden i denne sag, idet man som arbejdsgiver har haft en besparelse ved ikke at skulle betale L. i løn i de 8 uger af hendes planlagte orlov, hvor hun var syg, og hvor man uden denne sygemelding skulle have betalt hende fuld løn, og idet der i værste fald er tale om en beskedent merudgift, svarende til sygedagpenge i en 30 dages arbejdsgiverperiode, hvis der mod klagers forventning ikke skulle være krav på refusion af dagpengebeløbet fra første fraværsdag.

Det må på denne baggrund i hvert fald antages, at gravide, der på grund af sygdom, som er en direkte følge af graviditeten, ikke skal udsættes for negativ forskelsbehandling i form af ringere lønsikring end de øvrige ansatte. Hvis en arbejdsgiver i lønmæssig sammenhæng lægger vægt på sygdom, der er en direkte følge af fødslen, er der tale om ulovlig forskelsbehandling.

Særligt i forhold til den subsidiære påstand gøres det gældende, at barselorlovsperioden som udgangspunkt er forbeholdt kvinder, og i de første 14 uger efter fødsel vil enhver form for diskrimination pr. definition blive betragtet som direkte diskrimination, jf. ligestillingslovens § 1, stk. 2, 2. pkt., og det for loven underliggende direktivs art. 2, stk. 2, litra C.

Til støtte for den mere subsidiære påstand gøres det gældende, at uanset der ikke kan gives medhold i den generelt formulerede principale eller subsidiære påstand, så er L. i hvert fald under denne sags konkrete omstændigheder berettiget til fuld løn.

Indklagede har til støtte for frifindelsespåstanden anført, at barselloven alene regulerer en medarbejders ret til fravær og de hertil knyttede barseldagpenge, mens en eventuel ret til løn under barsel, herunder lønrettigheder ved sygdom under barsel, forudsætter særskilt hjemmel i enten lov eller i kollektiv eller individuel aftale. Hverken Landsoverenskomstens § 20 eller § 18 indeholder en sådan hjemmel til betaling af løn, hvis en medarbejder på grund af sygdom bliver ude af stand til at tage vare på sit barn, mens medarbejderen afholder orlov efter barselloven. Løn under barsel efter § 20 forudsætter således, at den pågældende medarbejder er på barselorlov, hvilket netop ikke er tilfældet, når barselorloven er afbrudt efter barsellovens § 7, stk. 2. Der er i en sådan situation hel-

ler ikke ret til at oppebære barseldagpenge, hvilket understreges af, at L under sin sygdom overgik til sygedagpenge. Det er i øvrigt ikke afgørende for anvendelsen af § 20, om der skulle være ret til barseldagpenge, da barselsorloven under alle omstændigheder er afbrudt. Løn under sygdom efter overenskomstens § 18 forudsætter en eksplicit aftale med arbejdsgiveren om midlertidigt at indtræde i ansættelsen med henblik på at modtage løn under sygdommen. I modsat fald vil arbejdsgiveren blive påført en betydelig økonomisk byrde, idet arbejdsgiveren ved betaling af løn til en medarbejder, der afholder orlov efter barselloven, er berettiget til barseldagpengerefusion, mens arbejdsgiveren ved betaling af løn under sygdom først er berettiget til refusion af sygedagpenge efter udløbet af den såkaldte arbejdsgiverperiode på 30 kalenderdage fra første fraværsdag. Arbejdsretten har da også i sin dom af 13. oktober 2008 fastslået, at løn under sygdom i forbindelse med orlov kræver en sådan aftale om "genindtræden". Sagen vedrørte en medarbejder, der var omfattet af Industriens Overenskomst, hvis bestemmelser om løn under sygdom overordnet baserer sig på samme principper som Landsoverenskomstens § 18. I forhold til overenskomstens bestemmelser om løn under sygdom udtalte Arbejdsretten, at der ikke var grundlag for at nå til, at bestemmelsen regulerede andre situationer end den "normale", hvor medarbejderen er i arbejde, og at det ikke kunne udledes af bestemmelsen, hvad der skulle gælde, når medarbejderen blev syg under sin forældreorlov og alene ønskede at "genindtræde" i sin sygeperiode. For så vidt angik barsellovens bestemmelser, fastslog Arbejdsretten, at barsellovens § 17, 2. pkt. alene omhandler tilfælde, hvor lønmodtageren kan ændre en varslet orlov uden at afgive det sædvanlige varsel, og således ikke regulerer, hvad der i sådanne tilfælde skal gælde med hensyn til arbejdsgiverens forpligtelse til at betale løn til lønmodtageren. På samme måde må det i denne sag antages, at en medarbejder, der afbryder sin barselsorlov på grund af sygdom, ikke uden aftale med arbejdsgiveren kan genindtræde i ansættelsen alene med det formål at opnå fuld løn under sygdom. Det forhold, at der i Arbejdsrettens afgørelse var tale om sygdom opstået under forældreorloven, mens der i denne sag er tale om sygdom opstået under barselsorloven, har ingen betydning for afgørelsen. Den særlige hjemmel i barsellovens § 7, stk. 2, er alene nødvendiggjort af, at barselsorloven er øremærket til moderen. Ligeledes lægger Arbejdsretten i sine præmisser ikke vægt på, om medarbejderen opnår nogen vinding ved at afbryde orloven, hvorfor det forhold, at L i denne sag ikke opnår nogen vinding hverken økonomisk, fraværsmæssigt eller barseldagpengemæssigt er uden betydning.

Det er for Arbejdsrettens afgørelse uden betydning, om virksomheden ved betaling af løn til L kunne have modtaget refusion af barsel- eller sygedagpenge, og der er derfor ikke grundlag for at udsætte denne sag på indhentelse af erklæringer herom.

Dernæst bestrides det, at indklagedes fortolkning af Landsoverenskomstens bestemmelser i denne sag udgør indirekte diskrimination i strid med ligestillingslovene og de underliggende direktiver. Retten til løn under sygdom efter Landsoverenskomsten er en rettighed, der er tillagt medarbejderne i tillæg til rettighederne efter sygedagpengelovens regler, og som alene er tillagt via overenskomstparternes aftale, således som denne er formuleret i Landsoverenskomstens § 18. At denne aftale ikke tillægger en medarbejder, der bliver syg under afholdelse af orlov efter barselloven, ret til midlertidigt at genindtræde i ansættelsen for at modtage løn under sygdom i sygeperioden, er ikke udtryk for diskrimination i strid med ligebehandlingsprincippet, men derimod alene udtryk for, at medarbejderne ikke er tillagt en sådan rettighed efter overenskomsten. Retstillingen er ens for kvindelige og mandlige medarbejdere, hvorfor fortolkningen også af denne grund ikke er udtryk for diskrimination i strid med ligebehandlingsloven. Retspraksis vedrørende graviditetsbetinget sygdom relaterer sig til sygdom under graviditeten og dermed ikke sygdom, der opstår efter fødslen. Indklagedes synspunkt om, at en medarbejder alene vil være berettiget til midlertidigt at genindtræde i ansættelsen ved sygefravær under en orlov, såfremt der er indgået en aftale med arbejdsgiveren om en sådan genindtræden, gælder, uanset om der er tale om kvindelige eller mandlige medarbejdere og uanset, om medarbejderens sygdom kan relateres til graviditeten eller ej. Også af den grund er der ikke tale om forskelsbehandling i strid med ligebehandlingsloven. Tværtimod vil klagers synspunkt føre til en positiv særbehandling af medarbejdere, der under deres barsels- eller forældreorlov sygemeldes grundet sygdom som følge af graviditeten eller fødslen. Den af klager påberåbte retspraksis vedrørende ret til løn under sygdom for medarbejdere, der spontant aborterer før påbegyndelsen af orlov er ikke relevant i relation til sygdom, der opstår efter påbegyndelse af orlov. Tilsvarende er praksis i relation til afskedigelsesbeskyttelsen efter ligebehandlingsloven heller ikke relevant, idet spørgsmålet om hvilke lønrettigheder, der tilkommer en medarbejder under orlov, ikke er reguleret heri, men i denne sag alene er et overenskomstanliggende.

Opmandens begrundelse og resultat

Da der ikke har kunnet opnås flertal blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten om en afgørelse af sagen, afgøres uoverensstemmelsen af opmanden, der udtaler følgende:

Ad spørgsmålet om udsættelse af sagen

Efter barselloven har moderen ret til fravær i de første 14 uger efter fødslen, mens faderen i samme periode alene har ret til 2 ugers fravær. I den sag, der har givet anledning til nærværende voldgifts-sag, blev moderen på grund af sygdom 8 uger efter fødslen ude af stand til at tage vare på sit barn, og som følge heraf indtrådte faderen i hendes ret til fravær efter barsellovens § 7, stk. 2, og var efter barsellovens § 20 berettiget til at modtage barseldagpenge under den del af moderens orlov, som han var indtrådt i. Jeg finder det ubetænkeligt at lægge til grund, at moderens ret til barseldagpenge efter § 20 i konsekvens heraf ophørte, så længe hun var sygemeldt, og at det derfor var korrekt, at kommunen i forbindelse med hendes sygemelding traf afgørelse om at udbetale hende sygedagpenge under hendes sygdom.

Herefter, og idet spørgsmålet om, hvorvidt der er en arbejdsgiverperiode i relation til virksomhedens ret til refusion af sygedagpenge ikke har væsentlig betydning for sagens afgørelse, finder jeg ikke grundlag for at udsætte sagen med henblik på en nærmere afklaring af disse spørgsmål.

Ad spørgsmålet om ret til løn efter overenskomsten

Efter overenskomstens § 20 har moderen ret til fuld løn i indtil 14 uger efter fødslen (barselorlov) og i indtil 7 uger herefter (forældreorlov), mens faderen har ret til fuld løn i 2 ugers fædreorlov og indtil 7 ugers forældreorlov. Det må efter bestemmelsens ordlyd, herunder henvisningen til (refusion af) den maksimale dagpengesats sammenholdt med anciennitetskravet, anses som en betingelse for virksomhedens betaling af løn efter denne bestemmelse, at den ansatte er fraværende med ret til barseldagpenge i henhold til barsellovens regler. Jeg finder, at en ansat i den foreliggende situation, hvor faderen (eller en medmoder) er indtrådt i den ansattes barselorlov efter barsellovens § 7, stk. 2, og heller ikke afholder forældreorlov under sin sygdom, ikke har ret til fuld løn efter overenskomstens § 20.

Der er ikke grundlag for at antage, at overenskomstens § 18 regulerer spørgsmålet om en medarbejders ret til løn under sygdom i andre situationer end normalsituationen, hvor den pågældende med-

arbejder er i arbejde. Da virksomheden har afvist at indgå aftale om "genindtræden" i ansættelsen med henblik på, at moderen kan opnå fuld løn under sygdom, findes der i overensstemmelse med Arbejdsrettens dom i sagen A2007.507 heller ikke krav på fuld løn efter overenskomstens § 18 i en situation som den foreliggende.

Ad spørgsmålet om forenelighed med ligestillingslovenes mv. forbud mod diskrimination

Klageren har for det tilfælde, at en ansat efter overenskomsten ikke har krav på fuld løn under sygdom opstået under barsels- og/eller forældreorloven gjort gældende, at dette udgør en indirekte forskelsbehandling i strid med ligebehandlings- og/eller ligelønslovens regler, idet en sådan retstilstand, selvom den er ens for mænd og kvinder, rammer kvinder i højere grad end mænd, fordi de i praksis afholder mere orlov end mænd, og at der på dette grundlag tilkommer en ansat fuld løn.

Ligebehandlingsloven indeholder ikke en bestemmelse om efterbetaling af løn som følge af en krænkelse, og spørgsmålet er derfor, om det forhold, at der efter parternes overenskomst i den foreliggende situation ikke er krav på fuld løn under moderens sygdom opstået under orlov, er foreneligt med ligelønsloven og de bagved liggende EU-retlige regler om ligeløn og principper om ligebehandling, således som disse fortolkes i EU-Domstolens praksis.

Domstolen besvarede ved dommen af 13. februar 1996 i sag C-342/93, Joan Gillespie-sagen, nogle spørgsmål forelagt for domstolen af Court of Appeal in Northern Ireland således:

"Ligelønsprincippet, som er opstillet i EØF-traktatens artikel 119 og præciseret i direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder, indebærer ikke en forpligtelse til fortsat at give kvindelige arbejdstagere fuld løn under barselsorlov og opstiller heller ikke specifikke kriterier med henblik på fastsættelsen af størrelsen af den ydelse, der udbetales til dem i denne periode, medmindre den fastsættes på et sådant niveau, at formålet med barselsorlovens bringes i fare. For så vidt som beregningen af disse ydelser bygger på den løn, den kvindelige arbejdstager har modtaget, før barselsorloven begyndte, skal ydelserne imidlertid omfatte lønforhøjelser, der er sket mellem begyndelsen af den periode, referencelønnen omfatter, og slutningen af barselsorloven, fra det tidspunkt, hvor de er trådt i kraft."

Domstolen fandt således, at en kvinde på barselsorlov ikke kan sammenlignes med den situation en mand eller en kvinde, som arbejder normalt, befinder sig i, og at kvinden derfor ikke kunne påberåbe sig, at hendes manglende ret til løn i sig selv udgjorde en forskelsbehandling i strid med lige-

lønsprincippet. Dette udgangspunkt ses ikke fraveget ved de senere afgørelser fra EU-Domstolen eller kendelser fra faglig voldgift, som er fremhævet af klager under denne sag. Forbuddet mod forskelsbehandling, således om dette har fundet udtryk i ligelønsloven, må forstås i overensstemmelse hermed.

Jeg finder på denne baggrund, at der ikke er tale om ulovlig forskelsbehandling, når en ansat, der er på barsels- eller forældreorlov, ikke har krav på fuld løn under sygdom i samme omfang, som en mand eller kvinde der er i arbejde. Det gør i den forbindelse ingen forskel, om sygdommen er en følge af fødslen eller er begrundet i andre forhold, når der som i denne sag ikke udøves direkte forskelsbehandling i strid med ligelønslovens § 1a. Ved vurderingen af, om der foreligger ulovlig diskrimination, kan der ikke drages paralleller til den situation, hvor en ansat aborterer og i tilknytning hertil melder sig syg, idet den pågældende indtil aborten må betragtes som værende i arbejde, ligesom spørgsmålet om aflønning under orlov heller ikke kan sammenlignes med den beskyttelse mod forskelsbehandling i forbindelse med bl.a. afskedigelse, der kan udledes af ligebehandlingsloven.

Ad den mere subsidiære påstand

Jeg finder ikke grundlag for i øvrigt at tilkende L fuld løn under sin sygdom. Det forhold, at virksomheden i denne sag sparer udgifter til betaling af løn under hendes orlov i forhold til, hvad man måtte have forventet ved orlovens begyndelse, kan ikke føre til et andet resultat.

På denne baggrund tages indklagedes frifindelsespåstand til følge.

T h i b e s t e m m e s :

Indklagede, Dansk Industri for Ditobus A/S, frifindes.

Hver part bærer egne omkostninger og halvdelen af opmandens honorar.

København, den 22. maj 2014


Pene Vuust