

Medarbejderbeskyttelse, familievenlige ordninger og diskrimination af kvinder på arbejdsmarkedet.

Et speciale om hvorvidt regler, der er tiltænkt at fremme kvinders placering på det danske arbejdsmarked kan have modsatrettede effekter og i stedet fremme arbejdsgiveres diskriminerende adfærd.

Employee protection, family friendly agreements and discriminatory behaviour against women on the labour market.

A thesis on whether rules that are intended to promote women's position in the Danish labour market can have an opposite effect and instead promote discriminatory behaviour from the employers.

Vejledere
Birthe Larsen
Inger Høedt-Rasmussen

Copenhagen Business School 2013

30.08.2013

117.8 sider
268037 anslag

Abstract

This thesis is an investigation into whether the rules in the Equal Pay Act and the Equal Treatment Act as well as family friendly agreements can lead to employers discriminatory behaviour against women.

The legislator has chosen to carry out the principles of the law, among other things by over implementing rules from the Remodelled Directive of Gender Equality in the Equal Treatment Act § 16, stk. 4 and the Equal Pay Act § 3, stk. 2. This means that the onus of proof rests solely on the employer and practice shows that it takes a lot before one could demonstrate thoroughly.

We show in a case law analysis that within certain cases the courts of law seem to show a will towards extending the protection of the law in as wide a range as possible. Furthermore the analysis shows that the special protection in some cases can be extended to enjoin the employer with an objective responsibility.

Law nr. 217 of 5.3.2013, which includes i.e. § 8a, stk. 2, gives cause for interpretative doubt. The provision is yet another example of a family friendly arrangement with the purpose of creating a better balance between working- and family life. We find that women primarily use these arrangements, which, other things being equal, gives significance to their position in the labour market.

We also argue that rules such as the Equal Treatment Act § 9 and the Equal Pay Act § 3 as well as family friendly agreements may lead to an advance in the discriminative behaviour of some employer in the recruiting phase. If a bad match occurs, employers will abstain from dismissing an employee due to the financial risk. Instead the employer waits for the employee to find a new job. This can lead to a balance, where even non-discriminative employers exhibit discriminatory behaviour, because of the superior profitability involved. Discrimination thereby becomes self-perpetuating, because the employees in the discriminated group already find it harder to get a job, and thus become less attractive to hire. Also we argue that family friendly agreements may lead to some employers' exhibit statistical discrimination against women.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 - Introduktion	1
Indledning	1
Synsvinkel	2
Problemformulering	2
Afgrænsning	3
Juridisk teori og metode	4
Retlig polycentri	8
Økonomisk teori og metode	12
Opgavens struktur	14
 Kapitel 2 - Økonomiske teorier om kvinders placering på arbejdsmarkedet	 17
Indledning	17
Human kapital teorien	17
Præferencebaseret diskrimination	19
Statistisk diskrimination	25
Glasloftet	27
Anonyme jobansøgninger	29
Delkonklusion	31
 Kapitel 3 - Det juridiske regelsæt	 33
Indledning	33
Ligestilling i et EU-retligt perspektiv	33
Direkte og indirekte forskelsbehandling	35
Direkte forskelsbehandling	35
Indirekte forskelsbehandling	36

Ligeløn	38
Formål	38
Forbud mod forskelsbehandling og definition på lønbegrebet	38
Krav på lønforskellen og godtgørelse	42
Forbud mod afskedigelse	43
Kommentarer til ligelønsloven	44
Ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.	45
Formål	45
Ansættelser, forflyttelser og forfremmelser	46
Arbejdsvilkår	47
Graviditet, barsel og adoption	48
<i>Forbud mod afskedigelse grundet graviditet mv.</i>	49
Godtgørelse	52
Kommentarer til ligebehandlingsloven	55
Delkonklusion	56

Kapitel 4 - Domsanalysen **58**

Indledning	58
Beskyttelsens rækkevidde før graviditeten indtræffer	58
Hvornår er man startet i fertilitetsbehandling?	59
Sagens faktiske omstændigheder	59
Sagens anbringender	59
Vestre Landsrets afgørelse	61
Højesterets afgørelse	61
Kommentarer til dommen	62
Medfører fertilitetsbehandling pr. automatik en ansættelsespligt?	64
Sagens faktiske omstændigheder	64
Sagens anbringender	65

Byrettens afgørelse	65
Vestre Landsrets afgørelse	65
Højesterets afgørelse	66
Kommentarer til dommen	66
Beskyttelsens rækkevidde under graviditet og orlov	66
<i>Manglende indkaldelse til lønsamtale under barsel</i>	67
Sagens faktiske omstændigheder	67
Sagens anbringender	68
Sø- og Handelsrettens afgørelse	69
Højesterets afgørelse	70
Kommentarer til dommen	71
<i>Afskedigelse af gravid kvinde, hvor arbejdsgiveren ikke var bekendt med graviditeten</i>	72
Sagens faktiske omstændigheder	72
Sagens anbringender	73
Byrettens afgørelse	73
Vestre Landsrets afgørelse	73
Højesterets afgørelse	74
Kommentarer til dommen	75
Delkonklusion	77
Kapitel 5 - Ændringen af ligestillingsloven	78
Indledning	78
Baggrunden for lovforslaget	78
Ændrede arbejdstider og - mønstre	80
Anden mindre gunstig behandling	84
Ligestillingslovens § 9	84
Ligestillingslovens § 16, stk. 2 og 4	87

Effekter ved ændringen i ligebehandlingsloven i forhold til kvinders placering på arbejdsmarkedet	88
Delkonklusion	90

Kapitel 6 - Familievenlige ordninger på arbejdspladsen 91

Indledning	91
Lønforskelle og arbejdsstyrken i Danmark	91
Beskæftigelsesfrekvens	92
Uddannelsesniveau	93
Deltidsbeskæftigede	93
Barsel	94
Forening af arbejdsliv og privatliv	95
Balancen mellem arbejds- og familieliv fra et leder perspektiv	97
Udviklingen i erhvervsfrekvens, arbejdstid og lønudvikling siden 1996	99
Erhvervsfrekvens	99
Arbejdstid	99
Lønudviklingen	100
Effekterne af de familievenlige ordninger	102
Kvinder - en underskudsforretning?	104
Delkonklusion	107

Kapitel 7 - Afledte effekter ved ligeløns- og ligebehandlingsloven samt familievenlige ordninger 109

Indledning	109
Medarbejderbeskyttelse og diskrimination	110
Perspektivering	113
Delkonklusion	119

Kapitel 8 - Konklusionen	120
Forkortelser	121
Litteraturliste	122
Bøger	122
Videnskabelige artikler	122
Artikler mv.	124
Publikationer	124
Love og andre retsforskrifter	125
Lovforslag mv.	126
Doms- og afgørelsesregister	127
Ligebehandlingsnævnets afgørelser	127
EU-Domstolens afgørelser	127
Bilagsliste	129

Kapitel 1 - Introduktion

Indledning

Formålet med denne opgave er at undersøge retstilstanden i ligeløns- og ligebehandlingsloven, samt effekterne ved familievenlige ordninger, eksempelvis den seneste ændring i ligebehandlingslovens § 8a, stk. 2.^{1 2 3} Vi ønsker dernæst at sammenholde dette med teorierne om human kapital, præferencebaseret samt statistisk diskrimination. Denne opgave vil være en interdisciplinær afhandling, der kombinerer jura og økonomi for derved at give et helhedsbillede af de underliggende mekanismer, der gør sig gældende for ligeløns- og ligebehandlingslovens regler og de familievenlige ordninger samt de afledte effekter heraf.

Vores motivation for opgaven er, at vi begge gennem vores arbejde får et indblik i, hvordan reglerne opfattes og administreres af virksomhederne i praksis. Ligeløns- og ligebehandlingslovens formål er at sikre lige muligheder og lige adgang til arbejdsmarkedet for mænd og kvinder. Der er som følge heraf øget fokus på familievenlige ordninger, både gennem lovgivning og overenskomster samt kutymer på den enkelte arbejdsplads. I denne forbindelse finder vi det relevant at undersøge de afledte effekter af ligeløns- og ligebehandlingsloven og de familievenlige ordninger, herunder barsel. Vi finder det interessant at se på, hvorvidt disse ordninger påvirker arbejdsgiveres adfærd overfor kvinder og således kan have modsatrettede effekter i forhold til både lovenes og de familievenlige ordningers oprindelige sigte.

Når der opstår en konflikt, imellem arbejdstager og arbejdsgiver, er vores hypotese, at ligeløns- og ligebehandlingsloven bevirker at kvinder i højere grad problematiseres og betragtes som værende en dyrere arbejdskraft for virksomheden. Dels fordi kvinder tager størstedelen af barselsorloven og dels, fordi de er beskyttet af ligeløns- og ligebehandlingslovens regler. Det opleves ofte som et stort problem for arbejdsgiverne, at de grundet især reglerne i ligebehandlingsloven ikke kan afskedige en medarbejder så

1 Lov om lige løn til mænd og kvinder ved lovbekendtgørelse nr. 899 af 5.9.2008.

2 Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. ved lovbekendtgørelse nr. 645 af 8.6.2011 med senere ændringer ved lov nr. 553 af 18.6.2012 og lov nr. 217 af 5.3.2013.

3 Lov nr. 217 af 5.3.2013 – lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.

længe, denne er særligt beskyttet jf. reglernes anvendelsesområde. Til trods for at en arbejdsgiver har en saglig grund hertil, eksempelvis omstruktureringer, nedskæringer eller, fordi den pågældende medarbejder ikke udfører arbejdet på tilfredsstillende vis er vores hypotese, at reglerne opfattes sådan at de forhindrer en saglig opsigelse.

Disse iagttagelser ønsker vi at undersøge samtidig med, at vi ligeledes vil diskutere, hvorvidt reglerne i ligeløns- og ligebehandlingsloven samt de familievenlige ordninger påvirker arbejdsgivernes adfærd i en sådan grad, at disse i nogle tilfælde udviser diskriminerende adfærd overfor kvinder. Vi antager, at en sådan adfærd kan påvirke kvinders placering på arbejdsmarkedet og, vil i denne opgave undersøge hypotesen ved hjælp af den juridiske og økonomiske disciplin.

Synsvinkel

Synsvinklen i denne opgave vil primært blive anskuet fra arbejdsgivernes synsvinkel. Vi finder denne synsvinkel relevant, da det netop er disse, der ansætter og afskediger medarbejderne. Arbejdsgiverne er derfor i høj grad med til at sætte rammen for, hvordan reglerne udspiller sig i praksis og påvirker den enkelte arbejdstager. Hvis arbejdsgiverne udviser diskriminerende adfærd fordi, de anser kvinderne for værende en mindre attraktiv arbejdskraft, grundet ligeløns- og ligebehandlingslovens regler og de familievenlige ordninger, vil efterspørgslen af deres arbejdskraft, alt andet lige, falde. Dette vil have betydning for deres placering på arbejdsmarkedet. I forlængelse heraf finder vi det endvidere relevant se på, hvilke hensyn der ligger til grund for reglerne i førnævnte love.

Selvom denne opgave primært vil blive anskuet fra arbejdsgivernes synsvinkel, vil vi, særligt i kapitel 7 ligeledes se på, hvordan reglerne og anvendelsen heraf har betydning for den enkelte arbejdstager/familierne og samfundet generelt.

Problemformulering

Temaet for denne opgave er, at undersøge om reglerne i henholdsvis ligeløns- og ligebehandlingsloven, samt familievenlige ordninger leder til, at arbejdsgivere udviser diskriminerende adfærd overfor kvinder på det danske arbejdsmarked. Følgende spørgsmål vil danne ramme herom:

- *Hvilke midler benytter lovgiver for at gennemføre ligeløns- og ligebehandlingslovens formål?*
- *Hvordan fortolkes ligeløns- og ligebehandlingslovens regler gennem Højesterets praksis herom?*
- *Hvordan skal lov nr. 217 af 5.3.2013 fortolkes og, hvilke afledte økonomiske effekter har familievenlige ordninger som denne på sigt?*
- *Hvorfor kan reglerne i ligeløns- og ligebehandlingsloven samt familievenlige ordninger skabe økonomiske incitament hos arbejdsgivere til at udvise en diskriminerende adfærd overfor kvinder?*

Afgrænsning

Indenfor den juridiske disciplin afgrænser vi os i denne opgave fra at se på folkeretten samt EU's Charter om grundlæggende rettigheder. Begge dele indeholder interessante betragtninger i forhold til ligestilling men, da opgavens hovedsigte er danske kvinders placering på arbejdsmarkedet, har vi valgt at fokusere på dansk ret samt dele af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde og de omarbejdede kønsligestillingsdirektiv, der ligger til grund for ligeløns- og ligebehandlingsloven. Vi behandler endvidere ikke lovene som helhed men alene de bestemmelser, der antages at være relevante for besvarelsen af opgavens problemformulering.

Hvad angår domsanalysen i kapitel 4, skal de valgte domme ses som et udsnit af den praksis, der bidrager til fortolkningen af retstilstanden. Domsanalysen er således ikke et endeligt svar på, hvor langt beskyttelsen rækker. Andre domme vil derfor også bidrage til fortolkningen heraf, men de valgte domme findes særligt relevante for vores problemstilling. Endvidere har vi alene valgt at se på afgørelser afsagt af Højesteret. Dermed afgrænser vi os fra den praksis, der er afsagt af Ligebehandlingsnævnet. Endvidere har vi ikke set på praksis fra faglig voldgift, da denne ofte ikke er offentlig tilgængelig.

Der kan inden for økonomisk teori nævnes mange forskellige bidrag, der forsøger at forklare kvinders placering på arbejdsmarkedet og løngabet mellem mænd og kvinder. Vi har i denne opgave valgt at ligge fokus på human kapital teorien, der forsøger at forklare forskelle i den udbudte arbejdskraft samt præferencebaseret og statistisk diskrimination, der forsøger at forklare forskelle i den arbejdskraft, arbejdsgiverne

efterspørger. Vi vil således ikke behandle teorier såsom crowding-hypotesen, insider-outsider teorien og andre segmenteringsteorier. Ligeledes vil vi ikke gennemgå organisationsteorier eller teorier om mangfoldighedsledelse, som uden tvivl vil være spændende bidrag, men som ligger udenfor denne opgaves sigte, da denne ser på sammenspillet mellem det juridiske regelsæt, de familievenlige ordninger og diskrimination af kvinder.

Juridisk teori og metode

I denne opgave benyttes den realistiske retsteori, hvor det at finde gældende ret, ifølge Alf Ross, er en opgave, hvor man opstiller sætninger om gældende ret, *de lege lata*, som er empirisk verificerbar eller falsificerbar.⁴ Ross og hans retskildelære er et af de centrale elementer i den realistiske retsteori, og hans retskildelære er deskriptiv, hvorfor retskilderne fastsættes ud fra, hvordan retten anvendes og fungerer ved domstolene.⁵ Ifølge Ross er der således heller ikke nogen rangorden retskilderne imellem, da domstolene ikke er forpligtet til at følge en bestemt retskilde. Domstolene er derimod forpligtet til at anvende alle retskilderne såfremt, de er anvendelige i den konkrete sag.⁶ Frem for en rangorden beskæftiger Ross sig med kildetypernes forskellige grad af objektivisering, dvs. graden af færdigformulering af reglen.⁷

Ross' realistiske retsteori er en såkaldt prognoseteori, hvor udsagn om den gældende ret ikke refererer til noget, der allerede er sket, men i stedet refererer til den opfattelse, man må forvente, at domstolene vil ligge til grund i den enkelte sag. På denne måde er retsvidenskaben ifølge Ross' opfattelse i virkeligheden prognoser om, hvad gældende ret er.⁸

I den realistiske retsteori henvender reglen sig til dommeren og ikke borgeren. Denne anskuelse skyldes, at det ifølge Ross er den måde, hvorpå reglen påvirker dommerens sind, der kan føre til en verificerbar påstand om gældende ret. Det er således ikke af-

4 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 382.

5 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 389.

6 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 389.

7 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 390.

8 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 388-389.

gørende, hvorvidt den enkelte borger føler en retlig forpligtelse til at følge denne.^{9 10} Ross beskriver den gældende ret som monopoliseret udøvelse af statslig tvang og det, som opretholder systemet er frivillig efterlevelse fra domstolenes side. Sammenhængen mellem ret og tvang kan imidlertid kun opretholdes på de retsområder, hvor tvangen udøves gennem en dertil bestemt offentlig myndighed.¹¹ I forhold til EU er det således et problem, at der ikke er et sanktionselement knyttet til reglerne. EU-retlige regler karakteriseres dog alligevel som retsregler jf. det såkaldte familielighedsbegreb. Der skal herved forstås, at f.eks. A, B og C kan være beslægtet fordi, de hver især har en egenskab til fælles med eksempelvis B fordi, A har en ting til fælles med B, mens C har en anden ting til fælles med B. Derudover har EU en domstol og, det afgørende for prognoseteorien er, at domstolene har kompetence til at fastlægge reglernes indhold i forbindelse med afgørelse af retlige tvister.¹²

Den retsdogmatiske metode er den metode, der vil blive benyttet i den juridiske analyse. Denne metode beskriver og fortolker gældende ret, og dermed beskrives retstilstanden, som den er.¹³ Det afgørende ved metoden er, at alle relevante retlige argumenter er klarlagt og afvejet over for hinanden på en faglig korrekt måde for derved, at kunne besvare det retlige spørgsmål korrekt.¹⁴

Retskilderne anvendes til at beskrive og fortolke gældende ret. Retskilderne har en normativ karakter og tager sigte på at bidrage til fortolkningen af de retlige forhold og dermed også til at skabe juridisk viden.¹⁵ Retskilderne i den juridiske metode er, efter Alf Ross' variant af den realistiske retsteori, inddelt i 4 hovedgrupper. Disse 4 grupper er regulering, retspraksis, sædvaner samt forholdets natur.¹⁶

Den første af de 4 grupper er regulering eller retsforskrifter. Herved skal forstås et sæt af regler, der er fastsat af et organ, som har fået tildelt kompetence til at fastsætte denne form for regler. Retsforskrifterne udtrykker dermed de regler, der ønskes ef-

9 Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 391-392.

10 Se dog afsnittet om retlig polycentri nedenfor.

11 Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 384.

12 Ravnkilde, 2003, s. 372.

13 Blume, 2009, s. 161.

14 Blume, 2009, s. 59.

15 Blume, 2009, s. 60.

16 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 49.

terfulgt på et specifikt område, f.eks. med hensyn til ligebehandling af mænd og kvinder.¹⁷ I denne opgave anvendes både retsforskrifter, der er fastsat af internationale organer, i dette tilfælde EU samt nationale organer og retsforskrifterne tillægges således ikke samme status. Den enkelte retsforskrifts juridiske status afhænger i første række af den konkrete juridiske problemstilling, der ønskes besvaret.¹⁸ Der benyttes bestemmelser fra Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv og direktivet om iværksættelse af den reviderede rammeaftale om forældreorlov.^{19 20} Derudover benyttes nationale retsforskrifter i form af især ligelønsloven og ligebehandlingsloven. Vi vil endvidere inddrage forarbejder samt bemærkninger til lovene. Forarbejderne karakteriseres også som en retskilde og, benyttes da disse er med til at give en større forståelse for bevæggrundene bag de nævnte lovændringer og dermed også har betydning for fastlæggelsen af, hvad der er gældende ret.²¹ Bemærkningerne til lovændringen benyttes, da de ligeledes er med til at beskrive retstilstanden. Bemærkningerne kan inddeles i henholdsvis de almindelige bemærkninger og bemærkningerne til de enkelte paragraffer. De almindelige bemærkninger giver en generel beskrivelse af baggrunden for lovforslaget og de hovedprincipper, der lægger til grund for lovforslaget, mens bemærkningerne til de enkelte paragraffer giver en uddybende forklaring på de tvivlsomme udtryk, der måtte være i lovteksten.²²

Den retsdogmatiske metode indebærer i denne opgave også inddragelse af relevant retspraksis, da dette er med til at klarlægge den gældende ret. Retspraksis kan karakteriseres som en retlig stillingtagen til et konkret foreliggende spørgsmål, hvor man sammenholder de relevante retskilder med de faktiske omstændigheder i en konkret sag.²³ Der foretages således en såkaldt subsumption, hvor retsfaktum og reglen/-rne

17 Blume, 2009, s. 65.

18 Blume, 2009, s. 65.

19 Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning).

20 Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF.

21 Blume, 2009, s. 66 og 93.

22 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 87.

23 Blume, 2009, s. 66.

(jus) i den konkrete sag fastlægges og sammenholdes. Derved fremkommer det resultat (retsfølgen), som er løsningen på konflikten.²⁴

I denne opgave vil vi analysere og diskutere betydningen af fire domme, der alle er afsagt af Højesteret. Formålet hermed er, at undersøge omfanget i beskyttelsesbegrebet i henholdsvis ligeløns- og ligebehandlingsloven.

Afgørende for, hvorvidt de behandlede domme kan anses, for værende et præjudikat er ifølge Peter Blume følgende:

”Dette er domme, som begrundet deres resultat på en sådan måde, at retstilstanden forandres, idet denne virkning opstår ved, at den nye regel, der som et generelt argument er medtaget i dommens præmisser, bliver lagt til grund i fremtidige afgørelser.”²⁵

En sådan dom er retsskabende og tilføjer noget nyt til den retstilstand, der allerede foreligger. I modsætning til disse domme er der dem, som blot er retsanvendende. Disse domme kan dog være med til, at klarlægge om en tidligere afsagt dom virker som et præjudikat. Selvom en dom kan anses for at have præjudikatsværdi, vil det ikke være umuligt senere hen at bryde med denne praksis. Dette vil ofte være nødvendigt, når der er sket en betydelig samfundsudvikling på det pågældende område. I et sådant tilfælde er man nødt til at bryde med ældre praksis da alternativet vil være, at den materielle retfærdighed tilsidesættes til fordel for den formelle retfærdighed.²⁶ Af denne grund har præjudikater ofte en kortere levetid i dag i forhold til før i tiden.

Højesterets dom af 29. marts 2012 er valgt, da den bidrager til forståelsen af, hvor når medarbejdere i forbindelse med fertilitetsbehandling er omfattet af ligebehandlingslovens bestemmelser.²⁷ Højesterets dom af 9. maj 2012 er medtaget, da den illustrerer, at der skal påvises faktiske omstændigheder af en vis tyngde før, der er skabt

24 Blume, 2009, s. 127.

25 Blume, 2009, s. 134.

26 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 167.

27 UfR2012.2133H.

formodning for, at der er sket forskelsbehandling i strid med loven.²⁸ Disse to domme bidrager til forståelsen af, hvilken beskyttelse der gælder inden graviditeten indtræffer. Efterfølgende har vi valgt at analysere Højesterets dom af 14. maj 2012, da den illustrerer, at der fortsat gælder en pligt til, at indkalde medarbejdere til den årlige lønsamtale selvom de er på orlov.²⁹ Dernæst er den et eksempel på, hvornår en opsigelse er i strid med ligelønslovens bestemmelser. Afslutningsvist analyserer vi Højesterets dom af 20. februar 2012, da den viser, at der i særlige tilfælde gælder et objektivt ansvar for arbejdsgiveren.³⁰ Den er således et eksempel på, hvor langt beskyttelsen i nogle situationer rækker.

Udover de ovennævnte retskildetyper er der ligeledes også retssædvaner og kutymen samt forholdets natur. Retssædvaner og kutymen defineres som en handlemåde, der er blevet fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en følelse af retlig forpligtelse.³¹ Forholdets natur kan defineres som den praksis, der følges af private og, som med tiden udvikler sig til almindelige retsgrundsætninger eller principper.

Retlig polycentri

Retssystemet er i de senere år blevet karakteriseret som værende pluralistisk af bl.a. Henrik Zahle. Peter Blume sammenfatter retlig polycentri på følgende måde:

”Sammenfattende indebærer polycentri, at der på forskellige retsområder anvendes forskellige retskilder, at de samme retskilder tillægges forskellig betydning på forskellige områder, og at forskellige retlige instanser har deres egen prioritering af retskilderne.”³²

Der kan således stilles spørgsmålstejn ved, om retten udgør en enhed (monocentri) eller, om der i stedet findes flere sideordnede retssystemer, hvor retskilderne anvendes på varierende måde.³³

28 UfR2012.2602H.

29 UfR2012.2627H.

30 UfR2012.1782H.

31 Nielsen & Tvarnø, 2011, s. 167.

32 Blume, 2009, s. 63.

33 Blume, 2009, s. 64.

Grunden til, at vi i dette afsnit behandler den retlige polycentri er, at vi finder det relevant at diskutere betydningen heraf, samt sætte fokus på at de afgørelser, der afsiges af domstolene, ikke er det eneste, der er med til at definere retstilstanden.

På det arbejdsretlige område er det ofte sådan, at uoverensstemmelser medarbejdere og arbejdsgivere imellem afgøres ved forlig. Det er således parterne selv (og deres organisationer), der bliver enige om, hvordan en given konflikt skal løses. Der kan eksempelvis være forskel på organisationernes forhandlingsstyrke eller, måske ønsker den ene part at finde en hurtig løsning på problemstillingen, hvorfor denne er villig til at betale sig fra at få sagen lukket hurtigere. Forligspraksis er ikke altid offentlig tilgængelig, hvilket betyder, at det er uvist, hvordan reglerne således udspiller sig i praksis. Dermed er det uvist, om reglerne i disse tilfælde fortolkes på en anden måde end, de bliver af domstolene. Dermed kan der, som også Blume beskriver det, i princippet eksistere flere sideordnede retssystemer, hvor retskilderne anvendes på forskellige måder.

En anden ting, der ligeledes er værd at tage fat på i denne sammenhæng, er det faktum, at EU-retlige regler i høj grad implementeres via overenskomster i Danmark, hvorfor der sker en retlig flerdeling. Det er bl.a. tilfældet med ligeløns- og ligebehandlingsloven. Når reglerne er implementeret på denne måde, er det ofte sådan, at sager herom behandles i det fagretlige system, med mindre overenskomstparterne har aftalt, at der ligeledes er mulighed for at afgøre tvisten ved de civile domstole.³⁴ Når sagerne afgøres i det fagretlige system, er de som oftest ikke offentlig tilgængelige, og derfor er det ikke praksis, som kan ligges til grund i senere sager, med mindre parterne alligevel får adgang til denne praksis. I så fald er det langt fra sikkert, at begge parter har adgang til samme praksis, og dermed er parterne ikke ligeværdige.

Ifølge Mariann Norbomm kan dette ligeledes påvirke EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål, da denne i høj grad undersøger retstilstanden i de enkelte EU-lande, inden de svarer på de forelagte præjudicielle spørgsmål. Dermed kan den

34 Dette er bl.a. tilfældet i Kontor og Lageroverenskomsten mellem HK og Dansk Erhverv, hvor det fremgår af "aftale om implementering af ligelønsloven" § 9 at sager enten skal behandles ved et ligelønsmålsråd eller ved de civile domstole. Overenskomsten kan findes på flg. link: <http://www.danskerhverv.dk/Raadgivning/Overenskomst/Documents/OVERENSKOMSTER-2012/OK2012-%20Kontor-lager.pdf>

manglende nationale praksis på det arbejdsretlige område i sidste ende påvirke det materielle indhold af den EU-retlige regulering fordi, EU-Domstolen i værste fald får et fortegnet billede af retstilstanden i Danmark.³⁵

Ligebehandlingsnævnet er endnu et eksempel på, at der kan eksistere flere måder, hvorpå retskilderne fortolkes af forskellige aktører. Ligebehandlingsnævnet nyder stor offentlig bevågenhed ikke mindst pga. nogle opsigtsvækkende afgørelser, som denne er kommet med. Ligebehandlingsnævnet er eksempelvis kommet frem til den afgørelse, at det er i strid med ligestillingsloven at tage forskellige priser for dame- og herreklip hos frisøren.^{36 37} Ligeledes kan nævnes to andre afgørelser, hvor Ligebehandlingsnævnet har fundet, at det er i strid med ligestillingsloven at tage forskellige medlems- og entrepriser for mænd og kvinder i swingerklubber.³⁸

Når det primært er denne type sager, der får opmærksomhed i det offentlige rum, kan man diskutere, om dette kan have en (uhensigtsmæssig) negativ indvirkning på retssikkerheden. Der kan derfor argumenteres for, at denne type sager kan have indflydelse på, hvordan ligestillingsreglerne, herunder også ligeløns og ligebehandlingslovens, formål bliver opfattet i samfundet. Ligebehandlingsnævnet afsiger både sager indenfor og udenfor arbejdsmarkedet, og sager som de førnævnte kan smitte af på andre forhold, bl.a. dem indenfor arbejdsmarkedet.

CEPOS har for nyligt publiceret et notat, der omhandler ligestillingsnævnet. Jacob Mchangama udtaler flg:

35 Norbomm, 2004, s. 11.

36 Lovbekendtgørelse nr. 1095 af 19/09/2007 – Bekendtgørelse af lov om ligestilling af kvinder og mænd med senere ændringer ved lov nr. 382 af 27.5.2008, lov nr. 484 af 12.6.2009, lov nr. 182 af 8.3.2011 § 3, lov nr. 553 af 18.6.2012 og lov nr. 1288 af 19.12.2012.

37 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 35/2013 (<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1109&type=Afgoerelse>) og afgørelse nr. 159/2013 (<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1234&type=Afgoerelse>)

38 Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 83/2013 (<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1157&type=Afgoerelse>) og afgørelse nr. 102/2013 (<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1177&type=Afgoerelse>).

”Når man ser på de afgørelser, Ligebehandlingsnævnet har truffet, er det retssikkerhedsmæssigt bekymrende, at det gør brug af en så bred fortolkning af lighedsbegrebet, hvor det f.eks. ikke længere er et kriterium, at en person rent faktisk er blevet udsat for forskelsbehandling, men derimod blot kunne ”forestilles” at blive det ud fra en reklame eller andet.”³⁹

Dette kan betyde, at Ligebehandlingsnævnet mister sit eksistensgrundlag og, at ligestilling/ligebehandling som begreb bliver udvandet. Endvidere argumenteres der i CEPOS’ notat for at Ligebehandlingsnævnet ligger mindre vægt på objektive og saglige begrundelser for forskelsbehandling, end hvad retsgrundlaget tillader.⁴⁰ Dermed kan man også argumentere for, at såfremt det viser sig at være tilfældet, da er disse afgørelser endnu et eksempel på, hvordan de samme retskilder kan blive fortolket forskelligt af arbejdsmarkedets aktører.

Vi kan derfor ud af det foregående udlede, at der ikke er blot ét men minimum fire systemer, der opererer parallelt med hinanden og, som er med til at fortolke gældende ret inden for ligestillingsområdet. De fire ”systemer” der tænkes på er henholdsvis de civile domstole, det fagretlige system, de sager der afgøres ved forlig mellem parterne samt Ligebehandlingsnævnets afgørelser.

Når vi i denne opgave har valgt alene, at analysere Højesterets domme skyldes det, at Højesteret er den øverste instans, og domme afsagt af denne er en slags retligt anker.⁴¹

I forhold til Alf Ross’ prognoseteori henvender denne sig, som nævnt ovenfor, til domstolene og ikke borgeren eller lovgiveren. Dette er et af kritikpunkterne ved teorien, som bl.a. er fremført af Henrik Zahle. I Ross’ prognoseteori er det således af mindre betydning, hvorvidt reglen efterleves effektivt af borgerne og, om den overtrædes.

39 ”Ligebehandlingsnævnets omfattende praksis forringer retssikkerheden”, set d. 2 august 2013, kan findes på flg. link:

<http://www.cepos.dk/publikationer/analyser-notater/analysesingle/artikel/ligebehandlingsnaevnets-omfattende-praksis-forringer-retssikkerheden/>

40 Tid til revision af Ligebehandlingsnævnet, CEPOS, s. 13.

41 Blume, 2009, s. 187-188.

I forhold til den retlige polycentri kan Ross' oprindelige teori således ikke benyttes på de forhold, hvor sager eksempelvis løses ved forlig. Her er det ikke domstolene, der finder frem til gældende ret. Ifølge Ross afhænger spørgsmålet om retskildernes omsættelighed til samfundsmæssig virkelighed af, hvorvidt der anlægges en sag ved domstolene. Teorien tager således ikke højde for, at en given tvist mellem to parter muligvis aldrig anlægges ved domstolene. Hvis det ikke er tilfældet, kan man ifølge Ross ikke finde frem til gældende ret. Et modargument til Ross's prognoseteori kan således være, at når en sag afgøres ved forlig mellem parterne, er det parterne, der finder frem til gældende ret, og ikke domstolene som Ross' teori siger.

Sammenfattende kan der om den retlige polycentri siges, at dette betyder, at retskilderne ikke nødvendigvis fortolkes på samme måde. Det betyder også, at domsanalysen i denne opgaves kapitel 4 ikke er et endegyldigt svar på den gældende retstilstand. For det første er det alene et udsnit af den praksis, der afsiges af de civile domstole. Endnu mere vigtigt er det, at både Ligebehandlingsnævnets praksis og forligspraksis ligeledes har stor betydning for den retstilstand, der er gældende i ligebehandlings- og ligelønsloven. Af den grund kan man også forestille sig, at minoriteters beskyttelse kan opfattes forskelligt alt efter, hvilken erfaring den enkelte har gjort sig ud fra de forskellige omtalte "systemer".

Økonomisk teori og metode

Vi har i vores økonomiske ramme valgt at fokusere på teorierne om human kapital samt præferencebaseret og statistisk diskrimination. Alle 3 teorier udspringer af det neoklassiske forskningsprogram, der antager, at agenterne er rationelle og, at der er fuld information. Derudover vil den enkelte agent altid nytte- eller profitmaksimere, når denne skal allokere med de knappe ressourcer, der er til rådighed. Når den rationelle agent, f.eks. arbejdstageren, stilles over for et valg, vil denne således altid foretage det valg, der giver maksimal nytte, og adfærden er resultatet af et ønske om at få mest muligt ud af de knappe ressourcer. Han eller hun går derfor efter den størst mulige behovstilfredsstillelse. Målet er således at opnå en pareto-optimal løsning, hvor man ikke kan stille den ene bedre uden at stille den anden ringere.⁴²

42 Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 438-439.

Den enkelte rationelle agent, f.eks. en arbejdstager, nyttemaksimerer og indregner derfor både pekuniære og ikke-pekuniære omkostninger, mens en arbejdsgiver/virksomhed profitmaksimerer, hvorfor de ikke-pekuniære omkostninger ikke tages med i overvejelserne.⁴³

Med hensyn til de førnævnte neoklassiske teorier er et af de centrale spørgsmål derfor, om kvinderne selv vælger de dårligere job eller, om de diskrimineres på arbejdsmarkedet. Neoklassisk teori forsøger ifølge Nina Smith at forklare kvinders arbejdsudbudsbeslutning med følgende;

For det **første** er kvinder mere produktive i hjemmet end mændene, hvorfor det i overvejende grad er optimalt for familien at lade kvinderne tage sig af det huslige arbejde. For det **andet** kan kvinderne have præference for husarbejde og derfor vælge at gå hjemme frem for at deltage på arbejdsmarkedet. Den **tredje** mulighed er, at mænd har en højere markeds løn end kvinder, hvorfor det er mere fordelagtigt for familierne at lade kvinderne gå hjemme.⁴⁴

Da erhvervsfrekvensen for kvinder og mænd i Danmark ligger relativt tæt, 75,7 % for mænd og 71,5 % for kvinder (2011), antager vi, at kvinder i lige så høj grad som mænd ønsker at udbyde sin arbejdskraft, hvorfor fokus er lagt på de førnævnte neoklassiske teorier.⁴⁵

Human kapital teorien omhandler kvaliteten af den udbudte arbejdskraft, mens teorierne om præferencebaseret og statistisk diskrimination relaterer sig til arbejdsgivers efterspørgsel på arbejdskraft. I forhold til de nævnte teorier behandler vi som det første de oprindelige teorier af Gary S. Becker og Kenneth Arrow for at få klarlagt definitionen og de underliggende mekanismer bag deres teorier. Efterfølgende inddrager vi de nyeste bidrag til forståelsen og anvendelsen af teorierne.

Gennemgående i vores opgave er, at vores observationer og argumentation vil støtte

43 Ehrenberg og Smith, 2006, s. 3-4.

44 "Kan økonomiske teorier forklare kvinders placering på arbejdsmarkedet?" Nationaløkonomisk Tidsskrift, Bind 127 (1989) s. 329, set d. 12. august 2013. Kan findes på flg. link:
<http://www.tidsskrift.dk/index.php/nationaloekonomisktidsskrift/article/view/25514/49099>

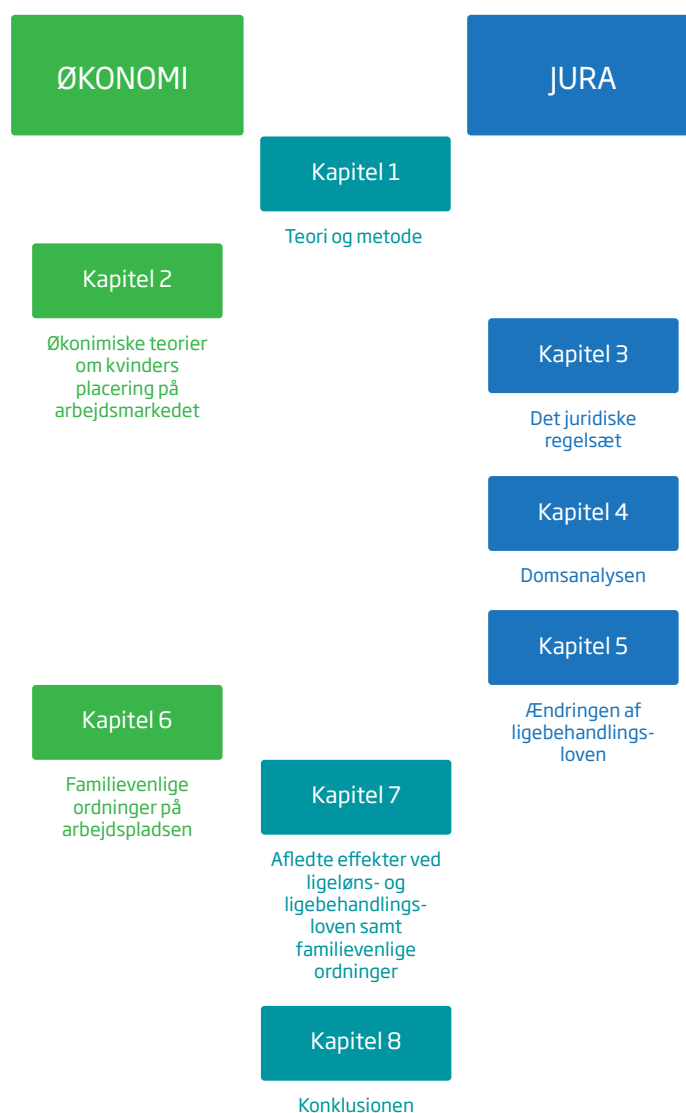
45 Se bilag 4.

op på videnskabelige artikler og bøger. Nogle af disse vil være af ren teoretisk karakter, f.eks. Beckers "The Economics of Discrimination", mens andre vil bygge på empiri f.eks. "Do Anonymous Job Application Procedures Level the Playing Field?" af Skans og Åslund. For at sammenholde de økonomiske teorier med de faktiske omstændigheder på det danske arbejdsmarked, vil vi benytte tal fra Danmarks Statistik og Beskæftigelsesministeriet. Disse data vil således være en vigtig kilde til at fastslå de observerbare forskelle mellem kvinder og mænd på arbejdsmarkedet i Danmark.

På baggrund af ovenstående metode og teori diskuterer og vurderer vi, hvordan økonomisk teori, empiri og data samt lovgivning spiller sammen i forhold til kvinders placering på arbejdsmarkedet.

Opgavens struktur

Figur 1



Kapitel 2 er en analyse af de økonomiske teorier, der vil danne rammen om den økonomiske del af denne opgave. Vi behandler teorien om human kapital samt teorierne om henholdsvis præferencebaseret og statistisk diskrimination. Kapitlet er bygget op således, at vi vil behandle hver af teorierne ved først at definere denne og dernæst forklare de underliggende mekanismer. Afslutningsvist vil vi inddrage den seneste litteratur om teorierne, som kan bidrage til forståelsen heraf og deres eventuelle begrænsninger.

Vi vil ligeledes se på begrebet glasloftet som konsekvens af teorierne om diskrimination på arbejdsmarkedet. Vi vil i forbindelse hermed komme med vores bud, hvordan de ovennævnte teorier har betydning for dette begreb. Afslutningsvist vil vi inddrage et svensk studie, der undersøger, hvorvidt anonyme jobansøgninger kan være med til at hindre diskrimination i ansættelsesfasen.

Kapitel 3 er en analyse af det juridiske regelsæt, herunder artikel 157 TEUF samt det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv og implementeringen heraf i ligeløns- og ligebehandlingsloven. Som det første vil vi behandle artikel 157 TEUF, der gennemfører princippet om ligeløn mellem kvinder og mænd. Dernæst behandles begreberne direkte og indirekte forskelsbehandling, da det er disse, der definerer, hvornår en handling er i strid med bestemmelserne i ligeløns- og ligebehandlingsloven.

Efterfølgende ser vi på, hvordan bestemmelserne i det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv er implementeret i ligebehandlings- og ligelønsloven. Herunder vil vi endvidere diskutere konsekvenserne ved den måde, hvorpå bestemmelserne er implementeret og udvikler sig i praksis, særligt bevisbyrdebestemmelserne og godtgørelsesniveauet.

Kapitel 4 er en domsanalyse af fire Højesterets domme afsagt i 2012. Disse domme er valgt, da de viser nuancerne i fortolkningen af ligeløns- og ligebehandlingsloven. Kapitlet er struktureret således, at vi først ser på, hvilken beskyttelse, der gælder inden graviditeten indtræffer og dernæst, hvilken beskyttelse, der gælder under graviditet og orlov. Domsanalyserne er struktureret således, at vi først ser på de faktiske omstændigheder, dernæst parternes anbringender samt afgørelserne i de forskellige instanser (Byretten, Landsretten og Højesteret). Afslutningsvist vil vi komme med vores egne kommentarer til afgørelserne og deres relevans for vores problemformulering.

Kapitel 5 er en analyse af den seneste ændring i ligebehandlingsloven og, hvordan denne skal fortolkes.⁴⁶ Vi ser på baggrunden for denne ændring og, hvad formålet med denne er. Samtidig analyserer vi, hvordan bestemmelserne kan fortolkes. Afslutningsvist diskuterer og vurderer vi de mulige konsekvenser, der kan tænkes at være afhængigt af, hvordan bestemmelserne endeligt skal fortolkes.

I **Kapitel 6** inddrager vi data fra Danmarks statistik og Beskæftigelsesministeriet til, at redegøre for nogle af de observerbare forskelle, der er mellem mænd og kvinder på det danske arbejdsmarked. Derefter vil de afledte effekter af de formelle såvel som uformelle familievenlige ordninger, herunder fordelingen af barselsorlov blive behandlet.

I **kapitel 7** vil vi samle de ovenstående betragtninger og komme med en generel vurdering af de ovenstående fund. Vi vil i dette kapital inddrage en artikel af Holden og Rosén, der argumenterer for, hvordan medarbejderbeskyttelse af minoritetsgrupper kan have en forstærkende effekt på den diskrimination, der udvises af arbejdsgiverne i rekrutteringsfasen.

46 Lov nr. 217 af 5.3.2013 – lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.

Kapitel 2 - Økonomiske teorier om kvinders placering på arbejdsmarkedet

Indledning

I dette kapitel vil vi redegøre for samt diskutere teorierne om human kapital og præferencebaseret samt statistisk diskrimination. Formålet hermed er at sætte rammen for den videre økonomiske analyse. Teorierne vil blive defineret, forklaret og diskuteret. Som det første redegøres der for human kapital teorien, som er med til at definere kvaliteten af den arbejdskraft, der bliver udbudt. Dernæst behandles teorierne om præferencebaseret og statistisk diskrimination som forklarer, hvilken arbejdskraft der efterspørges. Alle tre teorier bidrager til forklaringen på kvinder placering på arbejdsmarkedet, herunder også de lønforskelle der eksisterer. Dernæst vil vi behandle begrebet om det såkaldte glasloft og diskutere, hvordan dette kan anses for værende en afledt effekt af de tre teorier. Afslutningsvis vil vi i dette kapitel diskutere anvendelsen af anonyme jobansøgninger.

Human kapital teorien

Ved at investere i sin egen menneskelige kapital kan man påvirke sin livsindkomst. Dette er kernen i human kapital teorien jf. bl.a. Gary Becker, der i 1962 skrev om de aktiviteter, der påvirker human kapitalen. Becker gennemgår en længere diskussion om "on-the-job training". "On-the-job training" bliver brugt som eksempel i artiklen, da denne form for human kapital illustrerer den effekt, det har på indtjening og ansættelse. Becker kommer også ind på investering i uddannelse, information og sundhed.⁴⁷ Becker er generelt af den overbevisning, at de fleste investeringer i human kapital øger produktiviteten hos en medarbejder og derfor også den observerbare indtjening på sigt.⁴⁸ Dette er en fordel både for arbejdsgiveren og medarbejderen selv. På kort sigt, eller mens man er ung, vil denne investering dog være forbundet med visse udgifter, hvorfor omkostningerne forbundet med investeringen skal opvejes med det forventede afkast. Derudover er der forskel på, hvilke incitamenter den enkelte har for

47 Becker, 1962, s. 10.

48 Becker, 1962, s. 11 og 48.

at foretage en given investering. Becker nævner, at da kvinder bruger mindre tid på arbejdsmarkedet end mænd, har de mindre incitament til at investere i de kvalifikationer markedet efterspørger, hvorfor de bør investere i de kvalifikationer, der bidrager både til arbejdet i hjemmet og på arbejdsmarkedet.⁴⁹ Ovenstående pointe illustrerer at den investering, der foretages skal være brugbar for den enkelte. Dog skal man have i mente at kvinders placering på arbejdsmarkedet i mindre eller højere grad har rykket sig siden denne artikel blev skrevet i 1962.

Der sondres mellem to former for human kapital, henholdsvis **generel** og **virksomhedsspecifik** human kapital. **Generel human kapital** er den viden, der kan benyttes uanset, hvilken virksomhed man er ansat i, eller hvilken stilling man besidder. Denne form for viden øger en medarbejders produktivitet, både i den virksomhed man er ansat i på det givne tidspunkt, men også i en konkurrerende virksomhed. Ens uddannelsesmæssige baggrund, eksempelvis en MBA, vil være generel human kapital da denne kan anvendes bredt. Modsætningsvis er den **virksomhedsspecifikke human kapital** kun brugbar i den virksomhed man er ansat i på det givne tidspunkt. Denne form for human kapital øger derfor medarbejderens produktivitet hos den nuværende arbejdsgiver men ikke i andre virksomheder.

Til en vis grad kan de fleste tillærte evner overføres til en anden virksomhed når man skifter job. Dog kan man forestille sig en situation, hvor man er blevet ekspert i et unikt IT-program i den virksomhed, hvor man er ansat. Såfremt man skifter job vil denne viden gå tabt, hvis den nye virksomhed ikke anvender samme IT-program. Dette betyder også, at den nye virksomhed ikke vil kompensere medarbejderen lønmæssigt for denne viden. Hvis medarbejderen i stedet har afsluttet en MBA vil denne viden også kunne skabe værdi for den nye virksomhed, hvorfor denne, alt andet lige, vil være villig til at kompensere medarbejderen for den viden.⁵⁰

Pahani og Sonderhof (2011) har undersøgt effekten af en forlængelse barselsorloven i forhold til virksomhedsspecifik træning/uddannelse af unge kvinder. Artiklen bygger på en ændring i Tyskland, som giver mulighed for at tage enten 10-18 måneder eller helt op til 36 måneders orlov. De finder at når muligheden for orloven forlænges til 36

49 Becker, 1962, s. 39-40.

50 Lazear og Gibbs, 2009, s. 60-61.

måneder bidrager dette negativt til virksomhedsspecifik træning selv når den unge kvinde ikke har børn. Især den træning, der er arrangeret af arbejdsgiveren påvirkes negativt. Forfatterne kobler således human kapital investeringen sammen med barselsorloven, og estimerer effekterne af den forlængede orlov med investeringerne i netop human kapital for unge kvinder i den fødedygtige alder.⁵¹ Forældrene har efter endt orlov ret til at vende tilbage til samme arbejdsgiver, og en tilsvarende stilling hos denne, på samme måde som det er tilfældet i Danmark jf. ligebehandlingsloven.⁵²

Resultaterne i artiklen viser, overordnet set, at unge kvinder ikke alene oplevede et fald i træning set i forhold til unge mænd, men at der også var et fald i den træning, de blev tilbudt. Dette indikerer, at arbejdsgiverne må anses for værende mindre villige til at træne unge kvinder i forhold til unge mænd, når disse vender tilbage efter endt orlov.⁵³ Som resultat af ovenstående fandtes det at unge kvinder, på eget initiativ forsøgte at kompensere for faldet i virksomhedsspecifik træning ved selv at investere heri.⁵⁴ Endvidere ses der en tendens til, at denne forskel ikke kun gælder for kvinder med børn, men unge kvinder generelt, og at reduktionen i træning kun partielt bliver kompenseret gennem den træning, som kvinder deltager i på eget initiativ.⁵⁵

Pahani og Sonderhof finder, at der overordnet set er en negativ økonomisk konsekvens ved den omfattende beskyttelse og lange fraværperioder for kvinder generelt, og ikke kun de kvinder, der har fået børn. Ovenstående negative effekt skal dog, ifølge Pahani og Sonderhof, ses i forhold til fordelene ved jobsikkerheden og de fordele der er for børnene, når deres mødre/forældre går hjemme på orlov.⁵⁶

Præferencebaseret diskrimination

Præferencebaseret diskrimination blev oprindeligt defineret af Gary S. Becker i 1957. Han definerer præferencebaseret diskrimination på følgende måde:

51 Pahani og Sonderhof, 2011, s. 732.

52 Pahani og Sonderhof, 2011, s. 736.

53 Pahani og Sonderhof, 2011, s. 747.

54 Pahani og Sonderhof, 2011, s. 747.

55 Pahani og Sonderhof, 2011, s. 756.

56 Pahani og Sonderhof, 2011, s. 755.

"If an individual has a "taste for discrimination", he must act as if he were willing to pay something either directly or in the form of a reduced income, to be associated with some persons instead of others".⁵⁷

Becker beskæftigede sig primært med diskrimination på grund af race, men senere hen er hans teori også blevet brugt til at beskrive diskrimination bl.a. på grund af køn. Becker sonder mellem flere forskellige former for præferencebaseret diskrimination. Deriblandt den som henholdsvis **arbejdsgivere, kollegaer og forbrugere** udviser overfor en bestemt gruppe.⁵⁸ I denne opgave koncentrerer vi os primært om den form, som udvises af arbejdsgiverne, men vi vil kort redegøre for forbrugere og kollegaers præferencebaseret diskrimination.

Når en arbejdsgiver har en præference for at arbejde med eksempelvis mænd frem for kvinder, ignorerer denne kvinders reelle effektivitet. I denne forbindelse sonder Becker mellem **fordomme** og **uvidenhed**. Såfremt man alene er **uvidende** omkring en gruppes effektivitet så vil kendskab og oplysning omkring denne betyde, at der ikke diskrimineres herefter. **Fordomme** er derimod ikke afhængig af den viden man løbende får med hensyn til effektiviteten og man vil derfor fortsat diskriminere.⁵⁹ Hvis man forestiller sig et eksempel, hvor man har valget mellem at ansætte henholdsvis en mand (M) og en kvinde (K), da kan teorien om præferencebaseret diskrimination illustreres på flg. måde:

Vi antager at M og K er to perfekte substitutter.⁶⁰

Becker opererer med en diskriminationskoefficient (DC), hvor d er den faktor, hvormed man diskriminerer eksempelvis en kvinde.⁶¹ π er lønnen. Der kan nu opstilles flg. eksempel:

Hvis

$$\pi_m > \pi_k(1+d)$$

57 Becker, 1971, s. 14.

58 Becker, 1971, kapitel 3-5.

59 Becker, 1971, s. 16.

60 To goder er substituerende såfremt de to goder tilfredsstiller samme behov hos forbrugeren. Det der afgør forbrugers valg er dermed prisen på goderne.

61 Becker, 1971, s. 14-15.

Så vil en arbejdsgiver med præference for mandlige ansatte rekruttere mænd, da omkostningen herved er lavere end omkostningen ved at ansætte en kvinde, hvor DC ko-efficienten skal medregnes. Årsagen til at der er større omkostninger forbundet med at ansætte en kvinde skyldes, at arbejdsgiveren har en ikke-pekuniær omkostning ved at ansætte hende. Arbejdsgiveren regner således denne med i hans samlede omkostning ved at ansætte en kvinde frem for en mand.⁶² Det betyder derfor, at nogle virksomheder nyttemaksimerer frem for at profitmaksimere.⁶³ Det antages i økonomien at personer nyttemaksimerer, hvilket betyder, at man giver de ressourcer, der er til rådighed, går efter at få størst mulig behovstilfredstillelse. Ved nyttemaksimering tager man højde for både de pekuniære og ikke-pekuniære omkostninger.⁶⁴ Virksomheder går derimod efter at profitmaksimere, hvorfor der ikke tages højde for ikke-pekuniære omkostninger.⁶⁵

Et af Beckers kerneargumenter er, at hvis en virksomhed (A) udviser præferencebaseret diskrimination vil dennes profit, alt andet lige, være mindre end profitten i virksomhed B, hvor man gerne vil ansætte eksempelvis kvinder. Det skyldes at virksomhed B kan ansætte arbejdstagere til en lavere løn, fordi disse ikke kan få arbejde i virksomhed A. Når virksomhed B investerer \$1 får den således mere profit såfremt den ansætter arbejdstagere fra den gruppe, der udsættes for diskrimination i andre virksomheder.⁶⁶ Derfor vil konkurrencen på markedet betyde, at virksomhed A på lang sigt ikke længere diskriminerer da de mister profit herved. Beckers argument er således, at man på lang sigt vil ende i en markedslikevægt, hvor der ikke er diskrimination.⁶⁷

Beckers teori er blevet kritiseret for, at såfremt denne antagelse var korrekt, hvorfor observerede man så diskrimination allerede dengang? Hvis Beckers teori skulle være korrekt burde der ikke være diskrimination, fordi virksomhederne allerede på det tidspunkt, hvor Becker fremkom med sin teori, havde fundet ud af, at dette ikke kan betale sig på lang sigt.

62 Becker, 1971, s. 15.

63 Arrow, 1971, s. 5.

64 Pekuniære omkostninger vedrører de økonomiske forhold mens de ikke-pekuniære omkostninger vedrører de ikke-økonomiske forhold.

65 Ehrenberg og Smith, 2006, s. 3-4.

66 Siegel, Kodama og Halaburda, 2013, s. 6.

67 Becker, 1971, s. 44-45.

Det er, alt andet lige, nemmere for virksomheder med en vis grad af monopol at opretholde diskrimination i og med, at disse ikke har samme behov for at profitmaksimere, som hvis virksomheden befinder sig på et marked med fuld konkurrence, hvor profitmaksimering, i højere grad er en nødvendighed for at blive på markedet.⁶⁸

Der sondres, som nævnt, også mellem diskrimination fra bl.a. kollegaer og forbrugere. Becker nævner disse, som relevante da disse kan betyde, at efterspørgslen efter eksempelvis kvinder falder, og dette kan bl.a. betyde fald i disses løn.

Ved kollega diskrimination forstås at eksempelvis mandlige kollegaer finder ubehag ved at arbejde sammen med kvinder. Mændene skal derfor kompenseres via deres løn, hvis de skal arbejde sammen med kvinder, fordi der er en ikke-pekuniær omkostning forbundet hermed. Denne omkostning kan arbejdsgiveren spare ved ikke at ansætte kvinder i de afdelinger, hvor der er ansat mænd.⁶⁹

Ved forbruger diskrimination forstås, at der fra forbrugernes side af udvises diskrimination mod ansættelse af kvinder eller, at arbejdsgiveren formoder, at dette er tilfældet. Det kan således betyde, at kvinder bliver ansat til en lavere løn end mænd eller, i værste fald, slet ikke bliver ansat. Hvis denne form for diskrimination eksisterer, vil det betyde, at de kvindelige medarbejdere ikke er lige så produktive som mændene, fordi forbrugerne ikke vil købe varer, der sælges af en kvinde.⁷⁰

Beckers teori er af flere omgange kritiseret af andre teoretikere, heriblandt Siegel, Kodama og Halaburda (2013), som stiller spørgsmålstegn ved Beckers antagelse om, at markedet justeres af sig selv fordi det ikke kan betale sig at diskriminere på lang sigt. Forfatterne mener, at hans tankegang mangler at inkludere en vigtig faktor, nemlig "the fairness-influenced productivity".⁷¹ Forfatterne argumenterer for, at hvis man skal følge Beckers teori, er der risiko for at de firmaer, som ikke diskriminerer, alligevel mister produktivitet og dermed profit. Dette skyldes, at såfremt de ikke-diskriminerende virksomheder ansætter, eksempelvis kvinder (dem der diskrimineres af andre virksomheder) kan de ifølge Becker gøre det til en lavere løn. Forfatterne argumen-

68 Ehrenberg og Smith, 2006, s. 411.

69 Becker, 1971, s. 56.

70 Becker, 1971, s. 75-77.

71 Siegel, Kodama og Halaburda, 2013, s. 4.

terer dog her for, at denne gruppe af medarbejdere kan føle sig uretfærdigt behandlet, pga. den lavere løn, hvilket vil have en afsmittende effekt på deres produktivitet. Dette kan betyde, at de firmaer, der allerede diskriminerer fortsætter med det og, at andre virksomheder begynder på dette. Forfatterne konkluderer således, at man kun kan ende i en ligevægt, hvor det ikke er profitabelt at diskriminere, ved også at tage højde for "the unfairness trap".⁷²

Samme forfattere har undersøgt, hvilke positive effekter, der er ved at ansætte flere kvinder i lederstillinger i japanske virksomheder. De kommer frem til, at når man ansætter flere fra minoritetsgruppen (i dette tilfælde kvinder) har dette også en positivt afledt effekt på produktiviteten i den dominerende gruppe (i dette tilfælde mænd).⁷³ Der er ifølge forfatterne tre årsager til den øgede produktivitet. **For det første** er der en høj grad af "male-bonding" i topledelse, som ikke er produktiv for virksomheden. Når der ansættes kvinder bliver denne automatisk mindre og dermed øges den samlede produktivitet. **For det andet** bliver arbejdet automatisk organiseret på en anden måde, i og med at kvinder leder og fordeler arbejdet på en anden måde end mænd gør det. **For det tredje** er der den effekt, at kvinder har mere viden omkring forbrugerne og deres præferencer, især de kvindelige forbrugere. Dette kan eksempelvis lede til nye marketingsmetoder, som i sidste ende kan øge produktiviteten og salget i virksomheden.⁷⁴

Ifølge de tre forfattere forklares disse tre faktorer ikke ved hjælp af Beckers oprindelige teori, men netop disse tre faktorer er et vigtigt forklaringsbidrag til de negative effekter, der er forbundet med at diskriminere. Når man diskriminerer, er der en større omkostning til løn, men det kan også betyde at produktiviteten falder når man alene ansætter folk fra den dominerende gruppe (mænd) fordi man har en præference for disse.⁷⁵

Méon og Szafarz (2011) stiller sig ligeledes kritisk overfor Beckers argument om, at markedet vil udligne sig selv og ende i en ligevægt, hvor det ikke på sigt kan betale sig at diskriminere. Méon og Szafarz argumenterer for, at Beckers teori ikke udelukker for-

72 Siegel, Kodama og Halaburda, 2013, s. 4.

73 Siegel, Kodama og Halaburda, 2013, s. 6.

74 Siegel, Kodama og Halaburda, 2013, s. 6-7.

75 Siegel, Kodama og Halaburda, 2013, s. 7.

domme men derimod pointerer at når disse eksisterer i ansættelsesfasen er det omkostningsfyldt. De finder at denne observation er særlig relevant i større virksomheder, hvor aktionærerne ikke selv rekrutterer arbejdskraften. Således tager forfatterne fat i Arrow's argument fra 1998, hvor han pointerede at det næppe kunne være i aktionærernes interesse, at der blev diskrimineret. Han præsenterede derfor den alternative hypotese at diskrimination på arbejdsmarkedet, i stedet for at være begrundet i arbejdsgivernes præferencer, er begrundet i kollegaernes præferencer. Dette skyldes, at ledelsen (som også er kollegaer) typisk er dem der ansætter nye medarbejdere og dermed kan agere efter deres egne præferencer i rekrutteringsfasen.⁷⁶ Dermed er det ikke sikkert at man, ligesom aktionærerne har profitmaksimering for øje. Méon og Szafarz argumenterer således for, at det er kollegaen selv/lederen, der diskriminerer ved ikke at ansætte eksempelvis en kvinde, fordi denne har præference imod disse. Becker mener derimod, at kollegaernes præference afholder arbejdsgiveren fra at ansætte de grupper, der er modvilje mod, fordi det skaber flere omkostninger for virksomheden.

Der opstår altså et klassisk principal-agent problem, hvor principalen (aktionærerne) uddelegerer en opgave til agenten (ledelsen/lederen). I dette tilfælde rekrutteringen og ansættelsen af nye medarbejdere. Principalen er nødt til at have tiltro til, at agenten udfører opgaven tilfredsstillende, men det kan være svært for principalen at opstille et tilfredsstillende belønningssystem for denne uddelegering. Dette kan betyde, at der fra agentens side ikke er tilstrækkeligt incitament til at varetage principalens ønsker på en fyldestgørende måde. Når opgaven uddelegeres til agenten kan denne ansætte de medarbejdere, som han eller hun har præference for. Det betyder også, at principalen ikke kan iagttage kvalifikationerne hos dem som agenten ikke ansætter, herunder om disses kvalifikationer er bedre end hos dem, der er blevet ansat af agenten.⁷⁷

Forfatterne har ligeledes undersøgt, hvorvidt resultatorienterede kontrakter kan løse principal-agent problematikken. Konklusionen er, at sådanne kontrakter ikke løser hele problematikken af to årsager. Dels at incitamenterne i en sådan kontrakt ikke altid eliminerer alle de incitamenter, der er til at diskriminere. Og dels forhindrer disse

76 Méon og Szafarz, 2011, s. 487.

77 Méon og Szafarz, 2011, s. 488.

kontrakter ikke den diskrimination, som ikke har indvirkning på aktionærernes profit, dvs. når agenten/lederen afholder sig fra at ansætte en kvinde, selv om denne er ligeså kvalificeret som den mandlige arbejdstager, der bliver ansat.⁷⁸ Dermed er profitmaksimering hos aktionærerne/ejerne ikke, som Becker argumenterede for, tilstrækkeligt til at forhindre diskrimination.⁷⁹

Ovenfor har vi redegjort for og diskuteret teorien om præferencebaseret diskrimination, hvor det er arbejdsgiverens fordomme/præferencer overfor en bestemt gruppe, der forårsager diskrimination. I det næste vil vi se på statistisk diskrimination, som opstår når arbejdsgiveren vurderer arbejdstagerne, ud fra en gennemsnitsbetragtning og ikke individuelt.

Statistisk diskrimination

En anden form for diskrimination er statistisk diskrimination, der oprindeligt blev introduceret af bl.a. Kenneth Arrow i 1971 og Arthur Phelps i 1972 som en slags modspil til teorien om præferencebaseret diskrimination og de mangler, denne er blevet kritiseret for. Statistisk diskrimination opstår, når arbejdsgiveren ikke kender den enkeltes produktion og i stedet lægger gennemsnitsbetragtning, fordi denne har forudindtagne meninger om medarbejdernes produktivitet. Medarbejderne kan deles op i to grupper, A og B, hvor arbejdsgiveren vurderer gruppens karakteristika under et og ikke på baggrund af den enkeltes individuelle karakteristika. Denne gennemsnitsbetragtning betyder, at arbejdsgiveren finder gruppe A mere produktive end gruppe B. Derfor ønsker denne kun at ansætte gruppe B til en lavere løn end den som gruppe A får.⁸⁰ Arrow (1971) nævner 3 ting som betingelse for at statistisk diskrimination kan eksistere.

For det første er det nødvendigt at arbejdsgiveren kan sondre mellem gruppe A og B og omkostningen herved skal være lav. Derfor er eksempelvis køn eller hudfarve lette karakteristika, hvormed man nemt kan sondre mellem grupperne.⁸¹ **For det an-**

78 Méon og Szafarz, 2011, s. 487.

79 Méon og Szafarz, 2011, s. 495.

80 Arrow, 1971, s. 25.

81 Arrow, 1971, s. 25.

det er arbejdsgiveren nødt til at investere i eksempelvis træning af medarbejderne for at kunne finde frem til deres produktivitet.⁸² **For det tredje** er det en betingelse, at arbejdsgiveren har en forudfattet mening omkring fordelingen af medarbejdernes produktivitet i de to grupper.⁸³

Statistisk diskrimination er af Arthur Phelbs (1972) defineret på følgende måde:

“In the same way, the employer who seeks to maximize expected profit will discriminate against blacks or women if he believes them to be less qualified, reliable, long-term, etc. on the average than whites and men, respectively, and if the cost of gaining information about the individual applicants is excessive.”⁸⁴

Når der er uperfekt information omkring individets kompetencer, vil man således vurdere individet ud fra den gennemsnitsviden, der er om den gruppe, som denne tilhører. Dette kan være en fordel for et individ, der ikke er lige så produktiv som gennemsnittet, da personen vil blive overbetalt. Modsat vil et individ, der er mere produktiv end gennemsnittet blive diskrimineret.⁸⁵ Der er ofte argumenteret for, at denne form for diskrimination udvises overfor kvinder da det i højere grad er dem, der er fraværende fra arbejdet pga. graviditet og orlov i forbindelse hermed. Såfremt man ikke ønsker at blive gravid og få børn, vil man derfor blive udsat for statistisk diskrimination, hvis man er mere produktiv end den gennemsnitlige produktivitet for kvinder, som arbejdsgiveren lægger til grund for dennes beslutninger om at ansætte eller ej.

De afledte effekter ved at kvinder udsættes for statistisk diskrimination kan bl.a. være, at disse har sværere ved at nå topledelsen og, at der fortsat er et såkaldt løngab mellem mænd og kvinder. Smith, Smith og Verner (2010) argumenterer for, at der grundet statistisk diskrimination er en negativ boomerang effekt ved familievenlige ordninger,

82 Arrow, 1971, s. 52-26.

83 Arrow, 1971, s. 25.

84 Phelbs, 1972, s. 659.

85 “Kan økonomiske teorier forklare kvinders placering på arbejdsmarkedet?” Nationaløkonomisk Tidsskrift, Bind 127 (1989) s. 329, set d. 12. august 2013. Kan findes på flg. link:

<http://www.tidsskrift.dk/index.php/nationaloekonomisktidsskrift/article/view/25514/49099>

uanset om man rent faktisk gør brug af disse eller ej. For de kvinder, der ønsker at "nå toppen" er der især en negativ effekt.⁸⁶ Forfatterne beskriver problemstillingen på følgende måde:

***"If all Danish women - even potential top executives - are expected by the employer to have 2 children and if virtually all mothers pick-up full maternity and parental leave of one year per child, this may be a major drawback for potential promotion and compensation for the female executives."*⁸⁷**

Denne form for statistisk diskrimination kan potentielt ramme alle kvinder og er derfor en del af det uforklarlige løngab mellem mænd og kvinder og dermed et bidrag til glasloftet og begrebet herom.⁸⁸ Vi vil se nærmere på disse begreber nedenfor.

Glasloftet

De danske kvinder var nogle af de første kvinder i OECD-landene, der kom på arbejdsmarkedet. Til trods for dette er andelen af kvinder i topledelse fortsat lav i forhold til de lande Danmark normalt sammenligner sig med. I 1996 var 3 % af de administrerende direktører i de største danske virksomheder, kvinder og dette tal var i 2005 kun steget til 5 %.⁸⁹ Det er bemærkelsesværdigt, at dette tal ikke er højere, især når man tænker på, at Danmark, for at fremme ligestillingen, var et af de første lande med omfattende børnepasningsmuligheder, og i dag er det førende land i EU, når det kommer til offentlig udbudt børnepasning for børn i alderen 0-3 år.⁹⁰ Der er derfor mange muligheder for, at kvinder fortsat kan være erhvervsaktive efter de har fået børn og ikke er nødsaget til, at forlade arbejdsmarkedet mens børnene er små.

Til trods for dette er der stadig en stor forskel på, hvilke stillinger henholdsvis kvinder og mænd besidder, og der findes forskellige begreber, der forsøger at bidrage med

86 Smith, Smith og Verner, 2010, s. 26.

87 Smith, Smith og Verner, 2010, s. 26.

88 Smith, Smith og Verner, 2010, s. 26.

89 Smith, Smith og Verner, 2010, s. 2.

90 Smith, Smith og Verner, 2010, s. 2.

forklaringer på dette. Vi vil i dette afsnit nævne et af de fremtrædende begreber, der beskæftiger sig med dette, nemlig glasloftet. Dette kan anses for værende en afledt effekt af den diskrimination, der er på arbejdsmarkedet.

Tanken bag glasloftet er, at kvinder mødes af et usynligt loft, der gør, at de ikke har samme muligheder, som deres mandlige kollegaer for at avancere. Glasloftet er usynligt for kvinderne, når de starter deres karriere og menes bl.a. at kunne forklare den lave andel af kvinder i (top)ledelse og bestyrelser. En anden del af begrebet relaterer sig til kvinders løn. Selv de kvinder, der formår at avancere til de høje positioner i erhvervslivet bliver lønmæssigt ikke ligestillet med deres mandlige kollegaer og får en mindre i løn end disse.⁹¹

I forhold til teorien om præferencebaseret diskrimination kan man forestille sig, at mandlige chefer i højere grad "bonder" med andre mandlige kollegaer, fordi de eksempelvis kan tale om weekendens fodboldkamp. Når de har disse fælles interesser, som de kan tale om i arbejdstiden, kan man forestille sig at de mandlige chefer foretrækker at arbejde sammen med mænd frem for kvinder. Dette kan også betyde, at de ansvarstunge og karrierefremmende opgaver i højere grad uddelegeres til mændene. Glasloftet kan også være en konsekvens af statistisk diskrimination, fordi man ud fra en gennemsnitsbetragtning ved, at kvinder tager den største del af barslen og står for en større del af det huslige arbejde. Dette kan betyde, at det har negative konsekvenser for kvinders muligheder for at blive forfremmet jf. Smith, Smith og Verner (2010) ovenfor.

I forhold til teorien om human kapital kan glasloftet blive en slags "selvopfyldende profeti" forstået på den måde, at når kvinder ved, at de i mindre grad end mænd bliver forfremmet til topledelsen, så undlader de at investere i de evner og kompetencer, der skal til for at besidde en sådan stilling. Kvinder mister incitament til at investere, hvad det kræver og flytter i stedet deres ressourcer andetsteds hen, eksempelvis til det huslige arbejde. Samtidig antager arbejdsgiverne, at kvinder vil være fraværende pga. graviditet og barsel i ca. 2 år, og med denne gennemsnitsbetragtning in mente har de større incitament til at investere i de mandlige medarbejders human kapital og tilbyde dem de høje stillinger frem for kvinderne.

91 "The glass ceiling", The Economist, d. 5. maj 2009, set d. 8 august 2013. Kan findes på flg. link: <http://www.economist.com/node/13604240>

Som nævnt tidligere i dette kapitel er dette begreb en af de negative afledte effekter, der må antages at være ved de tre anvendte teorier. Vi vil i det næste se på, hvilke muligheder der er for, at forhindre eller bekæmpe statistisk diskrimination.

Anonyme jobansøgninger

Som ovennævnte indikerer, har der gennem tiden været en række bidrag til de oprindelige teorier om diskrimination og de effekter, der er herved. Derudover er der også en række bidrag til, hvordan diskrimination forhindres. Åslund og Skans (2007) undersøger, hvorvidt anonyme jobansøgninger er en efficient måde at bekæmpe diskrimination på. Deres undersøgelse bygger på dataindsamlinger fra den næststørste by i Sverige, Gothenburg, som fra 2004-2006 valgte at implementere et projekt med anonyme jobansøgninger.⁹² Der er indsamlet 3529 ansøgninger til 109 stillinger i to af byens distrikter.⁹³ Derudover havde man et sammenligningsdistrikt, hvor der blev indsamlet information omkring den normale ansættelsesprocedure for at kunne vurdere forskellene på henholdsvis den normale og anonyme ansættelsesprocedure.⁹⁴ Ved at sammenholde disse undersøger de, hvorvidt de anonyme jobansøgninger øger henholdsvis kvinder og etniske minoriteters chancer i ansættelsesfasen.

Forsøget foregik på den måde, at ansøgerne i første halvdel af ansøgningsprocessen blev instrueret i ikke at angive information vedrørende deres identitet, som kunne afsløre enten køn eller etnicitet. På baggrund af denne ansøgning alene blev ansøgere til jobsamtalerne udvalgt. Dernæst udfyldte ansøgerne den sidste halvdel af ansøgningen indeholdende en personlig ansøgning samt CV. I nogle få tilfælde blev ansøgerne identificeret allerede i den anonyme fase, fordi de havde udfyldt denne del af ansøgningen forkert, og typisk blev de så kontaktet pr. telefon for at rette op på fejlene. Der er derfor risiko for, at arbejdsgiveren allerede i denne fase har været i stand til at identificere ansøgernes køn eller etnicitet. Undersøgelsen følger jobansøgerne i alle faser, dvs. hvem søger jobbet, hvem finder arbejdsgiveren kvalificeret, hvem bliver interviewet og hvem bliver i sidste ende ansat.⁹⁵

92 Åslund og Skans, 2012, s. 85-86.

93 Åslund og Skans, 2012, s. 84.

94 Åslund og Skans, 2012, s. 86.

95 Åslund og Skans, 2012, s. 86.

Forfatterne undersøger, i hvilken grad de anonyme ansøgninger påvirker sandsynligheden for henholdsvis at blive indkaldt til jobsamtale og blive tilbudt et job i sidste ende.⁹⁶ I første omgang undersøger forfatterne, hvorvidt køn og etnicitet spiller en rolle under de normale omstændigheder, dvs. når ansøgningerne ikke er anonyme. De kommer frem til, at begge faktorer spiller en rolle.⁹⁷ Dernæst finder forfatterne, at de anonyme ansøgninger øger sandsynligheden for både kvinders og etniske minoriteters chancer for at blive kaldt til jobsamtale.⁹⁸

Når det kommer til at undersøge, hvorvidt anonyme jobansøgninger har positive effekter i forhold til at blive tilbudt et job, finder forfatterne at det tyder på, at etniske minoriteter ikke umiddelbart har en større chance for dette. Derimod tyder undersøgelsen på at de anonyme jobansøgninger giver kvinder en større chance for at blive tilbudt job.⁹⁹

Konklusionen på Åslund og Skans' artikel er således at de anonyme ansøgninger har en statistisk signifikant effekt på, hvorvidt kvinder og etniske minoriteter bliver tilbudt at komme til jobsamtale. Undersøgelsen tyder altså på, at diskriminationslovgivningen ikke i sig selv er tilstrækkelig til at forhindre diskrimination. Samtidig hermed viser undersøgelsen, at der for kvinder også er en positiv effekt når det kommer til at blive tilbudt et job.¹⁰⁰ Det som skal bemærkes, i forhold til netop denne undersøgelse er, at den bygger på en analyse af jobs, der normalt er kvindedomineret. Derfor nævner forfatterne også, at det vil være interessant at se på effekterne ved anonyme ansøgninger i mandsdominerede jobs eller lande, hvor kvinders erhvervsfrekvens er lavere end i Sverige.¹⁰¹

Afslutningsvist nævner Åslund og Skans, at deres undersøgelse tyder på, at kvinder udsættes for statistisk diskrimination under normale omstændigheder i og med, at de i højere grad tilbydes både jobsamtale og jobs ved anonyme jobansøgninger. Noget tyder således på at arbejdsgiverne, under de normale ansættelsesprocedurer, afhol-

96 Åslund og Skans, 2012, s. 93.

97 Åslund og Skans, 2012, s. 93.

98 Åslund og Skans, 2012, s. 94.

99 Åslund og Skans, 2012, s. 95.

100 Åslund og Skans, 2012, s. 99.

101 Åslund og Skans, 2012, s. 100.

der sig fra at indkalde kvinder til samtale og tilbyde dem jobs, fordi de i stedet vurderer dem ud fra en gennemsnitsbetragtning. Når de får muligheden for at vurdere dem individuelt til en jobsamtale er der ikke længere tale om statistisk diskrimination. Dernæst tyder undersøgelsen på, at etniske minoriteter derimod udsættes for præferencebaseret diskrimination, grundet det faktum at sandsynligheden for at blive tilbudt job ikke øges men, at de alene har større sandsynlighed for at blive indkaldt til jobsamtale når der anvendes anonyme jobansøgninger. Noget tyder således på, at så snart arbejdsgiveren bliver bekendt med ansøgernes identitet er der ikke længere en positiv effekt for de etniske minoriteter.¹⁰²

Man kan diskutere det moralske i at anvende anonyme jobansøgninger. Metoden er bl.a. blevet kritiseret af etiske årsager, fordi man risikerer, at hvis disse metoder bliver normale, vil virksomhederne indrette deres rekrutteringssystemer herefter. Man kan forestille sig, at såfremt metoden bliver det normale, vil virksomhederne til en vis grad lære at gennemskue ansøgningerne og på den måde med tiden være i stand til at skelne ansøgningerne fra hinanden og dermed se, hvem der eksempelvis er mænd og kvinder. Uanset dette tyder ovenstående undersøgelse dog på, at der er visse positive effekter ved denne metode som er værd at kigge nærmere på.

Delkonklusion

Vi har i dette kapitel set på tre forskellige teorier, der hver især bidrager med forklaringer på, hvorfor kvinders placering på arbejdsmarkedet er forskellig fra mændenes. Dels er der forskel på kvinder og mænds repræsentation i topledelsen, og dels er der forskel i lønniveauet.

Med human kapital teorien søges disse forskelle forklaret med forskelle i den enkeltes investering i f.eks. uddannelse og on-the-job training. Ligeledes ses det at karriereafbrydelser for kvinder, i forbindelse med graviditet og orlov herefter, har betydning for virksomhedsspecifik træning, især den del, der er afholdt af arbejdsgiveren.

Teorien om præferencebaseret diskrimination forklarer den form for diskrimination,

102 Åslund og Skans, 2012, s. 100-101.

hvor eksempelvis arbejdsgiveren har præference for at arbejde sammen med en bestemt gruppe frem for en anden. Becker argumenterede i hans oprindelige teori for, at virksomheder, der diskriminerer ved eksempelvis ikke at ansætte kvinder, på lang sigt vil stoppe med at diskriminere, da de mister profit herved. Beckers teori er efterfølgende blevet kritiseret for dette, hvilket vi bl.a. har illustreret ved Siegel, Kodama og Halaburdas artikel. Denne viser, at der er tre effekter, der ikke forklares af Beckers teori, men de er vigtige forklaringsbidrag til de negative effekter, der er forbundet ved at diskriminere. Derudover nævner forfatterne "the fairness-influenced trapp" som der også skal tages højde for.

Statistisk diskrimination finder sted når arbejdsgiveren vurderer individet ud fra gruppens karakteristika. Således vil det i forhold til kvinder betyde, at grundet det faktum at kvinder primært benytter sig af barselsordningerne, vil arbejdsgiveren ligge dette til grund ved ansættelsen, uanset om det rent faktisk viser sig at være tilfældet eller ej. Statistisk diskrimination betyder således, at man enten vælger ikke at ansætte kvinder, eller ansætter dem til en lavere løn end deres mandlige kollegaer.

Til sidst i kapitlet viser vi, hvordan begrebet om glasloftet kan anses for værende en afledt effekt ved de tre teorier. Derudover har vi set på et svensk studie om anonyme jobansøgninger, hvor konklusionen er, at metoden har en positiv effekt i forhold til at bekæmpe diskrimination i rekrutteringsfasen. Der er dog en række etiske og moralske overvejelser forbundet med brugen af metoden.

Kapitel 3 – Det juridiske regelsæt

Indledning

Formålet med dette kapitel er at redegøre for dele af det juridiske regelsæt, der er gældende for ligestilling mellem mænd og kvinder. Både princippet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse mv. samt princippet om ligeløn vil blive behandlet. Regelsættet omfatter både traktatbestemmelser og direktivregulering samt sidstnævntes implementering i henholdsvis ligeløns- og ligebehandlingsloven.^{103 104} I forbindelse med behandlingen af ligebehandlingsreglerne vil vi særligt se på udviklingen i de godtgørelser, der bliver udmålt samt vurdere de bevisbyrder, der gør sig gældende.

Ligestilling i et EU-retligt perspektiv

Artikel 157 TEUF blev vedtaget med Rom-Traktaten fra 1957 og er den dag i dag stadig den grundlæggende EU-regel på ligestillingsområdet. Bestemmelsen har direkte forpligtende virkning over for både offentlige og private arbejdsgivere samt de faglige organisationer. Bestemmelsen har ligeledes forrang over for den nationale ret af enhver art.¹⁰⁵

Den dag i dag følger bestemmelsen af Lissabon-traktatens artikel 157 TEUF, hvor bestemmelsens stk. 1 og 2 har følgende ordlyd:

”1. Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

2. Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge

103 Lov om lige løn til mænd og kvinder ved lovbekendtgørelse nr. 899 af 05/09/2008.

104 Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. ved lovbekendtgørelse nr. 645 af 08/06/2011 med senere ændringer ved lov nr. 553 af 18/06/2012 og lov nr. 217 af 05/03/2013.

105 Nielsen, 2012, s. 365.

af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

Lige løn uden forskelsbehandling baseret på køn indebærer:

a) at den løn, der ydes for samme akkordlønnede arbejde, fastsættes på samme beregningsgrundlag

b) at den løn, der ydes for tidlønnede arbejde, er den samme for samme slags arbejde.”

Denne bestemmelse forpligter således medlemsstaterne til, at sikre gennemførelse af princippet om ligeløn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Dernæst defineres det, hvad der forstås ved løn. Fortolkningen af begreberne løn, samme arbejde og arbejde af samme værdi skal ske i overensstemmelse med bestemmelserne herom i det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv samt EU-Domstolens praksis på området. Vi vender tilbage til dette direktiv og fortolkningen af disse begreber nedenfor.

Med vedtagelsen af Lissabon-Traktaten og dens ikrafttrædelse d. 1.12.2009 skete der ligeledes en række ændringer af bestemmelserne vedrørende kønsligestilling samtidig med, at reglerne blev udbygget og suppleret af nye regler. Derudover fik Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder traktatrang jf. artikel 6 TEU.¹⁰⁶ Udover de ovenfor nævnte traktatbestemmelser reguleres ligestilling mellem kvinder og mænd på arbejdsmarkedet også i en række direktiver. Måden, hvorpå dette har været direktivreguleret kan deles op i to "perioder", henholdsvis før og efter 2006, hvor det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv blev vedtaget.¹⁰⁷

Før 2006 gjaldt der en række direktiver vedrørende kønsligestilling og forbud mod forskelsbehandling pga. køn. I 2006 vedtoges det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv med henblik på at forenkle og strømline reglerne om kønsligestilling på arbejdsmarkedet. En række af de eksisterende direktiver blev samlet i det nye direktiv og man kodificerede samtidig EU-domstolens praksis på området.^{108 109}

106 Nielsen, 2013, s. 68.

107 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning).

108 Nielsen, 2006, s. 305-306.

109 Det oprindelige ligelønsdirektiv, rammedirektivet om ligebehandling, direktivet

Direkte og indirekte forskelsbehandling

Ligestillingsdirektiverne forbyder direkte og indirekte forskelsbehandling, chikane, seksuel chikane samt instruktion om at forskelsbehandle. Det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv definerer forbuddene i artikel 2. De ligestillingsdirektiver, der er vedtaget efter år 2000 opererer med de førnævnte 4-5 varianter af begrebet forskelsbehandling. Det er i midlertidigt kun kønsligestillingsdirektiverne, der medtager seksuel chikane og instruktion om at forskelsbehandle.

Der er sket nogle nydannelser med de direktiver, der er vedtaget efter år 2000, hvilket bl.a. har haft den betydning, at der i visse situationer ikke længere kræves en sammenlignelig person for, at man kan rejse en forskelsbehandlingssag.^{110 111} De oprindelige EU-regler om kønsligestilling definerede ligestilling som det forhold, at der ikke sker forskelsbehandling. Oprindeligt var ligestilling derfor lig fravær af diskrimination.¹¹²

Direkte forskelsbehandling

Ifølge det omarbejdede kønsligestillingsdirektivs artikel 2, stk. 1, litra a defineres direkte forskelsbehandling på følgende måde:

"(...) at en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation."

Der foreligger bl.a. direkte forskelsbehandling i den situation, hvor man i en stillingsannonce direkte nævner, at man kun ønsker ansøgere af det ene køn. Dette er ikke

om ligebehandling mht. erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger og direktivet om delt bevisbyrde er i dag samlet i det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv.

110 Dette betyder, at når det eksempelvis skal vurderes om en person er udsat for direkte forskelsbehandling pga. køn, skal vurderingen ske ved at den person, der føler sig krænket, sammenlignes med, hvordan en person af det andet køn bliver eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation jf. Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 36.

111 Andersen, Nielsen & Precht, 2008, s. 417.

112 Andersen, Nielsen & Precht, 2008, s. 416.

tilladt, og man skal i stedet vurdere hver enkelt ansøger på et individuelt grundlag og ud fra den enkelte ansøgers egne forudsætninger uden, at kønnet er en faktor af betydning.¹¹³ Der vil ligeledes være tale om direkte forskelsbehandling, såfremt man har udvælgelseskriterier, der er forskellige, afhængigt af om man vurderer en mandlige eller en kvindelig ansøger.¹¹⁴ Begrebet omfatter både en arbejdsgivers handlinger og undladelser.

Definitionen af begrebet er en accept af, at det er tilladt med en hypotetisk sammenlignelig person, såfremt der ikke eksisterer en faktisk person at sammenligne med. Denne accept skyldes den sidste del af definitionen i artikel 2, stk. 1, litra a; *"(...) eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation"*. Kvinder kan derfor sammenligne sig med en hypotetisk mand og, det er ikke muligt for en arbejdsgiver at retfærdiggøre den direkte forskelsbehandling.¹¹⁵ Dog er det tilladt at fravige forbuddet mod direkte forskelsbehandling, såfremt der er tale om en reel erhvervskvalifikation. Eksempelvis en film, hvor man skal bruge en mandlig skuespiller til en bestemt rolle. Her kan man naturligvis ikke bruge en kvinde.

Indirekte forskelsbehandling

Indirekte forskelsbehandling defineres jf. direktivets artikel 2, stk. 1, litra b på følgende måde:

"(...) at en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, med mindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige."

Der er således tale om en variant af forskelsbehandling, der som udgangspunkt ikke er tilladt, men dog kan retfærdiggøres såfremt den er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Et ofte omdiskuteret kriterium, der kan være udtryk for indirekte forskelsbehandling, er deltidskri-

113 Andersen, Nielsen & Precht, 2008, s. 419.

114 Andersen, Nielsen & Precht, 2008, s. 419-420.

115 Andersen, Nielsen & Precht, 2008, s. 420.

teriet som det bl.a. kom til udtryk i Bilka-sagen.¹¹⁶ Denne dom er et eksempel på, hvordan begreberne udvikler sig og præciseres yderligere gennem EU-domstolens praksis.

Den konkrete problemstilling i Bilka-sagen vedrørte, hvorvidt det var indirekte forskelsbehandling når virksomhedens alderspensionsordning først omfattede de deltidsansatte såfremt disse havde været ansat minimum 20 år, hvoraf 15 år skulle være på fuld tid. Domstolen fastslog, at dette ramte et meget større antal kvinder end mænd og der var derfor tale om indirekte forskelsbehandling i strid med artikel 119 EF (nu artikel 157 TEUF) med mindre virksomheden kunne forklare ordningen ved hjælp af andre objektivt begrundede faktorer.¹¹⁷

Efter EU-Domstolens afgørelse i denne sag er det afgørende, hvorvidt deltidskriteriet har en kønsskæv effekt. Hvis dette er tilfældet, vil der være tale om indirekte forskelsbehandling, medmindre kriteriet kan retfærdiggøres af saglige grunde og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet jf. bestemmelsens ordlyd.¹¹⁸

Indirekte forskelsbehandling blev første gang en del af ligestillingsreglerne med ligebehandlingsdirektivet fra 1976. Førhen lagde man vægt på, at bestemmelsen skulle stille et væsentligt større antal personer af det ene køn ringere end det andet køn. Samtidig skulle der være en faktisk effekt sådan, at en nærliggende mulighed ikke var tilstrækkeligt til at statuere ulovlig indirekte forskelsbehandling. Med de direktiver, der er vedtaget efter år 2000, er man gået væk fra dette kvantitative krav. I dag er det ikke et krav, at der kan føres statistisk bevis for, at flere af det ene køn rammes af bestemmelsen. Det er heller ikke længere et krav, at der kan konstateres en egentlig negativ effekt. Årsagen hertil skyldes ifølge Andersen, Nielsen & Precht (2008), at begrebet oprindeligt blev defineret i relation til køn. I dag omfatter det også andre kriterier såsom religion eller tro og alder, og i den forbindelse gik man væk fra kravet om en aktuel effekt til i stedet, at stille krav om en potentiel effekt.¹¹⁹

116 Sag 170/84, Bilka mod Weber von Hartz, Saml. 1986, s. 01607.

117 Svenning Andersen, 2011, s. 389.

118 Andersen, Nielsen & Precht, 2008, s. 422.

119 Andersen, Nielsen & Precht, 2008, s. 424-426.

Ligeløn

Formål

Ligelønslovens formål er at gennemføre princippet om ligeløn til kvinder og mænd, hvad angår samme arbejde eller arbejde af samme værdi jf. LLL § 1. Loven gennemfører dele af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv og forbyder lønmæssig forskel mellem mænd og kvinder, såfremt dette er begrundet i køn. Loven skal endvidere sikre at ligelønsprincippet overholdes og at der samtidig gives passende information herom. Dernæst skal loven sikre beskyttelse af arbejdstagere, der gør indsigelse over for krænkelse af ligelønsprincippet jf. LLL § 3. Såfremt lovens forpligtelser følger af en kollektiv overenskomst, vil dennes bestemmelser finde anvendelse jf. LLL § 1, stk. 4.¹²⁰

Forbud mod forskelsbehandling og definition på lønbegrebet

Det omarbejdede kønsligestillingsdirektivs afsnit II, kapitel 1 omhandler ligeløn, hvor der i artikel 4 er et forbud mod forskelsbehandling af køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår, når der er tale om samme arbejde eller arbejde, som tillægges samme værdi. Dette ligelønsprincip uddybes i pkt. 8-11 i præamblerne til direktivet. I pkt. 9 fremhæves det, at der ved vurderingen af, om der er tale om arbejde af samme værdi skal tages hensyn til en række faktorer, herunder bl.a. arbejdets art, vedkommendes faglige uddannelse samt arbejdsvilkårene.

Definitionen af begrebet "løn" er at finde i artikel 2, stk. 1, litra e. Løn defineres som følgende:

"Den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager direkte eller indirekte fra arbejdsgiveren i penge eller naturgoder".

Denne definition stemmer overens med definitionen i artikel 157, stk. 2 i TEUF.¹²¹

120 Svenning Andersen, 2011, s. 383.

121 Det er i denne sammenhæng relevant at nævne en traktatbrudssag mod Danmark (Sag 143/83, Kommissionen mod Danmark, Saml. 1985 s. 00427), hvor Danmark blev dømt. EU-domstolen kom frem til, at det materielle indhold i den danske regel ikke var tilstrækkelig klar og præcis. Den dagældende ligelønslov foreskrev alene lige løn for

Der forelægger allerede en række afgørelser fra EU-Domstolen, der har dannet praksis for, hvordan lønbegrebet skal fortolkes. I en ny dom fra EU-domstolen har Irlands "High Court" anmodet om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF for, at få præciseret dels, hvornår der forligger *samme arbejde* eller *arbejde af samme værdi* og dels for at få klarlagt, hvilke elementer, der lovligt kan retfærdiggøre forskelsbehandling.¹²²

Dommen er særlig interessant, da den bidrager til forståelsen og fortolkningen af, hvad der skal ligges vægt på, når man vurderer, hvad begreberne *samme arbejde* eller *arbejde af samme værdi* indebærer og især, hvilke elementer der kan medbringes i vurderingen af dette.

Sagen omhandler en række kvindelige civile tjenestemænd, hvis primære opgaver var af administrativ karakter (kontorarbejde) i det nationale politikorps i Irland. De kvindelige medarbejdere havde fået mindre i løn end deres mandlige kollegaer, der var ansat som polititjenestemænd og ligeledes udførte administrative opgaver jf. dommens præmis 9. Lønforskellen var af arbejdsgiveren begrundet med, at polititjenestemændene også opfyldte et operationelt behov, da de var ansat i reserverede stillinger. Derfor mente arbejdsgiveren, at polititjenestemændene skulle have en løn svarende til deres rang i politikorpset. Samtidig hermed var der også et mindre antal reserverede stillinger, hvor der ikke forekom et reelt operationelt behov. Da de kvindelige civile tjenestemænd mente, at de to grupper reelt udførte samme arbejde, lagde de sag an og fremsatte krav om samme løn som de mandlige polititjenestemænd.

I første omgang var det den nationale domstols vurdering, at der var tale om forskelsbehandling, fordi der var tale om arbejde af samme værdi men at der forelå en objektiv begrundelse herfor.¹²³ På baggrund af dette gav domstolen arbejdsgiveren medhold. Domstolen mente, at forskellen mellem de to grupper var begrundet i et legitimt for-

samme arbejde og ikke arbejde af samme værdi. Efter EU-Domstolens afgørelse ændrede man bestemmelsen således at den også omfattede arbejde af samme værdi.

122 Sag C-427/11, Kenny m.fl., Saml. - endnu ikke offentliggjort.

123 Jf. dommens præmis 12.

hold, idet den fandt, at det primært var begrundet i det operationelle behov.¹²⁴ Samtidig var der en aftale mellem ledelsen og de ansattes repræsentative organer i forbindelse med en proces, der skulle nedbringe antallet af reserverede stillinger.¹²⁵ Sagen blev appelleret til "High Court", som efterfølgende forelagde en række præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen.

EU-Domstolen fastslår, at det ikke er uddannelsen alene, men derimod en flerhed af faktorer der skal ligges vægt på, når det vurderes, hvorvidt der er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Dernæst fastslår Domstolen at hvad angår indirekte forskelsbehandling med hensyn til løn, skal arbejdsgiveren give en objektiv begrundelse for den lønforskel, som kan konstateres mellem de arbejdstagere, der mener de har været udsat for forskelsbehandling og de personer, som de sammenligner sig med.¹²⁶ Derudover viser dommen, at man ikke i sig selv kan lovliggøre en forskelsbehandling, blot fordi forskelsbehandlingen er begrundet i en aftale indgået mellem arbejdsmarkedets parter men, at det kan inddrages som et element i bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger et lovligt formål bag forskelsbehandlingen.¹²⁷

Begreberne samme arbejde og arbejde af samme værdi er implementeret i LLL § 1 og, hvis ikke der er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi, vil netop denne lov ikke beskytte mod en eventuel kønsdiskrimination. Hvis der er tale om samme arbejde eller arbejde, der tillægges samme værdi vil direkte og indirekte diskrimination være forbudt jf. § 1, stk. 1. Indirekte diskrimination kan dog retfærdiggøres, såfremt den pågældende bestemmelse er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til, at opfylde dette formål er hensigtsmæssige og nødvendige jf. § 1a, stk. 2.¹²⁸

Det kan udledes af praksis, at der er fire betingelser, som skal være til stede for, at ligelønsloven er overtrådt.

For det første skal den person, af modsatte køn som man sammenligner sig med være ansat hos den samme arbejdsgiver. Det behøver dog ikke at være på den samme arbejdsplads.¹²⁹

124 Jf. dommens præmis 13.

125 Jf. dommens præmis 14.

126 Jf. dommens præmis 52.

127 Jf. dommens præmis 52.

128 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 186.

129 Bardenfleth, 2012, s. 76.

For det andet skal der være en lønforskel. Lønbegrebet defineres i § 1a, stk. 3 og omfatter alle former for arbejdsvederlag. Dermed er goder såsom løn under sygdom, ferie mv. også omfattet af lønbegrebet, hvilket følger af praksis fra EU-Domstolen. Der er krav om lige løn punkt for punkt og det er således ikke tilstrækkeligt, at den mandlige og kvindelige lønmodtager ud fra en samlet vurdering får den samme løn.¹³⁰

For det tredje skal der være tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Med hensyn til definitionen af samme arbejde er det typisk ikke denne, der giver anledning til tvivl. Hvis en mand og kvinde udfører identisk arbejde, skal der udbetales den samme løn. Det kan derimod være sværere at vurdere, hvornår der er tale om arbejde af samme værdi. Dette vil altid afhænge af en konkret vurdering, som førnævnte dom fra EU-Domstolen også illustrerer.¹³¹

Det fastslås i LLL § 1, stk. 3, at bedømmelsen af arbejdets værdi skal ske ud fra en helhedsvurdering. Det der skal indgå i vurderingen af om, der er tale om arbejde af samme værdi, er de faglige kvalifikationer samt andre relevante faktorer.¹³² Bardenfleth (2012) nævner, at der bl.a. må ses på medarbejderens opgaver, ansvar, uddannelse, kvalifikationer, anciennitet mv., hvilket er i tråd med EU-Domstolens dom i sag C-427/11, Kenny m. fl.¹³³

For det fjerde gælder der, at den påviste lønforskel skal skyldes kønsdiskriminering. Såfremt lønmodtageren har godtgjort, at de 3 andre betingelser er opfyldt, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at denne lønforskel ikke skyldes kønsdiskriminering.¹³⁴ Det følger endvidere af forslag til lov om ændring af lov om ligestilling mellem mænd og kvinder og lov om lige løn til mænd og kvinder, at det som følge af EU-Domstolens afgørelse i Danfoss-sagen, er arbejdsgiverens pligt at bevise, at en eventuel

130 Bardenfleth, 2012, s. 76-77.

131 Bardenfleth, 2012, s. 76-77.

132 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 187.

133 Bardenfleth, 2012, s. 77.

134 Bardenfleth, 2012, s. 78.

lønskævhed mellem mænd og kvinder skyldes arbejdets ulige værdi.^{135 136}

Krav på lønforskellen og godtgørelse

Hvis en lønmodtager har fået en løn, der strider mod princippet i LLL § 1 har denne krav på lønforskellen jf. LLL § 2. Lønforskellen bliver opgjort konkret i forhold til lønnen hos den sammenlignelige person.¹³⁷ Derudover kan der tilkendes en godtgørelse til den medarbejder, der er krænket som følge af lønmæssig forskelsbehandling på grund af køn jf. § 2, stk. 2. Denne skal fastsættes under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder. Der har ikke førhen været en bestemmelse om godtgørelse for dette forhold, men det har været en del af loven siden august 2008 som følge af vedtagelsen af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv.¹³⁸

Det følger af LLL § 6, stk. 2, at der gælder en delt bevisbyrde i de sager, hvor en person anser sig for krænket jf. § 1. Det er således lønmodtageren, der i første omgang skal påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling i strid med loven. Derefter påhviler det arbejdsgiveren at løfte bevisbyrden og dermed godtgøre, at dette ikke er tilfældet.¹³⁹ Den delte bevisbyrde blev indført i loven i 1992, for at øge kvinders mulighed for at gennemføre ligeløn da man vurderede, at det var vanskeligt for en lønmodtager, at føre bevis for at forskelsbehandling pga. køn var forekommet.¹⁴⁰

Det er af afgørende betydning, at en arbejdsgiver er i stand til at føre bevis for objektiviteten i de anvendte lønkriterier når der fremsættes påstand om ulige løn som følge

135 I Danfoss-sagen (Sag 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening, Saml. 1989, s. 03199) fastslog EU-Domstolen at ligelønsdirektivet skal fortolkes på en sådan måde, at såfremt en virksomhed anvender et uigennemskueligt lønfastsættelsessystem er det arbejdsgiveren, der har bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke er et udtryk for direkte forskelsbehandling, når en kvindelig lønmodtager på grundlag af forholdsvis omfattende personmateriale kunne godtgøre at gennemsnitslønnen for kvindelige lønmodtagere er lavere end for de mandlige.

136 Lovforslag nr. LSF 236. Forslag til Lov om ændring af lov om ligestilling mellem mænd og kvinder og lov om lige løn til mænd og kvinder. Fremsat d. 21.2.1992 og vedtaget ved lov nr. 374 af 20.5.1992.

137 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 274.

138 Bardenfleth, 2012, s. 84.

139 Bardenfleth, 2012, s. 105.

140 Svenning Andersen, 2011, s. 386-387.

af forskelsbehandling pga. køn. Det er derfor vigtigt, at en arbejdsgiver sørger for at formulere de anvendte kriterier på et tidligt tidspunkt og efterfølgende anvender dem konsekvent i alle tilfælde. Hvis det er tilfælde, vil saglighedsgraden være højere, og arbejdsgiveren vil således stå bedre i en sag vedrørende lige løn.¹⁴¹

Forbud mod afskedigelse

Ligelønslovens § 3, stk. 1 har følgende ordlyd:

”§ 3. En arbejdsgiver må ikke afskedige eller udsætte en lønmodtager, herunder en lønmodtagerrepræsentant, for anden ugunstig behandling fra arbejdsgiverens side som reaktion på en klage, eller fordi lønmodtageren eller lønmodtagerrepræsentanten har fremsat krav om lige løn, herunder lige lønvilkår, eller fordi denne har videregivet oplysninger om løn. En arbejdsgiver må ikke afskedige en lønmodtager eller en lønmodtagerrepræsentant, fordi denne har fremsat krav efter § 5 a, stk. 1.”

Bestemmelsen er en gennemførelse af artikel 4 i det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv. Bestemmelsen beskytter lønmodtagere og lønmodtagerrepræsentanter fra at blive afskediget, fordi de fremsætter krav om ligeløn eller, såfremt de videregiver oplysninger om løn jf. bestemmelsen i § 2a, samt når de fremsætter krav efter § 5a, stk. 1 om kønsopdelt lønstatistik.¹⁴² Det er ikke kun afskedigelser, der er omfattet af bestemmelsen men ligeledes al anden form for mindre gunstig behandling, eksempelvis degradering eller forflyttelse.¹⁴³

Bevisbyrden er omvendt i denne type sager, hvis afskedigelsen sker indenfor et år efter at et af de ovenstående krav er fremsat jf. LLL § 3, stk. 2. I denne periode vil det således påhvile arbejdsgiveren alene at godtgøre, at afskedigelsen ikke skyldes det fremsatte. Hvis afskedigelsen sker mere end 1 år efter kravet er fremsat, vil der i stedet være delt bevisbyrde jf. § 6, stk. 2 og det ovenfor nævnte.¹⁴⁴

141 Bardenfleth, 2012, s. 105.

142 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 283.

143 Bardenfleth, 2012, s. 86.

144 Bardenfleth, 2012, s. 87.

Det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv foreskriver i artikel 19, at medlemsstaterne skal iværksætte foranstaltninger, der sikrer at der gælder en delt bevisbyrde i disse sager. Danmark har derfor valgt at overimplementere direktivet i § 3, stk. 2. Den omvendte bevisbyrde har været gældende siden 20. maj 1992, hvor den blev indført som konsekvens af nogle tilføjelser til § 2a, hvorefter lønmodtagerne fik ret til at videregive oplysninger om egne lønforhold og § 5a, hvor man indførte regler omkring lønstatistikker.^{145 146} Det kan derfor synes rimeligt, at lovgiver har fundet det nødvendigt, da det kan stille lønmodtagerne i en udsat situation position, såfremt denne videregiver oplysninger om sine lønforhold. For at begrænse den omvendte bevisbyrde har man valgt, at den kun skal gælde, såfremt afskedigelsen er foretaget inden for et år efter et fremsat krav om ligeløn.

Når en afskedigelse er foretaget i strid med § 3, kan der fremsættes krav om, at den skal underkendes. Forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager lider dog ofte væsentlig skade af sådanne sager og det findes derfor åbenbart urimeligt at kræve ansættelsesforholdet opretholdt.¹⁴⁷ Det vil derfor ofte være sådan at der i praksis fremsættes krav om godtgørelse jf. § 3, stk. 3. Indtil d. 15. august 2008 gjaldt der et godtgørelsesloft svarende til 78 ugers løn. Bestemmelsen blev fjernet i 2008, som et led i gennemførelsen af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv med henblik på at sikre en effektiv sanktionsmulighed i hvert enkelt tilfælde.¹⁴⁸

Forbuddet mod afskedigelse i § 3 gælder uanset, om det fremsatte krav på ligeløn i øvrigt viser sig at være berettiget eller ej. Det betyder således, at en lønmodtager fortsat har krav på godtgørelse for en afskedigelse, der er helt eller delvist begrundet i kravet om ligeløn uanset, om netop det fremsatte krav om ligeløn efterfølgende viser sig at være uberettiget.¹⁴⁹

Kommentarer til ligelønsloven

Ligelønsloven skal fremme ligestilling mellem mænd og kvinder, i form af at sikre lige løn for samme arbejde eller arbejde af samme værdi samt sikre at lønmodtagere, der

145 Lov nr. 374 af 20.5.1992.

146 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 282-283.

147 Svenning Andersen, 2011, s. 781.

148 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 285.

149 Svenning Andersen, 2011, s. 781.

fremsætter krav herom ikke opsiges af denne grund. Der kan fortsat konstateres løngab kvinder og mænd imellem og lovens sigte er derfor stadig centralt og nødvendigt. På den anden side kan det formodes, at nogle arbejdsgivere mener, at ligelønsloven pålægger dem ekstra omkostninger, som de ikke er villige til at betale, fordi de foretrækker at give dem lavere løn end den som en mandlig medarbejder, der udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi, vil få. Dette kan f.eks. skyldes, at arbejdsgiveren antager, at kvinder generelt er væk ca. 2 år pga. graviditet og barselsorlov. Dette kan medføre tab af human kapital og produktivitet, hvorfor denne omkostning medregnes når arbejdsgiveren fastsætter lønnen. Loven vil således medføre, at disse arbejdsgivere skal kunne begrunde deres forskellige aflønning af kvinder og mænd, såfremt de udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Den omkostning der er forbundet hermed, kan arbejdsgiveren undgå, at skulle bære såfremt han allerede i ansættelsessituationen fravælger kvinder.

Loven skal sikre, at den enkelte lønmodtager ikke får en ulige løn for det samme arbejde men, en afledt effekt heraf kan således være, at kvinder bliver en mindre attraktiv medarbejder for nogle arbejdsgivere.

Ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.

Formål

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. gennemfører dele af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv. Direktivets artikel 14 fastslår, at der gælder et forbud mod forskelsbehandling på grund af køn for så vidt angår bl.a. ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse. Loven har til formål at forbyde forskelsbehandling pga. køn med hensyn til beskæftigelse mv.

Ligebehandlingsloven (LBL) er en arbejdsretlig lov og den finder anvendelse ved ansættelser, forflyttelser, forfremmelser og afskedigelser.¹⁵⁰ Ifølge LBL § 1 gælder der et forbud mod forskelsbehandling på grund af køn, herunder både direkte og indirekte forskelsbehandling. Bestemmelsen nævner, at dette navnlig vedrører en henvisning

¹⁵⁰ Derudover gælder den også ved spørgsmål om indgåelse af kollektive overenskomster og individuelle ansættelsesaftaler.

til graviditet eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

Ansættelser, forflyttelser og forfremmelser

Der gælder jf. LBL § 2 et ligebehandlingsprincip ved ansættelser, forflyttelser og forfremmelser. Bestemmelsen bygger på artikel 14 i det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv og indbefatter, at en arbejdsgiver ikke må undlade at ansætte en bestemt ansøger alene med henvisning til dennes køn.¹⁵¹ Det følger ikke direkte af bestemmelsen i § 2, men man kan diskutere, hvorvidt det følger indirekte af bestemmelsen, at man ikke må spørge ind til en ansøgers eventuelle graviditet mv.¹⁵² Udgangspunktet må formentlig være, at en arbejdsgiver ikke bør stille sådanne spørgsmål, da man ikke må ligge vægt på kønsbestemte forhold ved en ansættelse. Bestemmelsen er dermed en begrænsning i arbejdsgiverens antagelsesret.¹⁵³

Undtaget til bestemmelsen er de situationer, hvor det er tilladt at benytte køn, som en ægte erhvervskvalifikation eller i de situationer, hvor der gives dispensation til kun at ansætte personer af det ene køn, fordi det er afgørende for erhvervsudøvelsen.

Samtidig må en arbejdsgiver ikke undlade at ansætte en kvinde pga. en forestående graviditet eller barsel, hvilket følger af EU-Domstolens og dansk praksis.¹⁵⁴ LBL § 2 omfatter efter dens ordlyd ikke afskedigelser, men bestemmelsen har dog været særlig aktuel i sager, hvor en medarbejder har været ansat i en tidsbegrænset stilling, og ikke bliver forlænget eller, hvor en gravid medarbejder er i en opsagt stilling og ikke tilbydes en anden ledig stilling i virksomheden.¹⁵⁵ I sager om tidsbegrænsede ansættelser, hvor en lønmodtager ikke tilbydes forlængelse er samspillet mellem § 2 og § 9 ofte således, at en sag rejses som en afskedigelsessag med henvisning til § 9, men af domstolene bedømmes som en ansættelsessag efter § 2.¹⁵⁶ Dette har særligt betydning i forhold til bevisbyrden, da der i § 2-sager gælder en delt bevisbyrde mens der i § 9-sager gælder en omvendt bevisbyrde. Det har ligeledes betydning for den godtgørelse der udmåles, da denne typisk er lavere i § 2-sager jf. nedenfor.

151 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 39.

152 Bardenfleth, 2012, s. 23.

153 Bardenfleth, 2012, s. 23.

154 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 43.

155 Marstal, 2011, s. 16.

156 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 43.

Der gælder ligeledes et forbud mod forskelsbehandling ved forflyttelse og forfremmelse i LBL § 2. Det betyder at der er snævre grænser for, hvilke ændringer eksempelvis en kvinde skal acceptere under hendes fravær på grund af graviditet mv., da der i praksis er opstillet den regel, at ændringer, der kan karakteriseres som væsentlige er at sidestille med en afskedigelse.¹⁵⁷ Det kan eksempelvis komme på tale, hvis en ændring af arbejdstiden er så væsentlig, at denne ikke ligger indenfor rammerne af det allerede eksisterende ansættelsesforhold.

Arbejdsvilkår

Ligebehandlingslovens § 4 lyder som følger:

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

Bestemmelsen omfatter som udgangspunkt arbejdsvilkår af enhver art. Arbejdsgiveren har ledelsesretten til at lede og fordele arbejdet, hvilket betyder, at denne har kompetence til at udstede direktiver om for eksempel arbejdstiden og arbejdets udførelse. Som følge af LBL § 4 er enhver arbejdsgiver dog forpligtet til at udøve denne ledelsesret på en kønsneutral måde.¹⁵⁸ Dette betyder, at de kvalifikationskrav, der fastsættes for et bestemt stykke arbejde alene må fastsættes under hensyn til arbejdets udførelse. Dermed må en arbejdsgiver heller ikke diskriminere eksempelvis kvinder ud fra en gennemsnitsbetragtning over kvinders formåen, f.eks. den fysiske styrke.¹⁵⁹ Kvindelige og mandlige lønmodtagere skal ligeledes behandles ens, hvad angår deres ret til diverse personalegoder.¹⁶⁰

Bestemmelsen i § 4 indeholder ligeledes et forbud mod usaglige afskedigelser, der skyldes diskrimination mellem kvinder og mænd. Bestemmelsen ændrer dog ikke ved det forhold, at en arbejdsgiver qua sin ledelsesret, har retten til at afskedige en medarbejder, såfremt denne har misligholdt ansættelsesforholdet eller at bortvise denne

157 Bardenfleth, 2012, s. 25.

158 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 58.

159 Bardenfleth, 2012, s. 29.

160 Bardenfleth, 2012, s. 30.

medarbejder, såfremt der foreligger en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet.¹⁶¹ Afskedigelser på grund af graviditet, barsel og adoption er omfattet af lovens § 9.

Graviditet, barsel og adoption

Direktivets artikel 15 og 16 vedrørende tilbagevenden fra barselsorlov sikrer at lønmodtagere, der udøver retten til fravær har ret til at vende tilbage til samme eller tilsvarende stilling med samme betingelser og vilkår, som før fraværet. Derudover har disse ret til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som de ville have været berettiget til, hvis ikke de havde været fraværende på grund af graviditet og barsel. Artikel 15 og 16 er implementeret i LBL §§ 8 og 8a.

LBL § 8 vedrører lønmodtageres anciennitet i den periode, hvor vedkommende har været fraværende efter reglerne i barsellovens §§ 6-14.¹⁶² Denne bestemmelse vedrører altså arbejdsvilkår og er dermed et fortolkningsbidrag til bestemmelsen i § 4.¹⁶³ I lovens § 8a, stk. 1 gælder der, at man har ret til at vende tilbage til samme eller tilsvarende arbejde efter endt orlov. I tilknytning hertil gælder ligeledes at visse mindre ændringer, der i den konkrete situation ikke kan karakteriseres som en væsentlig ændring af ansættelsesforholdet, ligger indenfor, hvad en lønmodtager med rimelighed må tåle. Det betyder altså at man ikke nødvendigvis skal vende tilbage til præcis samme stilling, men at arbejdsgiveren har mulighed for at tilpasse stillingen til virksomhedens økonomiske forhold mv., så længe ændringerne ligger indenfor rammerne af det allerede eksisterende ansættelsesforhold.¹⁶⁴ Hvis der foretages ændringer i ansættelsesforholdet og beslutningen herom er truffet under orloven, vil der gælde en omvendt bevisbyrde jf. § 16, stk. 4. Såfremt ændringen først træder i kraft efter tilbagekomsten vil der gælde en delt bevisbyrde efter § 16a.

Det følger endvidere af § 8a, stk. 1, at man ligeledes har ret til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som man ville have været berettiget til, hvis ikke man har været fraværende på grund af graviditet og barsel.

161 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 74.

162 Lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel ved lovebkendtgørelse nr. 872 af 28/06/2013.

163 Bardenfleth, 2012, s. 40.

164 Bardenfleth, 2012, s. 43-44.

Forbud mod afskedigelse grundet graviditet mv.

LBL § 9 lyder som følgende:

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

Bestemmelsen implementerer artikel 10 i graviditetsdirektivet, som foreskriver at medlemsstaterne skal iværksætte foranstaltninger, der beskytter lønmodtagere fra afskedigelse fra graviditetens indtræden og til udløbet af barselsorloven.¹⁶⁵ Undtaget fra artikel 10 er dog de tilfælde, hvor en afskedigelse er tilladt efter national lov og/eller praksis.

LBL § 9 foreskriver derfor at der gælder et forbud mod at afskedige en lønmodtager, såfremt denne har fremsat ønske om at benytte retten til orlov, har været fraværende i henhold til barsellovens regler eller i øvrigt har været fraværende på grund af graviditet, barsel eller adoption. Disse perioder omfatter graviditetsfremmende foranstaltninger, afskedigelse på grund af graviditetsbetinget sygdom, selve graviditeten, graviditetsorloven, barselloven, forældreorlov og adoptanters ret til orlov.

Såfremt en lønmodtager opsiges under graviditeten, under fraværsperioder efter barsellovens §§ 6-11, 13 og 14 eller i varslingsperioder efter barsellovens § 16, stk. 2, gælder der en omvendt bevisbyrde, hvorfor det alene påhviler arbejdsgiveren at godtgøre, at opsigelsen er sagligt begrundet i enten medarbejderens eller virksomhedens forhold, dvs. at den ikke er begrundet i graviditeten mv. Dette følger af LBL § 16, stk. 4. Efter bestemmelsens ordlyd gælder den omvendte bevisbyrde alene i perioden fra graviditetens indtræden og til barselorlovsperiodens udløb. Dermed gælder der således

¹⁶⁵ 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 (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF). Direktivet fastlægger den arbejdsmiljømæssige beskyttelse for gravide kvinder, kvinder der lige har født, og som ammer. Formålet med dette direktiv er at beskytte mor og barns sundhed, hvorfor fædre ikke har nogle rettigheder efter dette direktiv.

ikke en omvendt bevisbyrde i den periode, hvor lønmodtageren forsøger at blive gravid eller modtager hormonbehandling. Her vil den delte bevisbyrde efter § 16a være gældende.¹⁶⁶

Derudover gælder der endvidere, at en lønmodtager også kan være beskyttet mod afskedigelse jf. § 9 efter endt orlov. I disse tilfælde kan sagerne inddeles i to kategorier. Der tænkes her på de sager, hvor medarbejderen opsiges umiddelbart efter tilbagevenden og de sager, hvor afskedigelsen finder sted noget tid efter, eksempelvis 1 eller 2 måneder efter. Såfremt opsigelsen sker i så nær tilknytning til medarbejderens tilbagevenden at der er formodning for, at beslutningen reelt er truffet inden tilbagevenden, vil der fortsat gælde en omvendt bevisbyrde jf. § 16, stk. 4. Såfremt afskedigelsen sker et vis stykke tid efter, vil denne formodning ikke være til stede og derfor vil der som udgangspunkt gælde en delt bevisbyrde jf. § 16a, medmindre lønmodtageren kan dokumentere, at beslutningen reelt er truffet før dennes tilbagevenden.¹⁶⁷

Det er vigtigt at pointere, at der ikke gælder et forbud mod at afskedige lønmodtagere omfattet af LBL § 9 og graviditetsdirektivets artikel 10 jf. ovenfor. Det der ikke er tilladt er at afskedige denne begrundet i graviditeten mv. Det er således fortsat tilladt at afskedige medarbejdere, der falder under bestemmelsens anvendelsesområde, såfremt årsagen hertil er sagligt begrundet i enten virksomhedens eller medarbejderens forhold.¹⁶⁸ Retspraksis har udviklet sig på en sådan måde, at bevisbyrden er særdeles tung at løfte. En arbejdsgiver, der påtænker en opsigelse af eksempelvis en gravid lønmodtager eller en mandlig lønmodtager, der har oplyst, at han påtænker at afholde fædreorlov i den nærmeste fremtid, skal således have klare beviser, der kan dokumentere, at disse forhold ikke har spillet nogen rolle, da beslutningen blev taget.¹⁶⁹ Enhver tvivl i denne henseende vil komme lønmodtageren til gode.¹⁷⁰ Denne udvikling har også betydet, at det af arbejdsgivere opleves således, at gravide mv. reelt ikke kan opsiges, hvilket dog er en misforståelse.

Det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv foreskriver i artikel 19, at i sager, hvor der

166 Svenning Andersen, 2011, s. 766-767.

167 Marstal, 2011, s.110-111.

168 Marstal, 2011, s. 14.

169 Marstal, 2011, s. 14.

170 Svenning Andersen, 2011, s. 769.

sker forskelsbehandling på grund af køn, skal der gælde en delt bevisbyrde. Det gælder, jf. artikel 19, stk. 4, også de situationer, der er omfattet af graviditetsdirektivet. Den delte bevisbyrde har Danmark implementeret i LBL § 16a. Denne bevisbyrde består af to led, hvor 1. led består i, at den krænkede (lønmodtageren) skal påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling. Såfremt denne del af bevisbyrden løftes af lønmodtageren påhviler det arbejdsgiveren i 2. led at godtgøre, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Domstolene synes at have en stor velvilje til at udstrække lovens beskyttelse i videst muligt omfang, og derfor kan det ifølge Svenning Andersen (2011) antages, at første led af den delte bevisbyrde fortolkes relativt lempeligt af domstolene.¹⁷¹

Danmark har endvidere valgt, at der skal gælde en omvendt bevisbyrde i visse tilfælde jf. LBL § 16, stk. 4, hvilket er en overimplementering af direktivets artikel 19. Bestemelsen lyder som følger:

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

Denne regel blev indført med virkning fra 19. april 1989.¹⁷² Det følger af lovforslaget til denne lovændring, at årsagen til den omvendte bevisbyrde i § 16, stk. 4 sker som følge af en folketingsbeslutning vedtaget d. 2. juni 1987.¹⁷³ Det følger af denne, at Folketinget opfordrede regeringen til at fremsætte lovforslag inden 1. februar 1988, for at sikre tryghed i ansættelsen for gravide kvinder samt kvinder og mænd på barselorlov. Dernæst fremgår det af lovforslaget, at bevisbyrden skal vendes i de situationer, hvor lønmodtageren afskediges under graviditet, barsel eller adoption. Begrundelsen for den valgte overimplementering i disse perioder er således, at dette skal sikre tryghed hos lønmodtagerne. Som det fremgår ovenfor har denne bevisbyrde vist sig at være

171 Svenning Andersen, 2011, s. 773.

172 Lov nr. 244 af 19.4.1989.

173 Lovforslag nr. LSF 64. Forslag til lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v. Fremsat d. 26.10.1988 og vedtaget ved lov nr. 244 af 19.4.1989. Side 5.

tung at løfte i praksis. Spørgsmålet er, hvorvidt denne politisk valgte løsning virker efter hensigten. Man kan forestille sig en situation, hvor en arbejdsgiver er nødsaget til at afskedige eksempelvis en gravid kvinde af organisatoriske årsager eller, fordi den ganske enkelt ikke formår at udfylde stillingen. Arbejdsgiveren kan risikere at blive dømt til at betale en godtgørelse på eksempelvis 9 måneders løn, fordi det kan være meget svært at løfte den omvendte bevisbyrde. Vi er bevidste om, at det ikke er et spørgsmål, der kan besvares endegyldigt. Vi finder det dog relevant at have for øje, om denne retsstilling kan betyde, at nogle arbejdsgivere ikke er interesseret i at rekruttere kvinder i den fødedygtige alder. Dette kan skyldes, at nogle arbejdsgivere frygter, at de i sidste ende ikke kan afskedige kvinden uanset, om der er en saglig grund hertil eller ej. Lovgiver ønskede ved denne lovændring at sikre mere tryghed i ansættelsen for gravide kvinder og kvinder og mænd på barselorlov, men er det reelt, det man har opnået?

Godtgørelse

Direktivets artikel 18 vedrørende erstatning eller godtgørelse i sager omfattet af direktivets bestemmelser fastslår, at medlemsstaterne skal indføre de bestemmelser, der måtte være nødvendige for at sikre en reel og effektiv erstatning eller godtgørelse. Erstatningen eller godtgørelsen skal have en præventiv virkning og stå i et rimeligt forhold til det tab, som den pågældende har lidt. Dette er en kodificering af EU-Domstolens praksis samt en nødvendighed for at sikre ligebehandlingsprincippet effektivitet. Jf. pkt. 35 i præamblerne bør medlemsstaterne fastsætte effektive sanktioner, der står i et rimeligt forhold til overtrædelsen samt har en afskrækkende virkning. Bestemmelsen i artikel 18 er gennemført i LBL §§ 14, 15 og 16, stk. 2 og 3.

Det følger af LBL § 14, at personer, hvis rettigheder er krænket efter §§ 2-5 skal tilkendes en godtgørelse. Såfremt der rejses krav om manglende ansættelse efter lovens § 2, viser retspraksis, at godtgørelserne er forholdsvis små.¹⁷⁴ Dette ses bl.a. i Højesterets afgørelse af 11. november 2011, hvor en arbejdsgiver fandtes at have lagt vægt på, at medarbejderen var gravid, da hun traf beslutningen om ikke at ansætte denne i en anden stilling. Medarbejderen var førhen ansat i et vikariat. Arbejdsgiveren blev dømt for brud på § 2 og skulle derfor betale en godtgørelse på 25.000 kr. jf. § 14.¹⁷⁵

174 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 152.

175 UfR2012.511H.

En lønmodtager kan ligeledes tilkendes en godtgørelse jf. lovens § 16, stk. 2 og 3, såfremt dennes rettigheder efter § 9 er krænket. Godtgørelsen fastsættes jf. § 16, stk. 3 under hensyntagen til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt. Udgangspunktet i § 16, stk. 2 er, at der alene tilkendes en godtgørelse såfremt afskedigelsen ikke underkendes. Lønmodtageren kan dermed rejse krav om at afskedigelsen underkendes. I praksis har dette dog ikke været benyttet i særlig stor grad, da sagerne oftest behandles længe efter selve opsigelsen og, derfor er ansættelsesforholdet ofte ødelagt, hvorfor en underkendelse ikke har noget formål.¹⁷⁶ Det fremgår endvidere af førnævnte lovforslag, at muligheden for underkendelse ligeledes blev indført i bestemmelsen som følge af folketingsbeslutning af 2. juni 1987. Dog nævnes det i lovforslaget, at lovens betingelse for at frafalde kravet om underkendelse ofte vil være opfyldt netop på grund af den lange behandlingstid, det vil medføre, når sager behandles ved de almindelige domstole.¹⁷⁷

Fastsættelsen af godtgørelserne er alene overladt til retspraksis, da hverken loven eller forarbejderne til denne siger noget om udmålingen heraf.¹⁷⁸ Hovedreglen i retspraksis er den, at der som minimum udmåles en godtgørelse svarende til 9 måneders løn. Såfremt den ansatte alene har en meget lav anciennitet, kan godtgørelsen udmåles til et lavere niveau, typisk svarende til 6 måneders løn. Såfremt omstændighederne taler for det, kan godtgørelsen også blive udmålt til eksempelvis 12 måneders løn.¹⁷⁹ Det fremgår af den foreliggende retspraksis, at ancienniteten i langt de fleste tilfælde er det afgørende i forhold til godtgørelsens udmåling.¹⁸⁰

I ældre retspraksis - før 2002 - ses eksempler på godtgørelser, der fastsættes til, hvad der svarer til 3 måneders løn eller endda mindre. Dette er dog fortid efter Højesterets dom af 13. august 2002, hvor man fastsatte godtgørelsen til 6 måneders løn til en lønmodtager, der var ansat i et 6 måneders vikariat men blev opsagt efter 3 måneder grundet hendes graviditet og, at hun dermed ikke kunne arbejde i hele vikariatet.¹⁸¹

176 Andersen, Nielsen & Precht, 2010, s. 159.

177 Lovforslag nr. LSF 64. Forslag til lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v. Fremsat d. 26.10.1988 og vedtaget ved lov nr. 244 af 19.4.1989. Side 7.

178 Marstal, 2011, s. 133.

179 Bardenfleth, 2012, s. 63.

180 Marstal, 2011, s. 134.

181 UfR2002.2435/3H.

I denne sag anmodede Højesteret EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse.¹⁸² I denne fastslog EU-Domstolen, at det dagældende ligebehandlingsdirektiv og graviditetsdirektivet er til hinder for, at man opsiger en medarbejder på grund af graviditet. Dette gælder uanset om lønmodtageren var vidende om graviditeten på ansættelsestidspunktet eller ej.¹⁸³ Højesteret tilkendte derfor lønmodtageren en godtgørelse og begrundede bl.a. fastsættelsen af denne med, at der ikke er grundlag for at skelne mellem tidsbegrænsede og tidsubegrænsede stillinger, når den skal udmåles. Dommen er senere hen bekræftet flere gange, bl.a. ved Højesterets afgørelse af 12. december 2002, hvor der blev tilkendt en godtgørelse på 6 måneders løn ved en opsigelse efter 3 måneders ansættelse.^{184 185}

Vi finder det interessant at se, hvordan denne godtgørelsespraksis udvikler sig i fremtiden. Størrelsen af godtgørelserne må antages at have betydning i samspil med opfattelsen af, at det er umuligt at opsigte gravide mv., når man som arbejdsgiver står i en ansættelsessituation. Hvis en arbejdsgiver står i en rekrutteringssituation og overvejer at ansætte en kvinde, der har oplyst om hendes graviditet, kan det ikke udelukkes, at nogle arbejdsgivere vil sammenholde de forskellige risici. Hvis man vælger ikke at ansætte denne medarbejder, og det i værste fald ender med et krav på godtgørelse jf. LBL § 14 viser retspraksis, som nævnt, at godtgørelse i § 2- sager typisk ligger på 25.000 kr. Hvis arbejdsgiveren derimod vælger at ansætte vedkommende men efterfølgende ikke er tilfreds med dennes arbejde eller, er nødsaget til at afskedige denne pga. virksomhedens økonomiske forhold, er der risiko for, at denne rejser en sag efter LBL § 9 med krav om godtgørelse jf. § 16, stk. 2 og 3. I så fald gælder den omvendte bevisbyrde jf. § 16, stk. 4, og den kan være tung at løfte. Derudover viser retspraksis, at godtgørelse i denne type sager oftest ender på 9 måneders løn eller i hvert fald som minimum på en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved den måde, hvorpå godtgørelsesniveauerne udvikler sig og den betydning, det i sidste ende får for lønmodtagere, der falder under lovens bestemmelser, dvs. i høj grad kvindelige lønmodtagere i den fødedygtige alder. På den anden side kan det formodes, at en godtgørelse i denne størrelsesorden har en præventiv virkning.

182 Sag C-109/00, Tele Danmark, Saml. 2001, s. I-06993.

183 Svenning Andersen, 2011, s. 760-761.

184 UfR2003.603H.

185 Marstal, 2011, s. 133-134.

En anden væsentlig pointe i forhold til reglerne om krav på godtgørelse er, hvorvidt dette er det rette retsmiddel i alle konflikter. Vi antager, at der vil være situationer, om end det muligvis er sjældent, hvor medarbejderen vil foretrække, at en sådan sag bliver løst ved, at man i stedet får sit job tilbage. Dette er rent faktisk en mulighed jf. § 16, stk. 1, men denne anvendes sjældent i praksis. Samtidig hermed er det ikke utænkeligt, at sager opstår fordi organisationerne "overtager" parternes uoverensstemmelse til trods for, at enten medarbejderen eller arbejdsgiveren ikke ønsker at det er en sag, der skal igennem hele retssystemet.

Kommentarer til ligebehandlingsloven

Ligebehandlingsloven har til formål at forbyde forskelsbehandling pga. køn, navnlig under hensyn til graviditet eller til ægteskabelig eller familiemæssig stilling. Loven er et eksempel på en direktivimplementering, hvor Danmark har valgt at overimplementere dele af direktivets bestemmelser i LBL § 16, stk. 4. Denne overimplementering kan være en fordel for den enkelte lønmodtager, når bevisbyrden ikke påhviler denne. På den anden side kan overimplementeringen gøre det sværere for kvinder generelt på arbejdsmarkedet. Det må formodes, at kvinder i nogle tilfælde nyder så stor beskyttelse, at arbejdsgiverne kan være af den opfattelse, at det ikke er en mulighed at opsiges netop denne, til trods for at vedkommende ikke lever op til forventningerne eller besidder de nødvendige kvalifikationer til at varetage en given stilling.

Dette kan betyde, at arbejdsgiveren spekulerer i ovenstående, når han ansætter nye medarbejdere. Arbejdsgiveren tænker således ikke kun på, hvem der er den bedst kvalificerede men også, hvem der kan udgøre den største risiko på sigt, såfremt en opsigelse bliver nødvendig. Dertil kommer, at det er mindre omkostningsfuldt for virksomheden at blive mødt med et krav om manglende ansættelse efter LBL § 2 frem for en afskedigelsessag efter LBL § 9, subsidiært § 4.

Godtgørelsesniveauet i ligebehandlingsloven er højere end det godtgørelsesniveau, der følger efter eksempelvis funktionærlovens § 2b eller Hovedaftalen mellem DA

og LO.^{186 187 188} Dette kan tænkes, at afholde især mindre virksomheder fra at opsiges særligt beskyttede medarbejdere og i stedet fastholder ansættelsesforholdet til trods utilfredshed med dette. En større virksomhed har måske ikke samme overvejelser. Her kan det i stedet være den dårlige omtale i pressen, der kan have en afskrækkende virkning. For den opsagte medarbejder vil en godtgørelse på f.eks. 9 måneders løn måske blot være et plaster på såret, i og med at vedkommende stadig vil stå uden job og derfor i en ekstra sårbar situation. Ydermere er det ikke altid den økonomiske godtgørelse, der nødvendigvis er den optimale løsning på konflikten. Omvendt kan godtgørelsen have sin berettigelse, da hverken medarbejderen eller virksomheden ønsker at ansættelsesforholdet fortsat skal bestå.

Delkonklusion

Det juridiske regelsæt, som er behandlet ovenfor består bl.a. af artikel 157 TEUF samt dele af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv og graviditetsdirektivet. Disse er implementeret i henholdsvis ligeløns- og ligebehandlingsloven.

Ligelønslovens formål er, at fremme ligestillingen mellem kvinder og mænd ved at sikre lige løn for samme arbejde eller for arbejde af samme værdi. Forståelsen af, hvornår der er tale om arbejde af samme værdi er bl.a. klarlagt ved hjælp af EU-domstolens praksis herom. Senest ved sag C-427/11, Kenny m. fl., som fastslår, at man ikke alene skal ligge vægt på medarbejdernes uddannelse men også andre kompetencer og kvalifikationer. Derudover skal ligelønsloven sikre, at medarbejdere har krav på lønforskellen såfremt der ikke ydes ligeløn og, at de ikke bliver opsagt fordi, de fremsætter krav herom. I så fald har denne medarbejder krav på lønforskellen jf. LLL § 2 og godtgørelse jf. LLL § 3, stk. 3.

186 Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer ved love nr. 81 af 3.2.2009 med senere ændringer ved lov nr. 647 af 12.6.2013.

187 Funktionærlovens § 2b, stk. 1 giver medarbejdere med mere end 1 års anciennitet ret til en godtgørelse svarende til op til halvdelen af dennes opsigelsesvarsel såfremt opsigelsen ikke er rimelig begrundet i enten virksomhedens eller medarbejderens forhold.

188 Godtgørelsen efter DA og LO's hovedaftale kan ifølge dennes § 4, stk. 3, litra e ikke overstige, hvad der svarer til 52 ugers løn såfremt opsigelsen ikke er sagligt begrundet. Retspraksis viser at godtgørelsen typisk ligger på 1-2 ugers løn pr. ansættelsesår.

Ligebehandlingsloven skal sikre ligebehandling mellem mænd og kvinder for så vidt angår bl.a. ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder også afskedigelse. Derudover skal loven sikre, at lønmodtagere ikke bliver afskediget eller udsat for anden mindre gunstig behandling, fordi de fremsætter krav om udnyttelse af retten til orlov eller anden fravær på grund af graviditet, barsel og adoption. Danmark har valgt at overimplementere direktivets regler om bevisbyrde i § 16, stk. 4, samtidig med at retspraksis viser, hvordan godtgørelsen typisk ligger på 6-12 måneders løn, hvilket er en væsentlig højere godtgørelse end den der normalt gives jf. eksempelvis funktionærlovens § 2b for usaglig opsigelse.

Både ligeløns- og ligebehandlingsloven er eksempler på love, der sikrer individuel beskyttelse men også eksempler på, hvordan dele af lovene kan have utilsigtede afledte effekter i forhold til, det der oprindeligt er tiltænkt. Det kan formodes, at frygten for at blive mødt af et krav efter ligeløns- eller ligebehandlingsloven betyder, at nogle arbejdsgivere vil foretrække en mandlig medarbejder frem for en kvindelig, såfremt der er tale om to lige kvalificerede medarbejdere.

Kapitel 4 - Domsanalysen

Indledning

I dette kapitel vil vi ved hjælp af de nyeste domme se på, hvordan retspraksis har udviklet sig og, hvordan lovens bestemmelser bliver anvendt i praksis. Der er to hovedtemaer for de domme, som er valgt til dette kapitel, hvilket er henholdsvis den beskyttelse, der gælder før en graviditet indtræffer og dernæst beskyttelsen under selve graviditeten og orloven i den forbindelse.

Beskyttelsens rækkevidde før graviditeten indtræffer

Vi har i det følgende valgt at undersøge, hvilken beskyttelse der gælder jf. ligebehandlingsloven, inden en egentlig graviditet indtræffer. Vi har valgt at se på domme, der relaterer sig til graviditetsfremmende foranstaltninger, særligt fertilitetsbehandling. En af årsagerne til at lønmodtagere i fertilitetsbehandling nyder beskyttelse er, at selvom en graviditet endnu ikke er konstateret, så må det antages, at en sådan kan være nærtforestående. Samtidig hermed kan et sådan behandlingsforløb være tidskrævende og ofte kræve fravær fra arbejdet. Der kan derfor argumenteres for, at der opstår et incitament hos en arbejdsgiver til at opsiges medarbejderen inden en egentlig graviditet indtræffer.¹⁸⁹ Derfor må man formode at nogle arbejdsgivere, såfremt ligebehandlingsloven ikke finder anvendelse før en graviditet er en realitet, vil have incitament til at fyre medarbejdere inden da for at undgå, at en opsigelse senere hen er omfattet af lovens bestemmelser.

For at klarlægge retspraksis på dette område vil vi nedenfor analysere Højesterets dom af 29. marts 2012, som netop omhandler denne problemstilling.¹⁹⁰ Denne analyse vil således bidrage til fortolkningen af LBL § 9 og dennes anvendelsesområde, hvad angår graviditetsfremmende foranstaltninger såsom fertilitetsbehandling. Her vil vi inddrage Højesterets dom af 12. december 2002 og EU-Domstolens afgørelse i sag C-505/06, Mayr.

189 Marstal, 2011, s. 99-100.

190 UfR2012.2133H.

Højesterets dom af 9. maj 2012 illustrerer at der skal en vis tyngde til før der er påvist faktiske omstændigheder der giver anledning til at formode at der er udøvet forskelsbehandling i strid med ligebehandlingslovens § 2.¹⁹¹

Hvornår er man startet i fertilitetsbehandling?

Sagens faktiske omstændigheder

A tiltrådte stillingen d. 13. februar 2006. I slut august 2008 blev hun opereret for endometriose og havde i den forbindelse en længere sygdomsperiode. I oktober samme år blev A henvist til fertilitetsbehandling. Det fremgår af brevet fra hospitalet, at en del af de indledende prøver ville blive foretaget af egen læge og, jf. dennes journal blev disse taget d. 12. november 2008. D. 13. november 2008 underskrev A såvel som arbejdsgiveren en aftale efter sygedagpengelovens § 56. Lidelsens art blev beskrevet som barnløshed i forbindelse med endometriose. D. 28. november 2008 blev A opsagt med fratrædelse d. 26. december 2008. Der blev opsagt i alt 6 medarbejdere, da afdelingen skulle stoppe med en del af produktionen. I perioden efter fik A foretaget flere indledende prøver og, d. 9. februar 2009 startede hun i hormonbehandling. D. 30. marts fik hun opsat befrugtede æg.

Sagens anbringender

A anlagde sag mod dennes arbejdsgiver med påstand om, at hun blev opsagt i strid med LBL § 9, subsidiært § 4, da opsigelsen efter A's opfattelse var begrundet i fertilitetsbehandlingen. Sagsøger fremsatte derfor krav om godtgørelse efter ligebehandlingslovens regler.

Sagsøger finder at EU-Domstolens afgørelse af 26. februar 2008 i sag C-506/06, Mayr er relevant for denne sag.¹⁹² Sag C-506/06, Mayr omhandler fortolkningen af artikel 10 nr. 1 i graviditetsdirektivet, der ligger til grund for LBL § 9 jf. ovenfor i kapitel 3. Her fandt EU-Domstolen, at en lønmodtager ikke er beskyttet, såfremt denne er i gang med in vitro-behandling og, æggene er taget ud af kvindens krop og befrugtet med mandens sædceller, men endnu ikke indsat i kvindens livmoder. Højesterets dom af 12. december 2002 fandt, at en lønmodtager var beskyttet af LBL § 9, såfremt denne

191 UfR2012.2602H.

192 Sag C-506/06, Mayr, Saml. 2008, s. I-01017.

forsøgte at blive gravid ved kunstig befrugtning.¹⁹³ Dog udledes det ikke i dommen på, hvilket stadie i behandlingsforløbet medarbejderen befandt sig i. Sagsøger procederede således for, at graviditetsdirektivet er et minimumsdirektiv og, at man i Danmark har valgt at der skal gælde en stærkere beskyttelse i LBL § 9 jf. Højesterets dom af 12. december 2002.

Sagsøger procederede således for, at lønmodtagere bør være omfattet af LBL § 9, allerede når denne ved at hun skal i behandling jf. nedenstående:

***"(...) at en arbejdstager er beskyttet mod afskedigelse, når hun ved, at hun skal i behandling, uanset om der er fastlagt behandlingsmøder, at behandlingen skal ses som et samlet forløb, der også inkluderer udredning, der går forud for den egentlige behandling, og at det er uden betydning i relation til beskyttelsen, om behandlingen fører til graviditet."*¹⁹⁴**

Som støtte for sin påstand om frifindelse gjorde sagsøgte gældende, at A ikke blev opsagt i strid med LBL § 9 eller § 4. Sagsøgte argumenterede for, at opsigelsen af A var begrundet i virksomhedens drift og, at der ved opsigelsen af de i alt 6 medarbejdere var lagt vægt på kriterier som anciennitet og sygefravær samt, hvad der var bedst for afdelingen. De medarbejdere, der havde været ansat under et år blev først afskediget og dernæst dem, der havde været ansat mellem 1-10 år. A havde ud over den ene lange sygdomsperiode i 2008 haft mange korte sygdomsforløb. De mange korte sygdomsforløb var en belastning for afdelingen, da de håndterer ferske vare og derfor ikke kan vente med at forarbejde disse, til den ansatte er rask og tilbage på arbejde. De lange sygdomsperioder var til gengæld ikke noget stort problem, da det var nemmere for afdelingens leder at planlægge, hvordan arbejdet i så fald skulle fordeles. Lederen havde desuden et godt samarbejde med A og, selvom hun havde meget fravær, havde hun kun fået én advarsel tilbage i 2006, da hun altid var åben og forklarende omkring fraværet. A skulle have haft endnu en skriftlig advarsel i 2007, men det fik hun ikke. A var den med næsthøjeste sygefravær af de afskedigede medarbejdere og den med flest sygeperioder af alle.

193 UfR2003.603H.

194 UfR2012.2133H, s. 2137.

Vestre Landsrets afgørelse

Landsretten fandt ikke, at der i forarbejderne til ligebehandlingsloven eller i retspraksis er noget, der understøtter den påstand, at lønmodtagere er beskyttet mod afskedigelser i udredningsfasen af et graviditetsfremmende behandlingsforløb. Retten fandt derfor ikke, at LBL § 9 kan udvides til også at omfatte perioden, der ligger forud for, at den egentlige fertilitetsbehandling er indledt. Der var således ikke på opsigelsestidspunktet aktualiseret omstændigheder, som gjorde en mulig graviditet nærtforestående, hvorfor kvinden ikke fandtes omfattet af LBL § 9.

Dernæst vurderede Landsretten, hvorvidt afskedigelsen var i strid med LBL § 4. Retten fandt, at når man så bort fra den længere sygdomsperiode i forbindelse med operationen for endometriose, opfyldte A de kriterier, der var opsat som betingelser for opsigelse herunder navnlig hendes lave anciennitet og antallet af kortere sygdomsperioder. Det fandtes derfor godtgjort, at opsigelsen var begrundet i driftmæssige hensyn. Det forhold at hun havde ønsket at starte i fertilitetsbehandling og, at parterne havde underskrevet en aftale efter sygedagpengelovens § 56, dannede ikke grundlag for at fastslå eller delvis fastslå, at dette havde haft betydning for kvindens opsigelse. Derfor var afskedigelsen heller ikke omfattet af LBL § 4.

Landsretten frifandt derfor sagsøgte.

Højesterets afgørelse

Sagsøger gentog sine påstande for Højesteret. Sagsøgte påstod stadfæstelse. Højesteret stadfæstede dommen, men den er dog afsagt med dissens. 4 ud af 5 dommere tiltræder Landsrettens afgørelse og anser ikke kvinden for omfattet af LBL § 9. Derudover tiltræder de, at afskedigelsen var begrundet i driftmæssige hensyn, hvorfor den heller ikke fandtes at være i strid LBL § 4.

Den sidste dommer var af den overbevisning, at beskyttelse efter ligebehandlingsloven indtræder fra det tidspunkt, hvor kvinden henvises til behandling, fordi man allerede her forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning. Han var dog enig med flertallet i, at afskedigelsen var rimeligt begrundet i driftmæssige hensyn, hvorfor opsigelsen hverken faldt ind under LBL § 9 eller § 4. Han stemte derfor også for stadfæstelse af Landsrettens dom.

Kommentarer til dommen

Dommen er med til at illustrere, hvornår en lønmodtager kan anses som værende omfattet af den beskyttelse, der er at finde i LBL § 9 i forbindelse med graviditetsfremmende foranstaltninger. Retspraksis har ikke tidligere præciseret, hvornår denne beskyttelse indtræder men blot angivet, at man er omfattet af bestemmelsen, såfremt man modtager reel behandling. Højesterets afgørelse af 29. marts 2012 bidrager således til forståelsen af, hvornår man kan anses for værende i behandling og dermed omfattet af ligebehandlingslovens regler.

Der henvises som nævnt til Højesterets dom af 12. december 2002, der omhandler en kvindelig advokatsekretær, som efter 3 måneders prøvetid blev fastansat i september 1998.¹⁹⁵ Hun var på ansættelsestidspunktet i fertilitetsbehandling og, et behandlingsforsøg under kvindens ferie havde ikke medført graviditet, hvorfor hun efter prøvetidens udløb anmodede om et par fridage for at få foretaget graviditetsfremmende foranstaltninger. Det var først på dette tidspunkt, at arbejdsgiveren blev bekendt med behandlingen. Kvinden blev kort herefter opsagt. Kvinden havde allerede på opsigelsestidspunktet været igennem i hvert fald ét forsøg af kunstig befrugtning og, opsigelsen skete i forbindelse med, at kvinden havde ønsket ferie i forbindelse med et nyt forsøg. Dommen er afsagt med dissens, hvor 4 ud af 5 dommere udtalte:

"(...) Efter formålet med bestemmelsen må den efter vores opfattelse forstås således, at den tillige omfatter forbud mod afskedigelser, som er begrundet i, at den afskedigede forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning. Denne fortolkning er også lagt til grund i forarbejderne til lov nr. 440 af 7. juni 2001 om ændringen af bl.a. ligebehandlingsloven."¹⁹⁶

Det var derfor ikke bestridt, hvorvidt kvinden var i gang med reelle graviditetsfremmende behandlinger. Denne dom er derfor forskellig fra Højesterets dom af 29. marts 2012, fordi lønmodtageren var i gang med den reelle behandling, hvilket parterne også var enige om. Problemstillingen i Højesterets dom fra 2012 var, hvorvidt den reelle behandling var påbegyndt. Godtgørelsen blev i Højesterets dom af 12. december

195 UfR2003.603H.

196 UfR2003.603H, s. 609.

2002 fastsat til et beløb svarende til 6 måneders løn jf. LBL § 16 stk. 2 og 3.

EU-domstolens afgørelse i sag C-506/06, Mayr omhandlede fortolkningen af graviditetsdirektivets artikel 10, som er implementeret i LBL § 9.¹⁹⁷ Da kvinden blev opsagt fra sit arbejde, havde hun fået udtaget æg og, disse var blevet befrugtet med mandens sædceller men ikke indsat i kvindens livmoder. Kvinden fandtes derfor ikke omfattet af direktivets artikel 10.¹⁹⁸ I dommens præmis 42 nævnes det at man i nogle medlemsstater kan opbevare befrugtede æg i op til 10 år. Der kan derfor blive tale om en langstrakt beskyttelse af lønmodtageren.

En fertilitetsbehandling kan inddeles i flere faser; en undersøgelses- og en udredningsfase, hvor lønmodtageren skal have klarlagt, hvilken behandling samt til hvilken udstrækning denne skal foretages samt en reel behandlingsfase, hvor den egentlige behandling iværksættes. Behandlingsfasen kan ydermere inddeles i flere faser. Af behandlingsformer kan nævnes f.eks. hormonbehandling, udtagning af æg, befrugtning af disse, indsætning af æg i livmoderen og perioden op til en evt. graviditet indtræffer. I de ovenfor nævnte to danske domme sonderer Højesteret ikke mellem faserne internt i behandlingsforløbet men alene, hvorvidt den egentlige behandling er igangsat. Højesterets dom af 29. marts 2012 klarlægger ikke, hvornår i fasen der indtræder en beskyttelse efter LBL § 9, men alene at den opsagte medarbejder ikke var i reel behandling på opsigelsestidspunktet. Det er således fortsat uafklaret, om beskyttelsen f.eks. indtræder når hormonbehandlingen starter eller, om det først er ved opsætning af æg.

I EU-domstolens afgørelse gik sondringen på, hvor i den egentlige behandling lønmodtageren befandt sig. Argumentationen i præmis 42 om, at man i visse medlemsstater kan nedfryse (befrugtede) æg i op til 10 år og i Danmark 5 år, opstiller selvfølgelig en mulig problemstilling i pauser mellem behandlinger eller perioden mellem f.eks. 1. og 2. barn, hvor der er æg tilovers fra 1. behandlingsperiode osv.¹⁹⁹ Derfor har man fra EU-domstolens side vurderet, at det ikke er hensigten med artikel 10 i graviditetsdirektivet at strække beskyttelsen af lønmodtageren længere end, hvad der anses for nødvendigt.²⁰⁰

197 Sag C-506/06, Mayr, Saml. 2008, s. I-01017.

198 Jf. dommens præmis 41.

199 Marstal, 2011, s. 102.

200 Jf. dommens præmis 41 og 42.

Graviditetsdirektivet er et minimumsdirektiv, og Danmark har som nævnt i Højesterets dom af 29. marts 2012 valgt, at der skal gælde en bredere beskyttelse i LBL § 9, hvilket der er lagt til grund i Højesterets dom af 12. december 2002.²⁰¹ Derfor vil man nødvendigvis heller ikke skelne mellem fertilitetsbehandlingernes interne karakter på samme måde, som EU-Domstolen gør i det i sag C-506/06, Mayr, men derimod sondre mellem, hvorvidt der er etableret et behandlingsforløb eller om det alene er den foregående afklaring/udredningsforløb, der er igangsat.

Man kan endvidere argumentere for, at Højesterets dom af 29. marts 2012 er udtryk for, at beskyttelsen jf. LBL § 9 ikke som udgangspunkt også skal omfatte det forhold, hvor en lønmodtager aktivt forsøger at blive gravid på naturlig vis. En sådan beskyttelse vil på mange måder være vidtgående, hvis en kvindelig lønmodtager omgår reglerne ved at påberåbe sig beskyttelsen og hævder, at hun aktivt forsøger at blive gravid.²⁰² Hvis Højesteret i stedet var kommet frem til, at den opsagte lønmodtager var særlig beskyttet på det stadie i behandlingen, kan man ligeledes argumentere for, at et par der forsøger at blive gravide på naturlig vis også skal være omfattet af beskyttelsen i ligebehandlingsloven. Man kan således stille spørgsmålstejn ved om dette er hensigten bag ligebehandlingslovens regler da der i så fald kan blive tale om en vidtrækkende beskyttelse i visse tilfælde.

Medfører fertilitetsbehandling pr. automatik en ansættelsespligt?

Sagens faktiske omstændigheder

A blev ansat som salgsassistent i et supermarked d. 1. oktober 2006. Stillingen var et barselsvikariat. Hun oplyste i december 2006 hendes arbejdsgiver om, at hun påbegyndte fertilitetsbehandling. I perioden hvor A var ansat, var der flere ledige stillinger i virksomheden og, hun gav overfor arbejdsgiveren udtryk for, at hun var interesseret i at blive i virksomheden. Trods dette fik hun ikke tilbudt nogle af de ledige stillinger, ej heller fik hun tilbud om nyansættelse, da vikariatet udløb i slutningen af august 2007. Dette skyldtes dels, at A ikke havde haft forudgående erfaring fra butikserhvervet og dels, at arbejdsgiveren foretrak andre ansøgere, der besad grundlæggende kvaliteter

201 UfR2003.603H.

202 Marstal, 2011, s. 101-102.

såsom at være udadvendt, servicemindet, høflig og hurtig. De havde dog ikke begrundet dette overfor A, ligesom hun heller ikke var blevet evalueret negativt ved prøvetidens udløb.

Sagens anbringender

Sagsøger gjorde gældende, at A's manglende ansættelse efter endt vikariat var en overtrædelse af LBL § 2, hvorfor der blev fremsat et krav om godtgørelse på 9 måneders løn jf. LBL § 14. Ligeledes gjorde sagsøger gældende, at denne havde påvist faktiske omstændigheder jf. LBL § 16a ved at fremlægge journalskrifter, der dokumenterede A's igangværende fertilitetsbehandling.

Sagsøgte gjorde gældende at der ikke gælder en pligt for arbejdsgivere til at tilbyde en ny stilling til en medarbejder, der er i gang med fertilitetsbehandling samt, at det er dennes frie skøn at vurdere hvilke medarbejdere, der har de kompetencer, det kræver at besidde en konkret stilling. Dernæst gjorde sagsøgte gældende, at arbejdsgiveren ikke lagde vægt fertilitetsbehandlingen ved vurderingen af, om A ville kunne besidde en af de ledige stillinger. Endvidere gøres det gældende at det forhold at A var i fertilitetsbehandling ikke alene er nok til, at bevisbyrden i LBL § 16a derefter påhviler arbejdsgiver.

Byrettens afgørelse

Byretten fandt, at der var påvist faktiske omstændigheder, der skabte formodning for, at ligebehandlingsprincippet jf. LBL § 2 var blevet tilsidesat. Derfor påhvilede det jf. LBL § 16a sagsøgte at godtgøre, at det manglende tilbud om ansættelse i en af de ledige stillinger ikke skyldtes, at A var påbegyndt fertilitetsbehandling. Dette fandt retten ikke bevist, hvorfor A blev tildelt en godtgørelse jf. LBL § 14. Godtgørelsen blev efter ansættelsens karakter og varighed fastsat til et beløb svarende til 6 måneders løn.

Vestre Landsrets afgørelse

Sagsøgte ankede dommen til Landsretten og påstod frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb. Sagsøger nedlagde påstand om, at A skulle tildeles yderligere 3 måneders løn i godtgørelse. Trods supplerende forklaringer fra A fandt Landsretten ikke, at der var påvist faktiske omstændigheder, der gav retten anledning til at formode, at ligebehandlingsprincippet var blevet krænket. Det faktum at der var tale om en stor virksomhed, som var vant til at håndtere gravide medarbejdere blev bl.a. lagt

til grund. A havde endvidere fået den fornødne frihed til at deltage i behandlingsforløbene uden, at det havde været et problem. Arbejdsgiver blev herefter frifundet, da A ikke havde løftet bevisbyrden jf. LBL § 16a.

Højesterets afgørelse

Sagsøger søgte herefter 3. instans bevilling for at få klarlagt, hvor meget der skal til for at påvise faktiske omstændigheder jf. LBL § 16a. Sagsøger var af den overbevisning, at der kun kan stilles få eller små krav til de beviser, der skal skabe formodning for, at der er tale om enten direkte eller indirekte forskelsbehandling i strid med lovens bestemmelser.

Højesteret fandt, at virksomhedens størrelse var uden betydning, men det forhold at virksomheden var vant til at håndtere gravide medarbejdere indgik i bedømmelsen. Højesteret fandt det stadig ikke godtgjort, at A havde påvist faktiske omstændigheder, der skabte formodning for, at det var fertilitetsbehandlingen, der var årsag til, at A ikke fik tilbudt en fastansættelse trods flere ledige stillinger.

Kommentarer til dommen

Dommen illustrerer, at der ved den delte bevisbyrde jf. LBL § 16a skal påvises omstændigheder af en vis tyngde, før bevisbyrden flyttes over på modparten. Det er ikke tilstrækkeligt, at en medarbejder blot viser, at arbejdspladsen er bekendt med dennes behandlingsforløb og efterfølgende ikke fastansætter denne. Der gælder således ikke pr. automatik en ansættelsespligt for medarbejdere, der er omfattet af lovens bestemmelser, eksempelvis fordi denne er i gang med fertilitetsbehandling. Det er derfor en misforståelse at tro, at et vikariat skal medføre en fastansættelse alene af den grund, at en medarbejder falder ind under lovens bestemmelser. Ud fra en rimelighedsbetragtning synes det retfærdigt, at det ved delt bevisbyrde reelt tillægges sagsøger at løfte denne i første omgang.

Beskyttelsens rækkevidde under graviditet og orlov

I dette afsnit ønskes det ved hjælp af den seneste retspraksis klarlagt, hvilke regler og forpligtelser der bl.a. gælder, når en lønmodtager er fraværende pga. graviditet og orlov i forbindelse hermed. I denne analyse vil vi inddrage Højesterets dom af 14. maj 2012, der illustrerer, hvilke pligter der gælder i forbindelse med afholdelse af lønsam-

taler, når en medarbejder er på orlov.²⁰³ Dommen er ligeledes et eksempel på, hvornår en opsigelse er i strid med ligeløns- og ligebehandlingslovens regler i forbindelse med fremsættelse af krav om ligeløn.

I analysen vil vi ydermere inddrage Højesterets dom af 20. februar 2012, som ændrer ved en mangeårig praksis.²⁰⁴ Dommen pålægger arbejdsgivere et objektivt ansvar i nogle opsigelsessituationer, hvilket betyder, at en arbejdsgiver kan blive mødt med krav om godtgørelse uanset, om denne er bekendt med medarbejderens graviditet på opsigelsestidspunktet.

Manglende indkaldelse til lønsamtale under barsel

Sagens faktiske omstændigheder

I Højesterets dom af 14. maj 2012 blev A ansat d. 1. august 2000 og, efterfølgende blev hun tilbudt en stilling som indkøbsassistent, som hun tiltrådte d. 20. juni 2005.²⁰⁵ Hendes ansættelsesforhold var reguleret af Landsoverenskomst for Kontor og Lager, hvor der i dennes § 4 gælder, at lønnen aftales individuelt i hvert enkelt tilfælde mindst en gang om året. A gik på barsel i august 2006, hvoraf hun modtog løn fra hendes arbejdsgiver frem til 23. februar 2008. Virksomheden afholdte normalt lønsamtaler i april/maj måned, men under orloven blev A ikke indkaldt til en sådan. A vendte tilbage fra orloven d. 23. august 2007 og, d. 31. marts 2008 afholdte A og hendes nærmeste leder en MUS-samtale. I første omgang meddelte denne A, at hun ikke ville få en lønstigning, men da hun udtrykte utilfredshed hermed, fik hun tildelt en månedlig lønstigning på 700 kr. med virkning fra d. 1. marts 2008.

A skrev d. 8. maj 2008 til sin nærmeste leder og udtrykte utilfredshed over, at hun ikke blev indkaldt til MUS-samtale under hendes barselsorlov og, hun mente, at hun ikke var indstillet til mere i løn, fordi hun havde været på barselsorlov. A blev efterfølgende opsagt d. 30. maj 2008 grundet samarbejdsvanskeligheder herunder, at man ikke mente A udfyldte sine FLEX-skemaer korrekt.

203 UfR2012.2627H.

204 UfR2012.1782H.

205 UfR2012.2627H.

Herefter sagsøgte A arbejdsgiveren med påstand om godtgørelse efter ligeløns- og ligebehandlingsloven (krav om 18 måneders løn), efterbetalingskrav for manglende lønregulering samt godtgørelse for manglende indkaldelse til lønsamtale under barselorloven jf. LLL § 2, stk. 2 og LBL § 4, jf. § 14. Subsidiært fremsatte A krav om godtgørelse efter funktionærlovens § 2b samt efterbetalingskrav og godtgørelse efter LLL § 2, stk. 2 og LBL § 4, jf. § 14.

Sagens anbringender

Sagsøger gjorde bl.a. gældende, at opsigelsen var i strid med LLL § 3, stk. 1 samt LLL § 15, stk. 1, da det ikke er tilladt at opsiges en medarbejder, fordi denne fremsætter krav om ligeløn og ligebehandling. Principielt fremsatte sagsøger derfor krav om godtgørelse i henhold til LLL § 3, stk. 1 og 3 og/eller LBL § 15, stk. 1 jf. § 4 svarende til 18 måneders løn.

Ydermere gjorde sagsøger gældende, at A's leder nævnte hendes barsel som årsag til den manglende lønstigning samt, at der er en nær tidsmæssig sammenhæng med A's fremsatte krav og opsigelsen, hvorfor denne måtte være en reaktion på hendes krav om ligeløn. Endvidere bestrides det at A snød med FLEX-skemaet og udfyldelsen heraf. Efter disse betragtninger gjorde sagsøger gældende, at det herefter påhviler sagsøgte at godtgøre, at opsigelsen ikke er foretaget i strid med LLL § 3, stk. 1.

Subsidiært påberåbes funktionærlovens § 2b da opsigelsen ikke fandtes rimeligt begrundet i, hverken A's eller virksomhedens forhold. Opsigelsen var begrundet i samarbejdsvanskeligheder, men disse var ikke tidligere blevet påtalt overfor A, hvorfor en opsigelse ikke kan begrundes i dette, da hun ikke havde haft mulighed for at rette op på forholdene.

Dernæst gjorde sagsøger gældende, at A havde krav på en efterregulering af lønnen fra marts 2007, da hun ikke blev indkaldt til lønsamtale og, hendes kollegaer alle modtog lønforhøjelser på 700-1000 kr. pr. mdr. Ifølge sagsøger påhviler det herefter sagsøgte at løfte bevisbyrden jf. LLL § 6, stk. 2.

Sagsøger gjorde endvidere gældende, at A bør tildeles en godtgørelse efter LLL § 2, stk. 2 og LBL § 4 jf. § 14 grundet det forhold, at hun ikke blev indkaldt til en lønsamtale under sin barsel.

Sagsøgte nedlagde påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb. I tilknytning til sagsøgers anbringender gjorde sagsøgte gældende, at der ikke var tale om hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling, da A ikke henviste til en bestemt anden kollega og derfor kan ligelønsloven, i overensstemmelse med bemærkningerne til denne, ikke anvendes. Endvidere blev det af sagsøgte gjort gældende, at såfremt retten finder, at situationen er omfattet af ligelønsloven, har sagsøgte dokumenteret, at opsigelsen er sket pga. samarbejdsvanskeligheder og således ikke er i strid med ligelønsloven.

Vedrørende den subsidiære påstand gjorde sagsøgte gældende, at A væsentligt misligholdte ansættelsesforholdet ved ikke at udfylde FLEX-skemaet korrekt, hvorfor virksomheden kunne opsiges A uden en forudgående skriftlig advarsel. Derfor var der ikke grundlag for at tildele A en godtgørelse efter funktionærlovens § 2b.

Endvidere gjorde sagsøgte gældende, at det var udokumenteret, at sagsøgte ville have fået en lønstigning på 700 kr. pr. mdr., såfremt hun var blevet indkaldt til en lønsamtale i marts 2007. Det blev derudover gjort gældende at det alene beroede på en fejl, at A ikke blev indkaldt til denne samtale, da man ikke havde til hensigt at stille hende ringere.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Sø- og Handelsretten kommer i deres afgørelse frem til, at A fremsatte krav om en højere løn, men da hendes begrundelse herfor var, at hendes præstation berettigede til mere og ikke, at hendes mandlige kollegaer var bedre lønnet end hende, er der ikke tale om et spørgsmål, der relaterer sig til hverken ligeløns- eller ligebehandlingsloven. Samtidig hermed er det dokumenteret, at hendes mandlige kollegaer fik samme lønstigning, hvorfor sagsøgte frifindes for sagsøgers principale påstand. Sø- og Handelsretten finder dog, at A skal tilkendes en godtgørelse efter funktionærlovens § 2b svarende til 1½ måneds løn, da opsigelsen ikke er rimeligt begrundet i medarbejderens forhold. Dette skyldes, at sagsøgte ikke forinden opsigelsen forelagde A, at hun udfyldte FLEX-skemaet forkert. Derudover har man heller ikke udtrykt utilfredshed ved hendes arbejde i eksempelvis en skriftlig advarsel.

Dernæst gjorde A krav på lønregulering fra 1. marts 2007, fordi hun ikke blev indkaldt til en lønsamtale i foråret 2007 under hendes orlov og dermed ikke fik en lønstigning,

som nogle af de andre indkøbsassistenter fik. Sø- og Handelsretten finder ikke, at A har godtgjort, at hun blev stillet ringere og derfor har krav på en lønregulering. Det forhold, at andre fik en lønstigning, er ikke tilstrækkeligt til at påvise faktiske omstændigheder, der skaber formodning for, at der er sket forskelsbehandling. Dette skyldes bl.a., at sagsøgte benyttede et individuelt lønsystem, som Landsoverenskomsten for Kontor og Lager foreskriver det. Dermed finder Sø- og Handelsretten ikke, at A havde krav på en lønstigning pr. 1. marts 2007.

Til sidst tilkender Sø- og Handelsretten A en godtgørelse jf. LBL § 14 grundet det forhold, at hun ikke blev indkaldt til en lønsamtale under hendes orlov. Sø- og Handelsretten finder, at dette er forskelsbehandling i strid med § 4, da sagsøgte ikke har godtgjort, at den manglende indkaldelse ikke var begrundet i hendes orlov. Godtgørelsen blev fastsat til 10.000 kr.

Højesterets afgørelse

Hvad angår spørgsmålet om efterregulering jf. LLL § 2 finder Højesteret, at der er tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling når en kvinde, som har været på barsels- eller forældreorlov af denne grund, bliver afskåret fra at få en lønforhøjelse. I tilknytning hertil nævner Højesteret, at det er uden betydning, om kvindens samlede løn er mindre end den sammenlignelige løn for mandlige lønmodtagere. Højesteret ligger endvidere til grund, at langt de fleste MUS-samtaler resulterede i lønstigninger, der gennemsnitligt oversteg 700 kr. pr. mdr. og finder dermed, at A har påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at ligelønsreglerne er krænket, fordi hun ikke fik en lønstigning med virkning fra 1.9.2007 i forbindelse med hendes tilbagevenden. Højesteret nævner i tilknytning hertil, at dette gælder uanset, om der er regler om et individuelt lønsystem jf. overenskomstens § 4, hvorefter lønnen forhandles individuelt. Sagsøgte tilpligtes derfor at foretage en efterregulering af A's løn fra 1.9.2007 med 700 kr. pr. mdr.

Højesteret fastslår endvidere, at det er i strid med LBL § 4, at A ikke blev indkaldt til MUS- og lønsamtale og, at A derfor tilkendes en godtgørelse på 10.000 kr. jf. LBL § 14. Sagsøgte gjorde i dennes anbringender for Højesteret gældende, at der ikke er hjemmel til at tilkende en godtgørelse for krænkelse af LBL § 4, såfremt der gives medhold i påstanden om efterregulering. Højesteret finder dog, at der både er hjemmel til en efterregulering i medfør af LLL § 2 og en godtgørelse jf. LBL § 4.

I spørgsmålet om, hvorvidt opsigelsen af A var i strid med LLL § 3, stk. 1, udtaler Højesteret, at den omvendte bevisbyrde jf. LLL § 3, stk. 2 finder anvendelse, da A fremsatte kravet ved emails af 8. og 17. maj 2008 og opsigelsen skete allerede d. 30. maj samme år. Derfor påhviler det sagsøgte at godtgøre, at opsigelsen ikke er begrundet i det fremsatte krav om ligeløn. Højesteret finder ikke, at bevisførelsen danner grundlag for at konstatere, at A's adfærd kan karakteriseres som samarbejdsvanskeligheder. Sagsøgte har endvidere ikke godtgjort, at opsigelsen ikke skyldes hendes fremsatte krav og, derfor tilkendes A en godtgørelse svarende til 6 måneders løn jf. LLL § 3, stk. 3.

Kommentarer til dommen

Denne dom tydeliggør, at det er vigtigt ikke at overse medarbejdere, som er fraværende pga. graviditet og orlov i forbindelse hermed. Både Sø- og Handelsretten samt Højesteret finder, at det er i strid med LBL § 14 ikke at indkalde en barslende medarbejder til lønsamtale, når der ellers er praksis herfor i virksomheden. Virksomheden har dermed en forpligtelse til at vurdere den fraværende medarbejder på samme måde, som de øvrige medarbejdere i virksomheden. En medarbejder på orlov må derved ikke afskæres fra en eventuel lønforhøjelse alene af den grund, at vedkommende er på orlov. Hvis man undlader at give den pågældende medarbejder en lønregulering, skal det kunne godtgøres ud fra faktiske omstændigheder, eksempelvis generelle økonomiske besparelser, som betyder, at sammenlignelige medarbejdere heller ikke har fået en lønstigning. Det må antages, at det i nogle virksomheder kan være vanskeligt at administrere og vurdere, hvorvidt den fraværende medarbejder skal have en lønstigning. Hvis man forestiller sig, at den fraværende medarbejder er ansat i en afdeling med i alt 10 ansatte og, de andre 9 ved den årlige lønsamtale får en lønstigning på 1000 kr. pr. mdr., da er retstilstanden formentlig sådan, at den fraværende medarbejder ligeledes har krav på denne lønstigning. Man kan også forestille sig en situation, hvor kun 5 af de 10 medarbejdere får en lønstigning på mellem 500 og 1000 kr. pr. mdr. vurderet ud fra en række objektive kriterier, men ligeledes ud fra den enkeltes individuelle indsats det seneste år. I den situation kan det være væsentligt mere kompliceret at vurdere, hvorvidt den fraværende medarbejder ligeledes er berettiget til en lønstigning og i så fald, hvor stor denne skal være. Dette gør sig især gældende, såfremt der ikke er en sammenlignelig medarbejder i virksomheden, fordi der f. eks. er tale om en mindre virksomhed, hvor alle udfører forskelligt arbejde.

Det er endvidere værd at bemærke, at medarbejderens utilfredshed med lønnen vurderes af Højesteret, i modsætning til Sø- og Handelsretten, som værende en ligestrømt sag til trods for, at der ikke var tale om en situation, hvor kvindens samlede løn var mindre end den samlede løn for sammenlignelige medarbejdere af det modsatte køn. Medarbejderen havde alene udtrykt utilfredshed med hendes løn og således ikke udtrykt utilfredshed over, at en mandlig kollega fik mere i løn. Højesteret udtaler, at såfremt kvinden kan påvise faktiske omstændigheder, jf. LLL § 6, stk. 2, som giver anledning til at formode, at hun som følge af barsels- eller forældreorlov er gået glip af en lønforhøjelse, da påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at det ikke er tilfældet. Højesteret finder, at det er udtryk for direkte eller indirekte diskrimination, såfremt en kvinde der har været på barsels- eller forældreorlov bliver afskåret fra en lønforhøjelse.

A var under sin ansættelse omfattet af en overenskomst, som giver medarbejdere ret til en årlig løn**vurdering**, men ikke en årlig løn**forhandling**. Til trods herfor fastslår Højesteret, at den lønregulering på 700 kr. pr. mdr. som A og dennes leder aftalte som værende gældende fra 1.3.2008 i stedet fastsættes til at skulle gælde fra et tidligere tidspunkt, nemlig 1.9.2007. Hermed finder Højesteret det dokumenteret, at medarbejderen ville have fået en lønforhøjelse på 700 kr. om måneden, såfremt hun var blevet indkaldt til lønsamtale i 2007. Dette er til trods for, at der ifølge overenskomsten gælder et individuelt lønsystem, hvor lønnen skal fastsættes ud fra en række nærmere angivne faktorer. Man kan således argumentere for, at denne efterregulering fastsat af Højesteret strider imod overenskomstens princip om individuel lønforhandling mellem medarbejderen og virksomheden imellem.

Afskedigelse af gravid kvinde, hvor arbejdsgiveren ikke var bekendt med graviditeten

Sagens faktiske omstændigheder

A blev ansat som social- og sundhedshjælper d. 1. marts 2008. Hendes ansættelse var omfattet af 3 måneders prøvetid jf. funktionærlovens § 2, stk. 5. A blev d. 4. april 2008 indkaldt til en samtale, der skulle afholdes d. 7. april 2008 vedrørende hendes høje sygefravær. A var imidlertid sygemeldt d. 7. april, hvorfor samtalen ikke blev afholdt. Samme dag sendte sagsøgte et opsigelsesbrev til A, hvori det var oplyst, at årsagen til opsigelsen skyldtes A's tilbagevendende ustabile arbejdsindsats. Hun havde på daværende tidspunkt været fraværende på grund af sygdom 5 dage. Sagsøgte fremsendte brevet til A om formiddagen.

D. 25. marts 2008 tog A en graviditetstest, der var positiv og kontaktede dagen efter hendes læge, som ligeledes konstaterede, at hun var gravid. A informerede ikke hendes arbejdsgiver herom, før hun kontaktede sagsøgte telefonisk d. 7. april dog først efter at opsigelsen var sendt af sted.

A sagsøgte herefter arbejdsgiver med påstand om godtgørelse efter ligebehandlingsloven, da opsigelsen efter dennes overbevisning var i strid med LBL § 9, hvorefter det ikke er legitimt at afskedige en lønmodtager begrundet i dennes graviditet.

Sagens anbringender

Sagsøger gjorde gældende, at opsigelsen var i strid med LBL § 9, hvoraf det følger, at man ikke må afskedige en medarbejder begrundet i dennes graviditet. Endvidere gjorde sagsøger gældende, at der i sådanne sager gælder en omvendt bevisbyrde jf. § 16, stk. 4 samt, at A skal tilkendes en godtgørelse herefter, da sagsøgte ikke har løftet bevisbyrden. Sagsøger fremsatte krav om en godtgørelse svarende til 6 måneders løn til trods for ansættelsesforholdets længde.

Sagsøgte gjorde gældende, at opsigelsen ikke var usaglig i henhold til ligebehandlingsloven henset til det forhold, at opsigelsen skyldtes A's ustabile arbejdsindsats. Ydermere blev det endvidere gjort gældende, at sagsøgte ikke var bekendt med A's graviditet på opsigelsestidspunktet, hvorfor denne ikke kan have været bestemmende for opsigelsen. Dermed nedlægger sagsøgte påstand om frifindelse.

Byrettens afgørelse

Byretten finder ikke, at der er grundlag for at statuere, at sagsøgte havde kendskab til graviditeten før telefonsamtalen d. 7. april om eftermiddagen. Henset hertil samt vidneforklaringer fra sagsøgte og dennes sekretær og et skærmpoint, hvoraf det fremgår på hvilke tidspunkter opsigelsesbrevet blev skrevet finder Byretten, at beslutningen omkring opsigelsen blev truffet d. 7. april om morgenen. Derfor finder retten ikke, at afskedigelsen var begrundet i A's graviditet og, den er således ikke i strid med ligebehandlingsloven, hvorfor der heller ikke kan tilkendes en godtgørelse herefter.

Sagsøgte frifindes derefter.

Vestre Landsrets afgørelse

Der blev for Landsretten fremlagt en lægeattest af 30. april 2008. Det fremgår af den-

ne at A havde været ved egen læge første gang d. 26. marts 2008 grundet graviditetsgener. Hendes første fraværsdag var d. 3. april 2008. Endvidere oplyste A, at 3½ ud af hendes sygedage 4½ af disse skyldtes graviditeten.

Derudover gentog parterne i det væsentlige deres anbringender for Landsretten. A gjorde dog endvidere gældende, at det følger af EU-Domstolens praksis, at det er uden betydning, hvorvidt arbejdsgiveren er bekendt med graviditeten på opsigelsestidspunktet, når det skal vurderes om LBL § 9 finder anvendelse.

Landsretten ligger i dennes afgørelse til grund, at EU-Domstolens dom af 22. april 1997, Draehmpaehl, særligt præmis 21 og 22, skal forstås således, at afskedigelsesforbuddet i LBL § 9 gælder uanset om, arbejdsgiveren var bekendt med graviditeten på opsigelsestidspunktet.²⁰⁶ Årsagen hertil er, at EU-Domstolen i denne afgørelse finder, at godtgørelse for forskelsbehandling ikke er betinget af culpa hos arbejdsgiveren. Samtidig hermed ligger Landsretten endvidere til grund, at opsigelsen alene er begrundet i A's fravær.

Derfor anses opsigelsen for værende i strid med LBL § 9, hvorfor A tildeles en godtgørelse svarende til 6 måneders løn jf. LBL § 16, stk. 2.

Højesterets afgørelse

Sagsøgte gjorde i dennes anbringender for Højesteret gældende, at situationen i sag C-180/95, Draehmpaehl, ikke er at sammenligne med denne sag, da situationen i sag C-180/95, Draehmpaehl vedrørte en virksomhed, der havde indrykket en annonce om ansættelse af en kvindelig assistent. Endvidere gjorde sagsøgte gældende, at graviditetsdirektivets artikel 10 foreskriver, at definitionen på en gravid arbejdstager er "*enhver arbejdstager, som er gravid, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis*". Endvidere fremfører sagsøgte, at der hverken i ligebehandlingsloven eller i EU-direktiver er grundlag for at pålægge arbejdsgiveren et objektivt ansvar.

Sagsøger gjorde i denne forbindelse gældende, at graviditetsdirektivet omhandler arbejdsmiljø og, at de generelle direktiver om ligebehandling ved beskæftigelse ikke

206 Sag C-180/95, Draehmpaehl, Saml. 1997 I-02195.

indeholder et krav om, at arbejdstageren skal underrette arbejdsgiveren om graviditeten, førend beskyttelsen træder i kraft. Derudover gjorde denne gældende, at sag C-180/95, Draehmpaehl skal forstås således, at EU-retten hindrer nationale bestemmelser, der indeholder et krav om culpa fra arbejdsgiverens side før, at arbejdstageren kan anses for værende beskyttet.

Højesteret finder i dennes afgørelse, at LBL § 9 skal forstås således, at denne også omfatter afskedigelser på grund af sygefravær, der viser sig at skyldes graviditet, uanset om arbejdsgiveren var bekendt med denne på opsigelsestidspunktet. Dog nævner Højesteret, at en godtgørelse efter LBL § 16, stk. 2 i et tilfælde som dette er betinget af, at arbejdsgiveren ikke omgør sin beslutning, når først denne bliver bekendt med graviditeten. Dernæst nævner Højesteret, at denne retstilstand er forenelig med EU-regler og EU-Domstolens praksis.

Højesteret tiltræder herefter Landsrettens afgørelse om en godtgørelse svarende til 6 måneders løn.

Kommentarer til dommen

Med denne dom ændrer Højesteret ved den praksis, der hidtil har eksisteret på området. Førhen har det været således, at arbejdsgiveren skulle dokumentere, at denne ikke havde kendskab til graviditeten på opsigelsestidspunktet. Hvis dette var tilfældet, ville der ikke være tale om en overtrædelse af ligebehandlingslovens regler.²⁰⁷ Denne retstilstand findes logisk, da arbejdsgiveren af gode grunde ikke kan have været bekendt med lønmodtagerens graviditet, hvorfor denne ikke kan have haft betydning for beslutningen om at opsiges medarbejderen. Med henvisning til EU-domstolens praksis pålægger Højesteret i denne dom arbejdsgivere et objektivt ansvar. Dette er uden tvivl et resultat, der efterlader arbejdsgiverne med en stor usikkerhed, når man opsiges en medarbejder pga. et højt sygefravær, såfremt det efterfølgende viser sig, at sygefraværet er begrundet i graviditet.

Der er ikke i dansk ret et absolut forbud mod at afskedige medarbejdere omfattet af LBL § 9. Principperne bag LBL § 9 kan dog tale for, at når opsigelsen er begrundet i

207 Marstal, 2011, s. 68 samt UfR1994.212Ø, hvor arbejdsgiveren blev frikendt da lønmodtageren ikke havde underrettet arbejdsgiveren om graviditeten og arbejdsgiveren i øvrigt ikke var blevet bekendt med denne ad anden vej.

sygefraværet, er den også begrundet i graviditeten og derfor i strid med LBL § 9.

Retstilstanden må formentlig antages kun at gælde i de tilfælde, hvor medarbejderen opsiges pga. sygdom. Hvis opsigelsen skyldes eksempelvis ordrenedgang, og arbejdsgiveren har klare beviser for dette, må det være således, at der ikke gælder et objektivi ansvar.²⁰⁸ Højesteret nævner i dennes afgørelse dog også, at det var A's fravær, der begrundede opsigelsen, hvorfor den af de ovenfor nævnte grunde var i strid med LBL § 9, netop fordi fraværet var forårsaget af graviditeten.

Når denne afgørelse analyseres er det fordi, at den efter vores opfattelse er et lysende eksempel på, hvordan retspraksis udvikler sig i en retning der, alt andet lige, antages at få betydning for kvinders placering på arbejdsmarkedet. Dommen slår fast, at en opsigelse begrundet i sygdom er i strid med ligebehandlingsloven, hvis sygdommen er graviditetsbetinget, også selv om arbejdsgiveren ikke havde kendskab til denne. Dette gør, at kvinder i sådanne situationer nyder en stærk beskyttelse. Man kan argumentere for, at dette er en fordel for lønmodtageren især de 3 første måneder af en graviditet. Her er mange kvinder plaget af graviditetsgener i større eller mindre grad, men ønsker ikke nødvendigvis, at oplyse arbejdsgiveren om graviditeten før man f.eks. har været til nakkefoldsskanning i uge 11-13 og, den største abortrisiko er faldet omkring uge 12. Det er derfor meget fordelagtigt for den enkelte kvinde, der kan tænkes at stå i en sårbar situation i starten af graviditeten. Set fra en arbejdsgivers synspunkt kan det til gengæld være en ulempe, at man skal bære et objektivi ansvar, der potentielt kan udvides til alle kvinder i den fødedygtige alder. En arbejdsgiver, som har en medarbejder, der ligger sig meget syg og således ikke kan antages som mødestabil, er derfor nødt til at være særlig opmærksom, hvis der er tale om en kvinde i den fødedygtige alder. Konsekvenserne ved denne dom kan være, at nogle arbejdsgivere ser fordelene ved at ansætte mandlige frem for kvindelige arbejdstagere.

Dommen illustrerer endvidere, at der er risiko for, at arbejdsgiveren skal betale en godtgørelse, der som minimum svarer til 6 måneders løn. Dette må alt andet lige antages at være en betydelig godtgørelse qua arbejdsgiverens uvidenhed.

208 Marstal, 2011, s. 70.

Delkonklusion

Ovenstående domsanalyse illustrerer rækkevidden af reglerne i ligeløns- og ligebehandlingsloven og den beskyttelse, de tilsikrer. De valgte domme er dog alene et udsnit af den rigtige praksis, men de bidrager til forståelsen heraf.

Højesteretsdom af 29. marts 2012 illustrerer to ting. For det første klarlægger dommen, at beskyttelsen efter LBL § 9 først træder i kraft, når den egentlige fertilitetsbehandling er påbegyndt. Dommen uddyber dog ikke nærmere, hvornår man er startet i egentlig behandling. Samme dom illustrerer vigtigheden af de kriterier, en arbejdsgiver lægger vægt på ved en afskedigelse. Såfremt disse er tilstrækkeligt objektive og saglige, kan arbejdsgiveren løfte bevisbyrden i ligebehandlingsloven. Højesterets dom af 9. maj 2012 illustrerer, at der skal en vis tyngde til for at vende den delte bevisbyrde i LBL § 16a. Den medarbejder, der anser sig for krænket iht. ligebehandlingsloven er derfor forpligtet til at påvise faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at der er udøvet forskelsbehandling fra arbejdsgiverens side af.

Ved Højesterets dom af 14. maj 2012 illustreres det, at der er pligt til at indkalde medarbejdere på barselsorlov til den årlige lønsamtale. Dernæst er den et eksempel på, hvornår en opsigelse er i strid med LLL § 3 og dennes fremsatte krav på ligeløn.

Højesterets dom af 20. februar 2012 viser, at arbejdsgiverne pålægges et objektivi ansvar såfremt, man opsiges en medarbejder begrundet i dennes sygefravær og, sygdommen senere viser sig at være graviditetsbetinget. Denne dom er således et eksempel på, hvor langt beskyttelsen i nogle tilfælde rækker.

Kapitel 5 - Ændringen af ligebehandlingsloven

Indledning

Med virkning fra d. 8. marts 2013 er der i ligebehandlingslovens § 8a, stk. 2 indført en ny bestemmelse samtidig med, der er sket en række ændringer i de allerede eksisterende bestemmelser i §§ 9 og 16. Vi ønsker med dette kapitel at analysere, hvordan disse ændringer skal fortolkes. Dernæst ønsker vi at diskutere, hvilke konsekvenser ændringerne kan antages at have for kvinders placering på arbejdsmarkedet.

Baggrunden for lovforslaget

Den seneste ændring af ligebehandlingsloven trådte i kraft 8. marts 2013 og gennemfører dele af den reviderede forældreorlovsaftale, der er iværksat ved Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010.^{209 210} Den reviderede forældreorlovsaftale er indgået mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan d. 18. juni 2009 og ophæver direktiv 96/34/EF, som iværksatte den tidligere forældreorlovsaftale.²¹¹

Det fremgår af betragtning 8 i præamblerne til direktivet, at Kommissionen konsulterede arbejdsmarkedets parter i 2006 og 2007 for at finde en løsning på, hvordan balancen mellem arbejdsliv og privat-/familieliv yderligere kunne forbedres. I den forbindelse ønskede man særligt at forbedre den gældende fællesskabslovgivning vedrørende barsel- og forældreorlov. På baggrund af dette indledte arbejdsmarkedets parter forhandling vedrørende en revidering af den dagældende rammeaftale. Det følger endvidere af betragtning 8, at rammeaftalen har til formål at fremme balancen mellem arbejdsliv og privat-/familieliv for forældre, som arbejder samt skabe lige muligheder og ligebehandling i arbejdet for mænd og kvinder på arbejdsmarkedet. Hvad der skal forstås ved "balance" mellem arbejde og privatliv kan være svært at definere

209 Lov nr. 217 af 5.3.2013 - Lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v.

210 Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF.

211 Rådets direktiv 96/34/EF af 3. juni 1996. Denne var indgået mellem arbejdsmarkedets parter, hvilket dengang var UNICE, CEEP og EF.

nærmere, da dette vil være en subjektiv vurdering hos den enkelte. Nogle børnefamilier vil foretrække nedsat tid eller en fleksibilitet i hjemmearbejdspladser, imens ældre lønmodtagere vil foretrække seniorordninger med ekstra fridage.

Rammeaftalen har hjemmel i henholdsvis artikel 153 og 155 TEUF. Det fremgår af artikel 153 TEUF, at Unionen støtter og supplerer medlemsstaternes indsats indenfor kvinder og mænds lige muligheder på arbejdsmarkedet og ligebehandling i arbejdet. En sådan indsats kan jf. artikel 155, stk. 1 føre til overenskomstmæssige forpligtelser, herunder aftaler, såfremt arbejdsmarkedets parter i fællesskab ønsker dette. Det fremgår ligeledes af artikel 155, stk. 2, at iværksættelsen af disse aftaler kan ske efter fælles anmodning fra aftalens signerede parter, hvorefter Rådet træffer afgørelse herom efter forslag fra Kommissionen. Dette har været fremgangsmåden ved denne rammeaftale.

Rammeaftalen indeholder minimumsforskrifter og omfatter alle lønmodtagere uanset kontrakttype.

Et af hovedpunkterne i rammeaftalen er, at lønmodtageres individuelle ret til forældreorlov skal udvides fra tre til fire måneder, hvor den ene måned ikke skal kunne overføres fra den ene forælder til den anden jf. aftalens artikel 2, stk. 2. I Danmark har hver forælder ret til 32 ugers forældreorlov efter barsellovens § 9, hvorfor denne udvidelse i rammeaftalen ikke har medført ændringer i dansk ret. Derudover beskytter rammeaftalen lønmodtagere mod forskelsbehandling, som opstår på grund af en anmodning om forældreorlov eller, som er forårsaget af selve afholdelsen af orloven jf. artikel 5, særligt artikel 5, stk. 4. Det fremgår heraf, at medlemsstaterne skal indføre de foranstaltninger, der er nødvendige for at beskytte lønmodtagere mod afskedigelse eller anden mindre gunstig behandling som følge af anmodning om orlov eller selve orloven. Til sidst giver rammeaftalens artikel 6 lønmodtagerne ret til at anmode om fleksible arbejdsordninger efter endt orlov jf. straks nedenfor. Det er disse to bestemmelser i artikel 5 og 6, der har givet anledning til ændringer i ligebehandlingsloven.

Ændrede arbejdstider og - mønstre

En af de ændringer der er trådt i kraft er nedenstående bestemmelse i LBL § 8a, stk. 2, hvor forældre ved tilbagevenden fra forældreorlov eller fravær efter barsellovens §§ 6-14 får mulighed for skriftligt at anmode om ændrede arbejdstider og - mønstre. Arbejdsgiveren skal overveje og besvare anmodningen skriftligt under hensyn til begge parter behov.

Det fremgår af betragtning 21 til den førnævnte rammeaftale, at såfremt der er adgang til fleksible arbejdsordninger, vil det være lettere for forældre, der vælger at udnytte retten til orlov, at kombinere arbejde og forældreansvar samt fremme genoptagelsen af arbejdet efter forældreorlov. Det er således denne betragtning, der ligger til grund for rammeaftalens artikel 6. Bestemmelsen forpligter medlemsstaterne til at iværksætte de foranstaltninger, der er nødvendige for, at arbejdstagerne kan anmode om ændrede arbejdstider og - mønstre i en nærmere angivet periode ved tilbagevenden. Bestemmelsen i LBL § 8a, stk. 2 lyder nu, som følger:

”Forældre kan ved tilbagevenden fra forældreorlov eller fravær efter barsellovens §§6-14 skriftligt anmode arbejdsgiveren om ændrede arbejdstider og - mønstre i en nærmere angivet periode. Arbejdsgiveren skal overveje og besvare en sådan anmodning skriftligt under hensyn til både arbejdsgiverens og lønmodtagerens behov.”

Det fremgår af lovforslaget til ændringen af LBL, at både lønmodtageren og arbejdsgiveren skal fremsætte deres anmodning og besvarelse skriftligt.²¹² Dette skriftlighedskrav følger ikke af rammeaftalen og blev kritiseret af Dansk Arbejdsgiverforening (DA), Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA), Kommunernes Landsforening (KL) samt Danske Regioner i deres høringssvar. Kritikken gik på, at der er tale om en overimplementering til trods for, at der ikke er tradition herfor i Danmark. Årsagen til deres bekymring omkring dette var, at det vil pålægge arbejdsgiverne en ekstra ar-

212 Lovforslag nr. L105. Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. (Ret til at anmode om fleksible arbejdsordninger efter forældreorlov og præcisering af beskyttelsen ved mindre gunstig behandling), Samling 2012-2013, s. 4.

bejdsbyrde, når de skal bruge tid på at udarbejde svaret skriftligt. Beskæftigelsesministeriets svar til de førnævnte organisationer er, at man har vurderet det hensigtsmæssigt at indføre skriftlighedskravet, da det skønnes at begrænse de uenigheder, der kan opstå lønmodtager og arbejdsgiver imellem.²¹³

Arbejdsgiverens skriftlige svar på lønmodtagerens anmodning skal foreligge inden rimelig tid, hvilket ifølge bemærkningerne til bestemmelsen vil være inden 14 dage fra modtagelsen af anmodningen.²¹⁴

Det fremgår ikke direkte af hverken bestemmelsen eller bemærkningerne til denne, hvordan "arbejdstider og - mønstre" skal fortolkes. Det er derfor fortsat ikke klart, hvad bestemmelsen giver lønmodtageren mulighed for at anmode om, herunder om man alene kan anmode om at arbejde på andre tidspunkter med uændret samlet arbejdstid eller, om en fortolkning af bestemmelsen også indbefatter, at man kan anmode om nedsat tid i en nærmere angivet periode. Det fremgår af høringssvarene til lovforslaget, at Danske Advokater i deres høringssvar har fremsat spørgsmål, der netop vedrører begrebet arbejds mønstre og dets rækkevidde, herunder om det giver lønmodtageren en ret til dialog om både arbejdsformen og arbejdets karakter.²¹⁵ Beskæftigelsesministeriet svarer hertil, at ordet "arbejds mønstre" er en formulering fra forældreorlovsdirektivet og, at sådanne formuleringer foretrækkes når det er muligt.²¹⁶ Derudover uddybes det ikke nærmere, hvad der menes og, det må af denne grund antages, at der vil være en vis usikkerhed forbundet med fortolkningen af ordet "arbejdstider og arbejds mønstre", som i sidste ende skal afklares ved eksempelvis domstolene.

213 Høringsnotat til lovforslag om ændring af ligebehandlingsloven (implementering af det opdaterede forældreorlovsdirektiv 2010/18/EF), Ligestillingsudvalget 2012-13, L105 Bilag 1, s. 2.

214 Lovforslag nr. L105. Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. (Ret til at anmode om fleksible arbejdsordninger efter forældreorlov og præcisering af beskyttelsen ved mindre gunstig behandling), Samling 2012-2013, s. 4.

215 Høringssvar, L105 bilag 1, Ligestillingsudvalget 2012-13, Danske Advokaters høringssvar s. 1.

216 Høringsnotat til lovforslag om ændring af ligebehandlingsloven (implementering af det opdaterede forældreorlovsdirektiv 2010/18/EF), Ligestillingsudvalget 2012-13, L105 bilag 1, s. 3.

Bestemmelsen er formuleret således, at der står arbejdstider og - mønstre i flertal. Man kan derfor argumentere for, at der herved refereres til de daglige arbejdstider og ikke den samlede ugentlige arbejdstid. En ordlydsfortolkning af bestemmelsen vil således være, at bestemmelsen alene giver ret til at anmode om ændrede arbejdstider, forstået på den måde at man som lønmodtager, i en nærmere angivet periode, kan anmode om at få lov til at arbejde fra eksempelvis 10-18 i stedet for 8-16, som man gjorde inden, man gik på orlov. Hvis bestemmelsen skal fortolkes på ordlyden, vil der ud fra ovennævnte argumentation ikke være hjemmel til at anmode om nedsat arbejdstid i en nærmere angivet periode.

På trods af ovennævnte formulering nævner bestemmelsen samtidig forældre i flertal, hvilket giver anledning til, at man også kan argumentere for en helt modsat fortolkning. Man vil således kunne fremføre det anbringende, at fordi forældre er nævnt i flertal, bevirker dette, at arbejdstid og arbejds mønstre også skal fortolkes i flertal. Hvis dette anbringende vil blive anset for at være korrekt, kan man formentlig ikke med ovenstående argumentation, omkring forskellen på arbejdstid og arbejdstider, få medhold i at LBL § 8a, stk. 2 ikke giver en lønmodtager ret til at anmode om nedsat tid i en nærmere angivet periode efter tilbagevenden.

Det følger af bestemmelsen i § 8a, stk. 2, at arbejdsgiveren skal overveje og besvare en fremsat anmodning fra en lønmodtager. Dette skal ske under hensyntagen til både arbejdsgiveren og lønmodtagerens behov, men det fremgår ikke af hverken bemærkningerne til bestemmelsen eller selve bestemmelsen, om der samtidig opstilles et saglighedskrav til arbejdsgivers begrundelse. Det er derfor endnu uafklaret om, man med hjemmel i LBL § 8a, stk. 2 kan fremsætte krav om, at arbejdsgiveren fremlægger dokumentation for den driftmæssige og saglige begrundelse, der ligger til grund for et eventuelt afslag. LBL § 8a, stk. 2 giver ikke medarbejderen en rettighed til ændrede arbejdstider og - mønstre men alene en mulighed for at anmode herom. Samtidig opstiller bestemmelsen ikke nogen kriterier eller krav til arbejdsgivers overvejelse og besvarelse, og bestemmelsens ordlyd må derfor fortolkes således, at denne alene opstiller et krav om, at arbejdsgiver skal overveje anmodningen ud fra begge parter's behov og derfor ikke samtidig indeholder et krav om, at en arbejdsgiver skal kunne føre bevis for sagligheden i et eventuelt afslag på en lønmodtagers anmodning.

Det fremgår dog af KTO's og FTF's høringssvar, at de hilser skriftlighedskravet velkomment, da dette krav kan gøre det lettere at vurdere, hvorvidt en arbejdsgiver har formået at inddrage de nødvendige saglige hensyn i sin beslutning.^{217 218} Ligeledes nævner Sundhedskartellet i deres høringssvar, at de foreslår, at der indsættes et krav i lovteksten om, at en arbejdsgiver har pligt til at begrunde sit svar. De nævner, at dette især er vigtigt i de situationer, hvor der gives afslag.²¹⁹ Disse høringssvar kan være udtryk for, at de tre organisationer fortolker bestemmelsen således, at der er et saglighedskrav tilknyttet en arbejdsgivers begrundelse.

Der er ikke knyttet nogen særlige sanktioner til bestemmelsens skriftlighedskrav, hvilket betyder, at en lønmodtager ikke kan fremsætte krav om godtgørelse, såfremt en arbejdsgiver ikke besvarer anmodningen skriftligt. Denne garantiforskrift vil dog alligevel have en fordel netop fordi, anmodningen skal besvares skriftligt. En arbejdsgiver vil således være nødsaget til at tænke over de muligheder, der foreligger inden der gives enten afslag eller tilsagn. Man kan derfor forestille sig, at skriftlighedskravet vil have indflydelse på arbejdsgiverens adfærd og, kravet skaber samtidig en form for transparens, hvilket betyder, at afslaget eller tilsagnet bliver observerbart for omverdenen. Dette kan have betydning for arbejdsgiverens overvejelser.

Et andet spørgsmål, der fortsat er uafklaret i forhold til LBL § 8a, stk. 2 er, hvor længe før/efter tilbagevenden en lønmodtager kan anmode arbejdsgiveren om ændrede arbejdstider og arbejdsmønstre. Dette fremgår hverken af bestemmelsen eller bemærkningerne til denne. Akademikernes Centralorganisation (AC) har i deres høringssvar til Beskæftigelsesministeriet stillet spørgsmålet, hvornår en lønmodtager anses for værende "vendt tilbage efter orlov". AC foreslog samtidig, at man indsatte en præciserende lovbemærkning omkring den tidsmæssige ramme.²²⁰ Beskæftigelsesministeriet synes ikke at svare direkte på dette spørgsmål i høringsnotatet.²²¹ Afhængig af bestemmelsens øvrige rækkevidde, særligt i forhold til saglighed og forståelsen af

217 Høringssvar, L105 bilag 1, Ligestillingsudvalget 2012-13, KTO's høringssvar s. 1.

218 Høringssvar, L105 bilag 1, Ligestillingsudvalget 2012-13, FTF's høringssvar s. 1.

219 Høringssvar, L105 bilag 1, Ligestillingsudvalget 2012-13, Sundhedskartellets høringssvar s. 2.

220 Høringssvar, L105 bilag 1, Ligestillingsudvalget 2012-13, AC's høringssvar s. 2.

221 Høringsnotat til lovforslag om ændring af ligebehandlingsloven (implementering af det opdaterede forældreorlovsdirektiv 2010/18/EF), Ligestillingsudvalget 2012-13, L105 bilag 1, s. 3.

begreberne arbejdstider og arbejdsmønstre, kan man argumentere for, at såfremt en udvidende fortolkning ligges til grund i retspraksis, skal forståelsen af, hvornår lønmodtageren "er vendt tilbage fra orlov" samtidig fortolkes mere snævert end, hvis man i praksis ligger en fortolkning til grund, der i højere grad stemmer overens med den i denne opgave foreslåede fortolkning.

Som det fremgår ovenfor, er der en række usikkerheder i forbindelse med fortolkningen af LBL § 8a, stk. 2. Det bliver derfor interessant at se, hvilken fortolkning domstolene lægger til grund. Alt efter, hvilken fortolkning domstolene ligger til grund for denne bestemmelse, kan dens anvendelsesområde i sidste ende vise sig at være vidt-rækkende. Dernæst er det vigtigt at have for øje, at bestemmelsen qua retspluralismens eksistens kan vise sig at blive fortolket forskelligt, afhængig af, hvilken instans eller hvilke aktører, der fortolker denne.

Bestemmelsen i LBL § 8a, stk. 2 skal bidrage til foreningen af arbejds- og familieliv. En interessant betragtning i denne sammenhæng er dog, hvorvidt dette mål i højere grad opnås, hvis netop denne bestemmelse ikke eksisterede i form af et formelt regelsæt. Med denne bestemmelse bliver arbejdsgiverne så at sige "tvunget" til at tage stilling til arbejdstagerens anmodning og, det kan således i højere grad blive opfattet som (endnu) en byrde. Det kan antages, at der allerede før ændringens ikrafttræden har været et lignende uformelt regelsæt på mange arbejdspladser, hvor man er blevet enige om tingene på aftalebasis. En af de andre fordele ved et uformelt, frem for et formelt, regelsæt kan være, at det er mere fleksibelt for parterne og, man dermed i højere grad når frem til en løsning, der er holdbar for begge parter. Man kan derfor stille spørgsmålstegn ved om, det kan skabe for mange problemer når, lovgiver "blander" sig i de uformelle ordninger ved at gøre dem formelle. Omvendt er en regel som LBL § 8a, stk. 2 med til at sætte normer for foreningen af arbejds- og privatliv, hvilket kan være en fordel på de arbejdspladser, hvor der ikke er samme muligheder og kutymer.

Anden mindre gunstig behandling

Ligebehandlingslovens § 9

LBL § 9 og § 16, stk. 2 og 4 er ligeledes ændret, som følge af den reviderede ramme-aftale, nærmere bestemt dennes artikel 5 vedrørende arbejdstageres rettigheder og ikke-forskelsbehandling. Ændringen i LBL § 9 består i en præcisering således, at der

også gælder et forbud mod at udsætte en lønmodtager for "anden mindre gunstig behandling". Bestemmelsen lyder som følger:

"En arbejdsgiver må ikke afskedige en lønmodtager eller udsætte denne for anden mindre gunstig behandling, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær, har været fraværende efter barsellovens §§ 6-14, har fremsat anmodning om ændringer efter denne lovs § 8a, stk. 2, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption.²²²"

Hensigten med denne ændring er ikke at ændre, men blot at præcisere retstilstanden, hvilket fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, hvor der ligeledes henvises til den nuværende bestemmelse i LBL § 8a, stk. 1 og bemærkningerne til denne. LBL § 8a, stk. 1 fastslår, at en lønmodtager, der har udnyttet retten til orlov efter barsellovens §§ 6-14 har ret til at vende tilbage til samme eller tilsvarende arbejde med arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige. I bemærkningerne til LBL § 8a, stk. 1 er retspraksis vedrørende væsentlige stillingsændringer skitseret.²²³

Det fremgår ligeledes af Beskæftigelsesministerens svar til spørgsmål 1, hvad der skal forstås ved "anden mindre gunstig behandling" og, her nævnes det endnu en gang, at ændringen ikke har til hensigt at ændre den hidtidige retstilstand. I dette svar si-destilles "anden mindre gunstig behandling" med "væsentlige vilkårsændringer" og, det nævnes samtidig, at der ikke findes en definition af "anden mindre gunstig behandling", da dette beror på en fortolkning af udtrykket "mindre gunstig behandling" i forældreorlovsdirektivet. Ministeren henviser i stedet til fortolkningen af LBL § 9, da denne også omfatter væsentlige vilkårsændringer og ikke alene afskedigelser.²²⁴

222 Vores fremhævelse.

223 Lovforslag L17. Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov mv. (definition af forskelsbehandling, chikane og seksuel chikane, ophævelse af lofter for godtgørelse mv.), Samling 2005-2006.

224 Ligestillingsudvalget 2012-13, L105 endeligt svar på spørgsmål 1, 30. januar 2013.

Væsentlige vilkårsændringer er ændringer, som ikke ligger indenfor rammerne af de ansættelsesvilkår, der oprindeligt er aftalt i ansættelseskontrakten. Sådanne ændringer skal derfor varsles overfor medarbejderen, typisk med de individuelle opsigelsesvarsler, såfremt der er tale om en medarbejder omfattet af funktionærloven. Derudover skal sådanne ændringer være sagligt begrundet, da de sidestilles med en afskedigelse.²²⁵ Der vil altid være tale om, at alle forhold omkring ansættelsesforholdet skal indgå i en samlet vurdering af, hvorvidt der er tale om en væsentlig ændring af ansættelsesforholdet eller, hvorvidt der alene er tale om ændringer, som en lønmodtager må acceptere uden, at det kan anses for værende en afskedigelse.²²⁶ Der kan eksempelvis være gennemført ændringer i medarbejderens ansættelsesvilkår, når den vender tilbage fra orlov, fordi dette har været nødvendigt henset til virksomhedens organisatoriske, økonomiske eller andre driftsmæssige hensyn.²²⁷ Dette kan være en væsentlig ændring, men hvis den er saglig vil den være i overensstemmelse med LBL § 9. En ændring, som derimod er begrundet i, at en medarbejder har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær eller har været fraværende efter barsellovens §§ 6-14 eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption vil ikke være i overensstemmelse med bestemmelsen i LBL § 9 og, en medarbejder vil i så fald være berettiget til en godtgørelse, jf. LBL § 16, stk. 2.

Det kan således konstateres, at "anden mindre gunstig behandling" kan sidestilles med "væsentlige vilkårsændringer", således som dette begreb er udviklet i retspraksis.

Det er fortsat uafklaret, hvorvidt en lønmodtager jf. bestemmelsen i § 9 kan fremsætte krav om godtgørelse efter LBL § 16, stk. 2 uanset om, medarbejderen vælger at takke ja eller nej til en væsentlig vilkårsændring. Dette spørgsmål forholder man sig ikke til i lovforslaget eller selve loven. Som nævnt tidligere, fremgår det blot, at der med ændringen af bestemmelserne i LBL § 9 og § 16, stk. 2 og 4 er sket en præcisering af retstilstanden. Dette betyder imidlertid ikke, at man afskærer muligheden for godtgørelse i situationer, der endnu ikke er afklaret i praksis. Dette kunne være en situation, hvor en medarbejder vender tilbage fra orlov og får varslet en væsentlig ændring, eksem-

225 Svenning Andersen, 2011, s. 232.

226 Ligestillingsudvalget 2012-13, L105 endeligt svar på spørgsmål 1, 30. januar 2013.

227 Ligestillingsudvalget 2012-13, L105 endeligt svar på spørgsmål 1, 30. januar 2013.

pelvis ændrede arbejdsopgaver, der ligger udover de arbejdsopgaver, der er omfattet af den oprindelige ansættelseskontrakt. Spørgsmålet er, om denne medarbejder kan fremsætte krav om godtgørelse efter LBL § 9 og § 16, stk. 2, fordi denne er blevet udsat for "anden mindre gunstig behandling" til trods for, at medarbejderen vælger at acceptere ændringen og således ikke bliver afskediget. Som nævnt er dette ikke afklaret i retspraksis og, derfor er det ikke udelukket, at bestemmelsen kan fortolkes på denne måde, da en præcisering af retstilstanden ikke udelukker, at bestemmelsen i fremtiden også kan omfatte situationer, som ikke på nuværende tidspunkt er prøvet i praksis.

Sundhedskartellet skriver følgende i deres høringssvar vedr. ændringen af LBL § 9 og § 16, stk. 2 og 4:

"(...) Den nuværende ordlyd af §§ 9 og 16 beskytter kun i afskedigelsessituationer. Sundhedskartellet hilser derfor lovændringerne om, at godtgørelse og den omvendte bevisbyrde også skal gælde i tilfælde af en "mindre gunstig behandling", velkomne."²²⁸

Dette svar kan indikere, at organisationen er af den overbevisning, at bestemmelserne efter ændringens ikrafttræden også gælder andre situationer. Henset til ovenstående høringssvar må det derfor ligeledes antages, at det ikke kan udelukkes, at en lønmodtagerpart vil fremsætte krav efter LBL § 16, stk. 2 uanset, om denne har accepteret en ændring af ansættelsesvilkårene omfattet af bestemmelsen i § 9.

Ligebehandlingslovens § 16, stk. 2 og 4

Ændringerne i henholdsvis LBL § 16, stk. 2 og 4 relaterer sig til ovenstående bestemmelse i § 9. Begge bestemmelser finder efter lovændringen ligeledes anvendelse i situationer, hvor lønmodtageren udsættes for anden mindre gunstig behandling. I disse situationer har medarbejderen derfor krav på en godtgørelse jf. § 16, stk. 2 og, sager vil blive bedømt efter reglerne om omvendt bevisbyrde jf. § 16, stk. 4. Med hensyn til medarbejderens krav på godtgørelse er der dog usikkerhed med hensyn til rækkevidden heraf, som nævnt ovenfor.

228 Høringssvar, L105 bilag 1, ligestillingsudvalget 2012-13, Sundhedskartellet's høringssvar s. 2.

Bevisbyrdereglen i LBL § 16, stk. 4 omhandler, som nævnt tidligere i kapitel 3, reglerne omkring bevisbyrde i sager, hvor en afskedigelse finder sted under graviditet, fravær efter barsellovens bestemmelser og i varslingsperioder efter barsellovens bestemmelser. I disse situationer gælder der en omvendt bevisbyrde.

Førnævnte ændring af bestemmelsen betyder, at i ovennævnte situationer, hvor en lønmodtager er blevet udsat for "anden mindre gunstig behandling", vil der gælde en omvendt bevisbyrde. Det påhviler derfor arbejdsgiveren at godtgøre, at denne behandling ikke er begrundet i de nævnte situationer. Der er her tale om en overimplementering af forældreorlovsdirektivet, da der i dette alene gælder en delt bevisbyrde, hvilket følger af det omarbejdede kønsligestillingsdirektivs artikel 19, stk. 4. Dette er også blevet påtalt af DA, FA, KL og Danske Regioner i deres høringssvar. I Beskæftigelsesministeriets kommentarer til disse organisationers høringssvar fremgår det, at ændringen af § 16, stk. 4 er en præcisering af retstilstanden på samme måde, som det er tilfældet med ændringen af § 9 og § 16, stk. 2. Dette betyder, at reglerne om omvendt bevisbyrde allerede inden denne ændring af § 16, stk. 4 har fundet anvendelse i sager, hvor en lønmodtager er blevet udsat for "anden mindre gunstig behandling" eller sagt på en anden måde, væsentlige vilkårsændringer.²²⁹ Som nævnt i kapitel 3 er årsagen hertil, at der i Danmark gælder en omvendt bevisbyrde og dette er en politisk valgt løsning og har været det siden 1989.

Effekter ved ændringen i ligebehandlingsloven i forhold til kvinders placering på arbejdsmarkedet

Der er som nævnt ovenfor fortsat en række usikkerheder med hensyn til rækkevidden af LBL § 8a, stk. 2, § 9 og § 16, stk. 2 og 4. Det er derfor fortsat uvist, hvilke konsekvenser bestemmelserne kan antages at få for henholdsvis lønmodtagere og arbejdsgivere. Afhængig af hvilken fortolkning der vil blive lagt til grund ved domstolene, kan bestemmelsen i LBL § 8a, stk. 2 få vidtrækkende konsekvenser for arbejdsgiverne. Udoover at sådanne sager formentlig på et tidspunkt vil blive forelagt de civile domstole, vil der fortsat eksistere forskellige måder, hvorpå reglerne fortolkes. Afhængigt

²²⁹ Høringsnotat til lovforslag om ændring af ligebehandlingsloven (implementering af det opdaterede forældreorlovsdirektiv 2010/18/EF), Ligestillingsudvalget 2012-13, L105 Bilag 1, s. 2.

af om en tvist bliver forelagt de civile domstole eller, om sagerne afgøres ved f.eks. faglig voldgift eller forlig, vil løsningen ikke nødvendigvis være den samme fordi, de forskellige instanser fortolker reglerne på forskellig vis.

Hvis bestemmelsen fortolkes således, at en lønmodtager eksempelvis kan anmode om at komme på nedsat tid efter tilbagevenden fra orlov, vil dette medføre, at en arbejdsgiver i nogle tilfælde skal ansætte en anden medarbejder, der kan træde i stedet for den tilbagevendte medarbejder, med mindre en uddelegering af arbejdsopgaverne er tilstrækkelig. Såfremt bestemmelsen giver denne mulighed, kan det betyde, at en arbejdsgiver vil tage denne betragtning med i rekrutteringen af arbejdskraft. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt en lovændring som denne kan være med til, at kvinder udsættes for statistisk diskrimination, såfremt det primært er dem, der benytter sig af de familievenlige ordninger eksempelvis LBL § 8a, stk. 2. Dette kan også tænkes at ske, selvom bestemmelsen i sidste ende fortolkes således, at man ikke kan bede om nedsat tid, men alene ændrede arbejdstider. På trods af man alene kan anmode om ændrede arbejdstider, kan dette i nogle tilfælde ligeledes være en ekstra omkostning for arbejdsgiverne, da det kan medføre de samme omkostninger som, hvis en medarbejder anmoder om at komme på nedsat tid. Så længe der vil være ekstra omkostninger forbundet med en sådan anmodning fra en lønmodtager, antager vi, at det vil indgå i arbejdsgiverens samlede beslutningsgrundlag og samtidig også de gennemsnitsbetragtninger, der bliver lagt til grund i rekrutteringen af henholdsvis mænd og kvinder.

Samtidig kan det antages, at hvis ovenstående betragtninger til LBL § 9 og § 16, stk. 2 og 4 bliver bekræftet i retspraksis de kommende år, vil dette kunne have samme effekt og ligeledes betyde, at kvinder udsættes for statistisk diskrimination, såfremt det viser sig, at det primært er disse, der vil benytte sig af lovens bestemmelser.

Det fremgår af rammeaftalens indledning, at denne indeholder minimumsforskrifter vedrørende forældreorlov og, at disse er et vigtigt middel til at forene arbejdsliv og familieliv samt til at fremme lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder. Ud fra de førnævnte betragtninger finder vi det særdeles relevant at stille spørgsmålstegn ved, hvorvidt disse midler reelt skaber disse rammer. Fremmer dette i så fald ligestillingen mellem mænd og kvinder eller, øger det i praksis graden af statistisk diskrimination overfor kvinder, hvilket er stik modsat hensigten? I næste kapitel vil vi behandle denne problemstilling fra en økonomisk synsvinkel og diskutere, hvilke fordele

og ulemper der er ved familievenlige ordninger. Da de familievenlige ordninger i løbet af 1990'erne blev mere og mere populære, anså man disse for værende fremmende for ligestillingen. Det vi bl.a. undersøger i næste kapitel er, hvorvidt dette fortsat er tilfældet eller, om de i virkeligheden har en modsatrettet effekt.

Delkonklusion

Med den seneste ændring af ligebehandlingsloven er der i § 8a, stk. 2 indført en ny bestemmelse, som giver lønmodtagere, der vender tilbage fra orlov ret til at anmode om ændrede arbejdstider og -mønstre. Det er endnu uvist, hvordan bestemmelsen endeligt skal fortolkes, men afhængig af denne fortolkning kan bestemmelsen få større eller mindre betydning i praksis og i sidste ende pålægge arbejdsgiveren ekstra omkostninger, bl.a. i forbindelse med administration af reglerne.

Ovenstående analyse viser, at det endnu er uvist, hvorvidt bestemmelsen medfører, at medarbejderne kan anmode om nedsat tid eller, hvorvidt bestemmelsen alene giver ret til at anmode en arbejdsgiver om at arbejde på andre tidspunkter således, at den ugentlige arbejdstid fortsat er den samme. Ligeledes er det uklart, hvorvidt der er tilknyttet et saglighedskrav til en arbejdsgivers eventuelle afslag på en lønmodtagers anmodning jf. LBL § 8a, stk. 2.

Med ændringerne i henholdsvis LBL § 9 og § 16, stk. 2 og 4 er der indført en præcisering af retstilstanden således, at det nu fremgår direkte af loven, at lønmodtagerne også er beskyttet mod "anden mindre gunstig behandling". Denne formulering skal ifølge bemærkningerne til loven sidestilles med væsentlige vilkårsændringer og er således alene en præcisering af retstilstanden. Det er dog værd at bemærke, at præciseringen ikke tager stilling til uafklarede spørgsmål, hvorfor det endnu er uvist, hvorvidt en lønmodtager kan takke ja til "anden mindre gunstig" behandling men alligevel fremsætte et krav om godtgørelse. Derudover er "anden mindre gunstig" behandling samtidig blevet præciseret til at være omfattet af lovens regler om omvendt bevisbyrde, hvilket er en overimplementering af direktivets bevisbyrderegler.

Kapitel 6 - Familievenlige ordninger på arbejdspladsen

Indledning

Vi har i foregående kapitel analyseret den seneste ændring i ligebehandlingsloven ved lov nr. 217 af 5.3.2013.²³⁰ Denne er et eksempel på, hvordan man gennem lovgivningen forsøger at fremme balancen mellem arbejds- og privatliv. Vi finder det derfor relevant at undersøge de økonomiske betragtninger ved netop de familievenlige ordninger og, hvorvidt disse påvirker kvinders placering på arbejdsmarkedet.

Lønforskelle og arbejdsstyrken i Danmark

På trods af der både nationalt og internationalt arbejdes på at skabe økonomisk ligestilling, herunder lette kvinders adgang til arbejdsmarkedet, viser gentagne undersøgelser, at der fortsat er et løngab når kvinder og mænds løn sammenlignes. I 2011 var gennemsnitslønnen for kvinder i Danmark 34.110 kr. om måneden og, gennemsnitslønnen var 40.285 kr. for mænd. Dette kaldes også den standardberegnete månedsfortjeneste i Danmarks Statistiks lønstatistik og, er den gennemsnitlige løn pr. måned for en fuldtidsbeskæftiget på det danske arbejdsmarked. Dette er den samlede løn og rummer derfor også pension, personalegoder og bonusbetalinger.²³¹

Hvis det danske arbejdsmarked sættes under ét, tjener mænd 14-18 % mere end kvinder alt efter, hvilket lønbegreb, der anvendes.^{232 233} Bruttolønforskellen forklares med individuelle karakteristika såsom arbejde i forskellige brancher og sektorer samt arbejdsfunktioner og uddannelse. Dog skønner Beskæftigelsesministeriet, at 30-40 % af bruttolønsforskellen ikke kan forklares af disse karakteristika. Hvis kvinderne var fordelt på samme måde som mændene på henholdsvis erhvervserfaring, sektor, branche samt arbejdsfunktion, ville kvinder, alt andet lige, have et højere lønniveau og,

230 Lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv.

231 Danmark i tal 2013, Danmarks Statistik, s. 18.

232 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 32.

233 Definition på lønbegreber – se bilag 1.

dette ville bevirke en lavere lønforskel kvinder og mænd i mellem. Modsat ville lønforskellene være højere, hvis kvinder havde samme uddannelsesniveau som mændene. Forklaringsbidraget fra uddannelsesniveauet er altså negativt. Det gælder for begge køn, at jo højere uddannelse de har, jo højere er livslønnen. Lønafkastet ved at tage en uddannelse stiger således i takt med længden på uddannelsen.²³⁴ Dette stemmer overens med human kapital teorien, der er gennemgået i kapitel 2.

Den gennemsnitlige lønforskel mellem kvinder og mænd i EU's 27 medlemslande var 16,4 % i 2010.²³⁵ Lande som Slovenien, Polen, Italien, Malta og Belgien har de laveste lønforskelle. De største lønforskelle er i Tjekkiet, Østrig og Letland. Lønforskellen mellem mænd og kvinder i Danmark er ifølge denne undersøgelse 16 % i 2010 og 16,4 % i 2011.²³⁶

Vi vil i det følgende se på de observerbare forskelle, der kan bidrage til forståelsen af ovenstående lønforskel. Vi vil derfor se på kønnenes beskæftigelsesfrekvens, uddannelsesniveau, deltidsbeskæftigelse og fordelingen af barsel.

Beskæftigelsesfrekvens

Mænd har en højere beskæftigelsesfrekvens end kvinder. I 2011 var mænds beskæftigelsesfrekvens 72,8 %, mens kvinders beskæftigelsesfrekvens var 69,5 %.²³⁷ Danmark har den næsthøjeste beskæftigelse blandt kvinder i EU, mens det er den 4. højeste i Norden.^{238 239}

Ved en sammenligning af mænd og kvinders ledighed ses det, at mændenes ledighed steg mere end kvindernes i starten af den økonomiske krise. Siden 2010 har mændenes ledighed været svagt faldende, mens kvindernes ledighed fortsat er stigende. Samtidig

234 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 31-33.

235 Wages and labour costs, Eurostat, læst d. 9. marts 2013, kan findes på flg. link; http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Wages_and_labour_costs

236 Gender pay gap in unadjusted form, Eurostat, læst d. 9. marts 2013, kan findes på flg. link; <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>

237 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 14.

238 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 1.

239 Beskæftigelsesfrekvensen angiver, hvor stor en andel af befolkningen i alderen 16-64 år, der er i beskæftigelse (Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 14).

kommer mænd generelt hurtigere i beskæftigelse end kvinder.²⁴⁰

Uddannelsesniveau

Når det kommer til danske mænd og kvinders uddannelsesniveau, er fordelingen stort set lige, hvad angår de erhvervskompetencegivende uddannelser.²⁴¹ Fordelingen er sådan, at det primært er mænd, der tager de erhvervsfaglige og kortere videregående uddannelser, mens kvinder er overrepræsenteret på de mellemlange videregående uddannelser. Mændene er fortsat overrepræsenteret på de lange videregående uddannelser. De seneste år er andelen af kvinder med en erhvervskompetencegivende uddannelse steget markant og, denne stigning forventes at fortsætte i fremtiden, hvorfor andelen af kvinder med en erhvervskompetencegivende uddannelse antages at blive højere end andelen af mænd.²⁴²

Deltidsbeskæftigede

Ifølge en arbejdskraftundersøgelse foretaget af Danmarks Statistik ses det, at mænd i gennemsnit arbejder mere end kvinder. I denne undersøgelse spørges der bl.a. ind til de beskæftigedes arbejdstid. Mænds arbejdstid var i gennemsnit 37,7 timer om ugen i 2011, mens kvinder gennemsnitligt arbejdede 32,1 timer.²⁴³ Ifølge lønmodtagernes egne udsagn var knap 37 procent af kvinderne deltidsbeskæftigede, mens tallet for mænd var 14 procent.²⁴⁴ Dette er med stor sandsynlighed en af de forklarende årsager til de forskellige udslag i den gennemsnitlige arbejdstid. Hver 3. kvinde i undersøgelsen svarede, at hun var på deltid pga. andre familiære og personlige forpligtigelser, mens 17 procent var på deltid fordi, de ikke kunne finde fuldtidsarbejde.²⁴⁵ Det faktum, at næsten 4 ud af 10 kvinder er på deltid, gør at de danske kvinder, rent statistisk, ligger over gennemsnittet for EU's medlemslande, hvor godt 3 ud af 10 kvinder er på deltid.²⁴⁶

Ovenstående undersøgelse er en stikprøveundersøgelse, der bygger på responden-

240 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 2.

241 Se bilag 2.

242 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 8.

243 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 22.

244 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 22.

245 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 22.

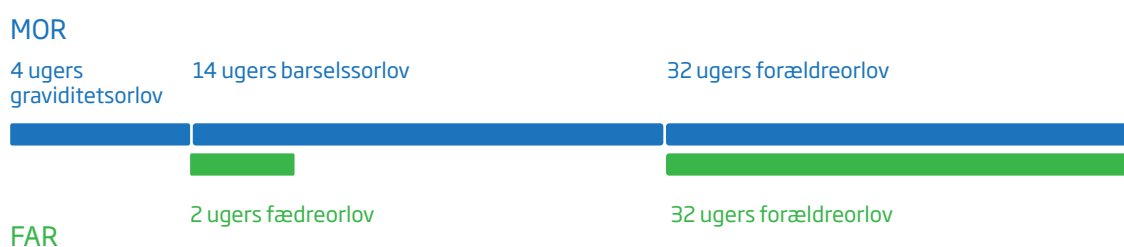
246 Beskæftigelsesministeriet, Konjunktur og Arbejdsmarked, uge 5 2013, http://bm.dk/upload/BEM/Konjunktur_og_arbejdsmarked_uge_5_2013_001.pdf

ternes egne udsagn. Derfor er den forbundet med en vis usikkerhed i modsætning til den registerbaserede arbejdsstatistik, hvor der er en fast grænse for deltidsbeskæftigede ved 27 timer om ugen. Den undersøgelse, der er benyttet i denne opgave, har en højere andel af deltidsbeskæftigede, hvilket kan skyldes, at nogle af respondenterne definerer sig selv om deltidsbeskæftigede, men arbejder mere end 27 timer om ugen og derfor ville blive registreret som fuldtidsbeskæftigede i den registerbaserede arbejdsstatistik.²⁴⁷ Man kan derfor forestille sig, at alle der arbejder under 37 timer om ugen, f.eks. 30 eller 32 timer, vil anse sig selv for værende deltidsbeskæftigede, da de fleste arbejdstagere definerer fuldtidsbeskæftigelse som en ugentlig arbejdstid på 37 timer.

Barsel

Nedenstående figur illustrerer, i hovedtræk, barsellovens regler om ret til fravær i forbindelse med graviditet.

FIGUR 2



Det er kvinderne, der tager hovedparten af forældreorloven. Ifølge Danmarks Statistik gælder der, at de mænd, der blev fædre i 2011 i gennemsnit holdte 36 dage barsel. For mænd, der blev fædre i 2010 gælder, at disse holdte 38 dage.²⁴⁸ Disse tal vedrører de fædre, der delte orloven med moren. Hvis man ser på tallene for de mænd, der ikke delte orloven med moren, gælder der, at de der blev fædre i 2010 holdte 56 dage, mens dem der blev fædre i 2011 holdte 52 dage.^{249 250} For mændenes vedkommende

247 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 23.

248 Nyt fra Danmarks Statistik. Nr. 124, 12. marts 2013, s. 1. Læst d. 13. august 2013, kan findes på flg. link;

<http://www.dst.dk/pukora/epub/Nyt/2013/NR124.pdf>

249 Nyt fra Danmarks Statistik. Nr. 124, 12. marts 2013, s. 1. Læst d. 13. august 2013, kan findes på flg. link;

<http://www.dst.dk/pukora/epub/Nyt/2013/NR124.pdf>

250 Efter vor henvendelse til Danmarks Statistik (fuldmægtig Torben Lundsvig) er det oplyst at antallet af dage skal holdes op mod den del af den samlede orlov, der ligger

kan der således konstateres et fald i antallet af dage på orlov. I denne sammenhæng skal der naturligvis tages højde for, at 18 uger er øremærket til moren, mens kun 2 uger er øremærket til mænd.

Forening af arbejdsliv og privatliv

Balancen mellem arbejds- og privatliv, og hermed også ligestillingen mellem mænd og kvinder, forsøges bl.a. forbedret ved at opfordre til mere familievenlige arbejdspladser og samtidig også ved hjælp af regler, som eksempelvis LBL § 8a. I dette afsnit behandler vi erfaringerne med de familievenlige ordninger, og hvorvidt disse er et middel til at opnå øget ligestilling mellem kvinder og mænd på arbejdsmarkedet.

Balancen mellem arbejdsliv og privatliv er ikke et nyt begreb i Danmark. I 1996 udkom Socialforskningsinstituttet (SFI) med rapporten "Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser" skrevet af Helle Holt og Ivan Thaulow. Projektets formål var bl.a. at belyse, hvilke forhold, der henholdsvis fremmer og hindrer udviklingen af familievenlige arbejdsforhold.²⁵¹

I rapporten stilles det meget relevante spørgsmål; hvad er en familievenlig arbejdsplads? I rapporten defineres det som en arbejdsplads, der tager børnefamiliers, og helt konkret forældreskabets behov, i betragtning.²⁵² Man kan dog også argumentere for, at enhver form for politik på en arbejdsplads, der sigter at skabe en balance mellem privatliv og familieliv, uanset medarbejderens alder, stilling og civilstand, må antages at være familievenlig. Det konkluderes i rapporten, at selvom mange undersøgelser viser, at arbejdstiden er central for at kunne forene arbejds- og familieliv, er billedet på mange måder mere nuanceret. Det er også medarbejdernes ønske selv at have indflydelse på arbejdstidens tilrettelæggelse. På den måde vil der være mulighed for mere smidighed ved planlægning af f.eks. ferier og fridage.²⁵³ Flextid og kortere arbejdsdage er derfor ikke de eneste faktorer, der er afgørende for medarbejderne.

efter fødslen, dvs. for mændenes vedkommende de 2 ugers fædreorlov og de 32 ugers forældreorlov hver af forældrene kan tage.

251 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 3.

252 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 28-29.

253 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 11.

En af grundene til at det er vigtigt at diskutere arbejds- og familieliv er, at der i takt med at kvinderne kom på arbejdsmarkedet er kommet øget pres på børnefamilierne.²⁵⁴ Rapporten slår fast, at udviklingen af mere familievenlige arbejdspladser på mange måder må anses for et vigtigt skridt mod ligestilling.²⁵⁵ **For det første** fordi det tænkes at lette kvinders arbejdsmæssige situation i virksomheden såvel som på arbejdsmarkedet. En af grundene hertil er, at det er svært for kvinderne at deltage i arbejdslivet på samme vilkår som mændene, da de stadig har hovedansvaret for at drage omsorg for familien. Mere fleksibilitet kan imødekomme kvindernes behov og evt. fremme en holdningsændring. **For det andet** fordi at mere familievenlige arbejdspladser kan gøre det nemmere for mænd at drage omsorg for familien og deltage i de praktiske gøremål i hjemmet. Derved forventede man i 1996, da rapporten udkom, at familievenlige arbejdspladser ville fremme ligestillingen mellem kvinder og mænd.²⁵⁶ Overordnet set eksisterer der to former for familievenlige ordninger, der letter adgangen til en mere familievenlig arbejdsplads. De to former defineres som henholdsvis det formelle og det uformelle regelsæt. Det **formelle** regelsæt, omfatter lovgivning, eksempelvis reglerne i ligebehandlingslovens § 8a, stk. 2, og overenskomster, hvor der er fastsat regler, som skal være med til at forene arbejdsliv og familieliv. Dette er ordninger, der primært er til fordel for familien frem for arbejdsgiveren. Derudover findes der på mange arbejdspladser en personalehåndbog, der rummer virksomhedens personalepolitik og, heri kan der være lignende regler.²⁵⁷

Det **uformelle** regelsæt defineres af kulturen på virksomheden. Virksomhedskulturen er de fælles normer og værdier, der styrer ledelsens og medarbejdernes adfærd i organisationen. Virksomhedskulturen kan derfor opdeles i en medarbejder- og en ledelseskultur, som ikke nødvendigvis harmonerer. Ledelseskulturen er det afgørende element dels i forhold til samarbejdskulturen generelt men også i forhold til, hvilke muligheder den enkelte medarbejder har i forhold til at kombinere arbejds- og familieliv, da lederen signalerer dennes holdninger ud til medarbejderne. Ledelseskulturen kan derfor i sidste ende vise sig at være det bærende element i forhold til, hvordan ordningerne administreres i virksomheden. På samme måde kan kollegaers holdninger også påvirke

254 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 22.

255 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 20.

256 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 20.

257 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 33-35.

den enkeltes ønske om at gøre brug af disse, både i en positiv og negativ retning.²⁵⁸ Rapporten konkluderer at formelle ordninger ikke i sig selv skaber en familievenlig arbejdsplads. Mere væsentligt er til gengæld kulturen på arbejdspladsen. Værdier og normer styrer derfor også i høj grad virksomhedernes familievenlige ordninger i praksis. Samtidig er det formentlig det formelle regelsæt, som er med til at sætte normerne for, hvilken kultur der er på den enkelte arbejdsplads. Det formelle og uformelle regelsæt fungerer derfor uafhængigt af og i samspil med hinanden.²⁵⁹

Balancen mellem arbejds- og familieliv fra et leder perspektiv

Førnævnte rapport fra SFI nævner, at ledelseskulturen i virksomheden har en afgørende betydning for, hvor familievenlig en arbejdsplads er. Vi finder det derfor relevant at se på, hvordan lederne selv anskuer denne problemstilling. I en undersøgelse fra oktober 2012 har Lederne undersøgt deres medlemmers egen vurdering af deres ansvar i forhold til de ansattes balance mellem arbejds- og privatliv.²⁶⁰

Undersøgelsen er en rundspørge blandt 1585 ledere fra Ledernes spørgepanel. Der er 492 kvindelige og 1093 mandlige ledere både fra den private og offentlige sektor, dog med en overvægt af privatansatte ledere. Derudover er respondenterne fordelt på forskellige ledelsesniveauer, dvs. topledere, mellemledere, linjeledere og øvrige ledere.

Undersøgelsen viser, at 2 ud af 3 ledere kategoriserer deres virksomhed som familievenlig. I denne sammenhæng skal det nævnes, at 80 % af lederne fra den offentlige sektor og 66 % af lederne i den private sektor svarede ja.^{261 262} Samtidig hermed ses det også, at hele 76 % af de ledere, der har svaret på undersøgelsen, svarer at de i høj grad føler, at de er ansvarlige for, at de ansatte har en god balance mellem arbejdsliv og familieliv.^{263 264}

Rapporten viser også, at der er en potentiel sammenhæng mellem samfundets og

258 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 34.

259 Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser, SFI, s. 36.

260 Balance mellem arbejdsliv og privatliv, Lederne, s. 2.

261 Balance mellem arbejdsliv og privatliv, Lederne, s. 31.

262 Se bilag 3.

263 Balance mellem arbejdsliv og privatliv, Lederne, s. 27.

264 Se bilag 3.

virksomhedernes økonomiske situation. Det fremgår af undersøgelsen, at 28 % af de adspurgte ledere mente at virksomheden var blevet mindre familievenlig under den finansielle krise, mens kun 3 % mente at virksomheden var blevet mere familievenlig.²⁶⁵

²⁶⁶ Dertil kommer også, at såfremt det skønnes nødvendigt i den enkelte virksomhed, kan dennes interne personaleordninger, i modsætning til de lov- og overenskomstbestemte regler, fjernes igen ved at varsle disse med et passende varsel, eventuelt medarbejdernes opsigelsesvarsel såfremt der er tale om en væsentlig ændring.²⁶⁷ Konklusionen er således, at selvom ca. 3 ud af 10 ledere har oplevet, at deres virksomhed er blevet mindre familievenlige, har den økonomiske krise ikke haft betydning for de fleste af de adspurgte ledere og disses oplevelse af familievenligheden i virksomheden.²⁶⁸ Rapporten understøtter derfor til en vis grad, rapporten fra SFI og antagelsen heri, om at lederkulturen spiller en central rolle i organisationen, når der skal ses på familievenligheden.

Som nævnt antog man i SFI's rapport fra 1996, at de familievenlige arbejdspladser ville være med til at forbedre ligestillingen mellem kvinder og mænd. Dog har man efterfølgende måtte erkende, at det, der har betydning for ens arbejdsliv primært er, hvor synlig man er på arbejdspladsen, ens tidsmæssige fleksibilitet og den iver man ligger for dagen i forhold til at påtage sig flere arbejdsopgaver.²⁶⁹ Disse faktorer er i direkte modstrid med det, der kendetegner de familievenlige ordninger, eksempelvis at man fleksibelt kan planlægge sin egen arbejdstid. Derfor argumenterer en af rapportens forfattere, Helle Holt, også for, at den fordel man formodede, der ville være ved de familievenlige tiltag i 90'erne i stedet har vist sig at have den modsatte effekt. Dette skyldes bl.a., at der eksisterer en generel opfattelse af, at kvinder i højere grad end mændene benytter sig af de familievenlige tiltag og derfor, vil det i sidste ende stille kvinderne dårlige end mændene uanset, om den enkelte kvinde benytter sig af tiltagene eller ej.²⁷⁰ Denne problemstilling vender vi tilbage til senere i dette kapitel.

265 Balance mellem arbejdsliv og privatliv, Lederne, s. 31-32.

266 Se bilag 3.

267 Balance mellem arbejdsliv og privatliv, Lederne, s. 31.

268 Balance mellem arbejdsliv og privatliv, Lederne, s. 31.

269 Danmarksbilleder – SFI's forskning gennem 50 år, SFI, s. 80.

270 Danmarksbilleder – SFI's forskning gennem 50 år, SFI, s. 80.

Udviklingen i erhvervsfrekvens, arbejdstid og lønudvikling siden 1996

I dette afsnit findes det relevant at undersøge, hvordan henholdsvis erhvervsfrekvensen, arbejdstiden og lønnen har udviklet sig siden 1996, hvor ovenfor nævnte SFI rapport udkom. Årsagen hertil er, at vi finder det interessant at se, hvordan udviklingen i de tre parametre har været siden 90'erne, hvor der kom øget fokus på de familievenlige ordninger. Vi er dog opmærksomme på, at den udvikling der har været i både erhvervsfrekvens, arbejdstid og lønnen ikke alene påvirkes af, hvor familievenlige arbejdspladserne er, men er et billede af den generelle udvikling.

Erhvervsfrekvens

Kvindens erhvervsfrekvens er faldet siden 1995, hvorfor der ikke har været en positiv udvikling i denne, siden SFI-rapporten udkom i 1996.²⁷¹ I 1995 var der en forskel på 8,6 procentpoint i erhvervsfrekvensen for kvinder og mænd, mens denne i 2011 var 4,2 procentpoint, hvorfor forskelle i kønnenes erhvervsfrekvens i højere grad er udlignet. Når vi alene kigger på tabellens tal, kan vi konkludere, at den primære årsag hertil er, at mænds erhvervsfrekvens er faldet mere end kvindernes i samme periode.^{272 273}

Arbejdstid

Der har ikke været nogen større ændring i den normale ugentlige arbejdstid for hverken kvinder eller mænd, som det fremgår af figuren nedenfor. Det har desværre ikke været muligt at skaffe sammenlignelige statistikker fra perioden 1995-2000 og derfor er det ikke muligt at sige noget om perioden før år 2000.²⁷⁴

271 Se bilag 4.

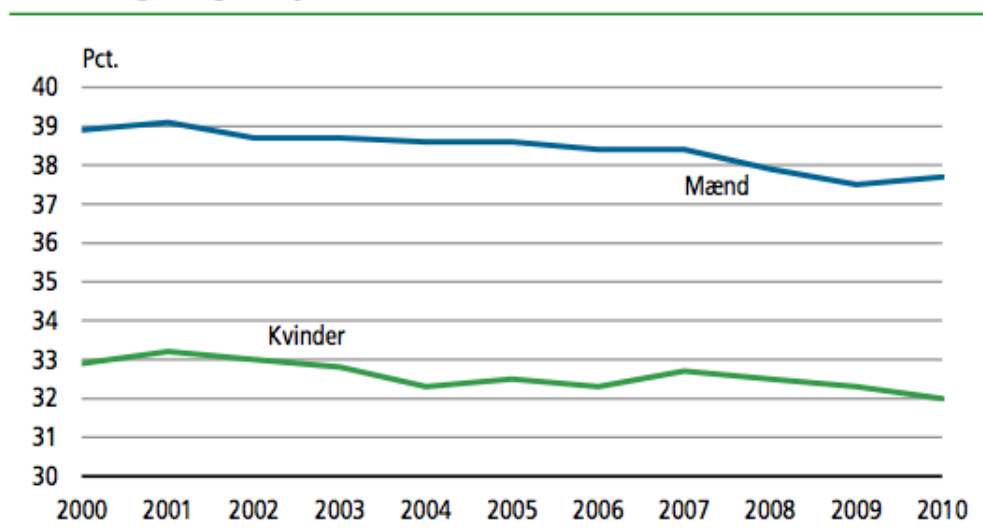
272 Danmark i tal 2013, Danmarks Statistik, s. 15.

273 Erhvervsfrekvensen angiver andelen af de 16-64-årige, der står til rådighed for arbejdsmarkedet og derfor indgår i arbejdsstyrken (Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 5).

274 Kvinder og mænd 2011, Danmarks Statistik, s. 50.

Figur 3:

Normal ugentlig arbejdstid



Lønudviklingen

Når det kommer til lønudviklingen, er der som nævnt tidligere, fortsat et løngab mellem kvinder og mænd. Dette har ligget på samme relative niveau hen over en længere årrække. Gupta, Smith og Verner omtaler lønudviklingen i deres artikel fra 2006. Ifølge denne artikel er forholdet mellem kvinder og mænds løn stagneret i de nordiske lande siden 1980'erne. Dette står i kontrast til 1960'erne og 1970'erne, hvor løngabet blev mindsket. Forfatterne nævner endvidere, at løngabet i Danmark ikke har ændret sig væsentligt siden vedtagelsen af den første ligelønslov i 1976.²⁷⁵ Dette understøttes af LO, der skriver, at løngabet har ligget på et bruttoløngab på mellem 12 og 20 % siden midten af 1970'erne.²⁷⁶

Hverken repræsentationen af kvinder med tilknytning til arbejdsmarkedet, den ugentlige arbejdstid for kvinder eller lønnen har således ændret sig i en så væsentlig grad, siden rapporten udkom, at dette kan aflæses i statistikkerne. Hvorvidt dette skyldes, at familievenlige ordninger ikke fremmer ligestillingen eller, at arbejdspladserne i Danmark endnu ikke er blevet tilstrækkelig familievenlige til, at det har en afledet effekt på ligestillingen, kan man ikke udlede af de ovenstående tal. Helle Holt (2008)

²⁷⁵ Gupta, Smith og Verner, 2008, s. 76.

²⁷⁶ "Luk lige løngabet – når køn forhandler løn" LO, set d. 15. august 2013. Kan findes på flg. link:

http://www.lukligeloengabet.dk/fors./koen_og_loen.aspx

argumenterer for, at de familievenlige ordninger ikke har virket efter hensigten, men derimod har vist sig at have den modsatte effekt.

Hvis man ser på de såkaldte formelle regelsæt, kan man, alt andet lige, se flere forbedringer, f.eks. LBL § 8a, stk. 2 som er behandlet i kapitel 5. Andre eksempler herpå er i 1997, hvor fædre fik ret til 2 ugers ekstra orlov i 24. -26. uge efter fødslen og igen i 2002, hvor den mere fleksible barselorlov blev indført. Her forlængede man barselsperioden og, hver forælder har nu til 32 ugers forældreorlov jf. figur 2 ovenfor. I forbindelse hermed fjernede man dog de to ugers øremærket barsel i uge 24-26 til mænd. Det er i denne sammenhæng vigtigt at bemærke, at det, der har stor betydning i forhold til, hvordan forældrene vælger at dele disse uger imellem sig er, hvilken betaling man har ret til. Netop effekten af de økonomiske incitamenter er noget, som Helena Skyt Nielsen har undersøgt i hendes artikel fra 2009. I denne undersøger hun effekten af førnævnte reform i den offentlige sektor. Efter reformen i 2002 var reglerne i den offentlige sektor på en sådan måde, at hvis begge forældre var ansat i den offentlige sektor, afhang deres muligheder for økonomisk kompensation af, hvorvidt de var ansat i staten eller en kommune. Hvis begge forældre var ansat i enten staten eller en kommune, havde de ret til 10 uger med fuld løn til deling. Hvis de derimod var ansat i hver sin sektor, henholdsvis stat og kommune, havde de ret til 10 uger hver med fuld løn. Dette skyldes, at reformen i 2002 forlængede forældreorloven fra 10-32 uger. Dermed blev fædres incitament til at tage en større del af forældreorloven væsentligt styrket, såfremt forældrene var ansat i hver sin sektor (stat/kommune).²⁷⁷

Helena Skyt Nielsen konkluderer følgende ud fra sin undersøgelse:

"The average couple in the sample transferred 2.6 days from the father to the mother as a consequence of the improved economic incentives to let the father use the leave. In money terms, this means that increasing the couples' after tax income by \$9 per day of leave which is transferred from the mother to the father is found to increase the fathers' leave usage by one day."²⁷⁸

Det må således kunne konkluderes, at de økonomiske incitamenter spiller en meget

277 Skyt Nielsen, 2006, s. 4.

278 Skyt Nielsen, 2006, s. 22.

stor rolle i forhold til, hvor stor en del af forældreorloven fædrene vælger at tage og, at dette formentlig også vil gælde på det private arbejdsmarked.

Effekterne af de familievenlige ordninger

Helle Holt argumenterer i sin artikel fra 2008 for, at de familievenlige ordninger har haft den modsatte effekt, hvorfor det er nærliggende at se på de afledte effekter af de familievenlige ordninger og, om der er en form for boomerang effekt ved disse.

Gupta, Smith og Verner (2008) argumenterer for, at de familievenlige ordninger har skabt en form for boomerang effekt og derfor ikke længere kun er en fordel for kvinderne og deres position på arbejdsmarkedet. Det er især kvinder med et højere uddannelsesniveau, der berøres.²⁷⁹

Vi har tidligere nævnt, at det hovedsageligt er kvinder, der er på deltid og barsel. Endvidere er det også kvinder, der bliver hjemme når, barnet bliver sygt. Kvinder havde i 2009 omtrent dobbelt så meget fravær i forbindelse med syge børn som mænd havde.²⁸⁰ Ydermere er det gentagne gange dokumenteret, at kvinder bruger flere timer end mænd på husholdningsarbejde til trods for kvinders relativt høje erhvervsfrekvens. SFI har af flere omgange lavet tidsstudier og er senest i 2003 kommet med en rapport omkring dette. Det fremgår af denne, at både mænd og kvinder bruger 7 $\frac{3}{4}$ time pr. dag på erhvervs- og husholdningsarbejde. Mænd bruger ca. $\frac{2}{3}$ af tiden på erhvervsarbejde mens, kvinder bruger halvdelen af denne tid på henholdsvis husholdnings- og erhvervsarbejde.²⁸¹ Samme tidsstudium viser også, at når danske par får børn, så halveres den gennemsnitlige arbejdstid for kvinder, mens den øges en smule for mænd.²⁸² Samtidig hermed er fordelingen af husholdningsarbejdet i børnefamilier sådan, at når der udføres en times husholdningsarbejde, er det kvinden, der arbejder 40 minutter og manden 20 minutter.²⁸³ Det er dog værd at bemærke at danske kvinder,

279 Gupta, Smith og Verner, 2008, s. 85-86.

280 Kvinder og mænd 2011, Danmarks Statistik, s. 64-65.

281 Hvad kvinder og mænd bruger tiden til – om tidsmæssig ligestilling i danske familier, SFI, s. 9.

282 Hvad kvinder og mænd bruger tiden til – om tidsmæssig ligestilling i danske familier, SFI, s. 9.

283 Hvad kvinder og mænd bruger tiden til – om tidsmæssig ligestilling i danske familier, SFI, s. 10.

i forhold til andre europæiske kvinder, er dem, der bruger mindst tid på husholdningsarbejde og dette skyldes, at danske mænd er de mænd i Europa, der bruger mindst tid på erhvervsarbejde. Sammenlignet med resten af Europa er det derfor mere ligeligt fordelt i danske hjem.²⁸⁴

Fordelingen af erhvervsarbejde og det huslige arbejde kan være en af forklaringerne på, hvorfor kvinder ofte søger hen i den offentlige sektor, hvor der typisk er en højere grad af overenskomstdækning og dermed også familievenlige ordninger. Samtidig vælger kvinder de mere "traditionelle" kvindefag for at få de mest familievenlige job, hvilket gør kvinderne i stand til at passe de huslige forpligtelser i hjemmet.²⁸⁵

Gupta, Smith og Verner (2008) argumenterer for, at der er skabt et nyt glasloft som følge af velfærdsstaten. Dette skyldes bl.a. kombinationen af de familievenlige ordninger og at den offentlige sektor primært beskæftiger kvinder, hvor det er staten, der sætter lønnen og, hvor fagforeningerne i højere grad forhandler bedre arbejdsvilkår frem for en højere løn.²⁸⁶

Det nævnes endvidere, at når de familievenlige politikker primært fokuserer på at give mødre ret til lange orlovsperioder med løn, så kan der spores en tendens til, at dette har betydning for alle kvinders placering på arbejdsmarkedet og således ikke kun de mødre, der reelt benytter sig af denne rettighed. Det kan derfor konstateres, at kvinder generelt udsættes for statistisk diskrimination når, de er i den fødedygtige alder. Disse negative effekter påvirker især højtuddannede kvinder mens, kvinder med kortere uddannelser i en vis grad drager fordele af den udvikling, der har været i de familievenlige politikker i Danmark.²⁸⁷

Ovenstående iagttagelser understøttes bl.a. også af Blau og Kahn (2013). Ifølge dem er en af fordelene ved de familievenlige ordninger, at disse gør det muligt for kvinder at kombinere familie og karriere. Der er dog også en mulighed for, at arbejdsgivere diskriminerer på grund af de statistikker, der følger kvinderne og den asymmetriske information, der er når en arbejdsgiver ikke kan vide, hvilke kvinder der vil benytte de

284 Hvad kvinder og mænd bruger tiden til – om tidsmæssig ligestilling i danske familier, SFI, s. 11.

285 Gupta, Smith og Verner, 2008, s. 78-79.

286 Gupta, Smith og Verner, 2008, s. 78.

287 Gupta, Smith og Verner, 2008, s. 86.

omtalte ordninger til fulde, og hvem der ikke vil. Dermed kan kvinder, som en gruppe, udsættes for statistisk diskrimination.²⁸⁸

Kvinder – en underskudsforretning?

Ifølge en ny analyse af Nina Smith er kvinder en "underskudsforretning" for velfærdsstaten. Nina Smith skriver følgende i analysen:

"En nyfødt dansk pige vil med de nuværende velfærdsordninger i gennemsnit over livet modtage ca. 1,6 mio. kr. mere fra det offentlige i form af overførsler og offentlige serviceydelser, end hun bidrager med via skatter og afgifter. For nyfødte drenge er det omvendt. De bidrager netto med ca. plus 0,6 mio. kr. mere, end de modtager. Tallene afspejler, at danske kvinder - til trods for flere årtier på arbejdsmarkedet - stadig har en økonomisk position, hvor de er afhængige af forsørgelse."²⁸⁹

Det er vigtigt, at nævne at ovenstående tal baserer sig på en analyse af en hypotetisk generation født i 2011 og, derfor er dele af analysen forbundet med en vis usikkerhed, men samtidig er beregningerne bag baseret på faktiske data.²⁹⁰ Analysen viser, at det især er efter første barns fødsel, at kvinder og mænds kurve for alvor differentierer sig fordi, kvinder søger over i den offentlige sektor, mens mænd har en tendens til at søge over i den private sektor.²⁹¹

Nina Smith (2012) nævner, at der ikke er den samme tradition for fordelagtige barselsordninger, i den private sektor, på samme måde som der er det i den offentlige sektor fordi, denne er overenskomstreguleret i højere grad. I dag er godt 3 ud af 4 mænd ansat i den private sektor, mens det kun er knap hver 2. kvinde.²⁹² Kvinder er derfor i højere grad ansat i den offentlige sektor og det ender derfor ofte med, at kvinderne tager det meste, hvis ikke hele forældreorloven da der i højere grad er fordelagtige barselsordninger i denne sektor. Dette resulterer i en meget traditionel arbejdsforde-

288 Blau og Kahn, 2013, s. 10.

289 Smith, 2012, s. 145.

290 Smith, 2012, s. 149.

291 Smith, 2012, s. 150.

292 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 16.

ling i hjemmet såvel som på arbejdsmarkedet.²⁹³

Der er en række studier, der tyder på, at børn gavner mænds karriere men, at disse samtidig også har en signifikant lavere sandsynlighed for at blive forfremmet, hvis de tager længere barsel. Man taler således om en form for karrierestraf til mænd når, de vælger at tage en forældreorlovsperiode, der er længere end de normale ca. 2 - 4 uger.²⁹⁴ Dette skal sammenholdes med det faktum, at der i Danmark kun er 2 ugers fædreorlov øremærket til mænd og, at mænd i højere grad end kvinder er ansat i den private sektor. Her er der, som tidligere nævnt, ikke samme tradition for ret til løn, men derimod alene barselsdagpenge når de tager forældreorlov. Det må derfor antages at familiens incitament til at lade manden tage en større del af barslen, alt andet lige, må være mindre end, hvis en større del var øremærket til mændene og derfor vil gå tabt såfremt, manden ikke tager denne del af orloven.²⁹⁵

Ovenstående tyder på, at de formelle regelsæt omkring familievenlige ordninger i Danmark kan have en negativ indvirkning på kvinders placering på arbejdsmarkedet og, der verserer for tiden en debat om at indføre 12 ugers øremærket barsel til mænd i Danmark. Dette var bl.a. en del af regeringsgrundlaget i 2011 og, der er nu nedsat en kommission, som skal undersøge dette nærmere.^{296 297}

Et land, der allerede har indført omfattende øremærket barsel til mænd, er Island, hvor man i årene 2001-2003 indfasede 3 måneders øremærket barsel til mænd.²⁹⁸ Fordelingen af barslen på Island er nu sådan, at moren har 3 måneders orlov, faren har 3 måneder og, 3 måneder kan deles mellem forældrene. De måneder, der er øremærket

293 Smith, 2012, s. 150.

294 Smith, 2012, s. 154-155.

295 Smith, 2012, s. 154.

296 Regeringsgrundlag 2011, "Et Danmark der står sammen", s. 65. Kan findes på flg. link:

http://www.stm.dk/publikationer/Et_Danmark_der_staar_sammen_11/Regeringsgrundlag_okt_2011.pdf

297 Kommissorium for udvalget vedr. øremærkning af en del af retten til barseldagpenge i forældreorlovsperioden. <http://bm.dk/~media/BEM/Files/Dokumenter/Kort%20nyt/2013/Bilag%201%20Kommissorium%20for%20udvalgsarbejde%20om%20oeremaerket%20barsel%20pdf.ashx>

298 Parental Leave Policies and the Economic Crisis in the Nordic Countries, National Institute for Health and Welfare, s. 35.

til hver af forældrene, kan ikke overføres til den anden forælder. Det er dog stadig en fleksibel ordning, hvorfor der er mulighed for at holde orlov sammen eller hver for sig. Der ydes en lønkomensation på 80 % af lønnen mens, man holder orlov.²⁹⁹ Generel set har denne ordning været en succes. De Islandske mænd har fra starten af udnyttet deres ret til 3 måneders orlov. Til at begynde med var der ingen loft over kompensationsniveauet, men da en stor andel af mændene benyttede ordningen, var man nødt til at indføre et loft på de førnævnte 80 % da den barselsfond, som finansierede orloven, var ved at være tom. De islandske fædre holdte i gennemsnit 39 dages orlov i 2001, 68 i 2002 og 97 i 2003.³⁰⁰ I 2008 var dette tal 103.³⁰¹ Når dette sammenholdes med tallene for danske mænd, ses det, at danske mænd principielt kan holde 34 uger men for dem, der blev fædre i 2011 gælder der, at de alene afholdte 36 dage.³⁰²

På Island er det stadig primært kvinderne, der benytter sig af den del af orloven, der er til deling, og, der er derfor indikationer på, at den delte orlov bliver til mødreorlov.³⁰³ I december 2012 vedtog Det Islandske Parlament en lov, der udvider barselorloven fra 9 måneder til 12 måneder. På samme måde som da loven blev introduceret i 2001, er meningen, at udvidelsen også skal ske gennem en indfasning på 3 år fra 2014 frem til 2016. Når indfasningen er gennemført, vil der være afsat 5 måneders orlov til moren, 5 måneder til faren og 2 måneder til deling.³⁰⁴ Det blev drøftet, hvorvidt orloven skulle forlænges i sin nuværende form, så der blev afsat 4 måneder til moderen, 4 måneder til faderen og 4 til deling, men denne deling blev forkastet, da Det Islandske Ligestillingsråd mente, at denne deling ville være til skade for ligestillingen, da det ville være forventeligt at kvinder ville ende med at tage 8 måneders barsel og mænd 4 måneder.³⁰⁵

299 Fathers on parental leave, Center for Equality Advancement, s. 9.

300 Fathers on parental leave, Center for Equality Advancement, s. 12.

301 Parental Leave Policies and the Economic Crisis in the Nordic Countries, National Institute for Health and Welfare, s. 32.

302 Nyt fra Danmarks Statistik. Nr. 124, 12. marts 2013, s. 1. Læst d. 13. august 2013, kan findes på flg. link;

<http://www.dst.dk/pukora/epub/Nyt/2013/NR124.pdf>

303 "Islands barselsrevolution" af Birthe Pedersen, 28.juni 2013. Set den 14. august 2013. kan findes på flg. link: <http://webmagasin.kvinfo.dk/artikler/islands-barsels-revolution>

304 "Iceland 2012 - Revised law on paid parental leave". Se bilag 5.

305 "Islands barselsrevolution" af Birthe Pedersen, 28.juni 2013. Set den 14. august 2013. kan findes på flg. link: <http://webmagasin.kvinfo.dk/artikler/islands-barsels-revolution>

Ifølge den islandske forsker Ingolfur V. Gislason er der følgende fordele ved den islandske barselslov.

”En vigtig konsekvens af den islandske orlov er, at kvinderne kommer hurtigere tilbage til jobbet efter barsel og hurtigere kommer op på fuld tid. Ideelt set betyder fædreorloven derfor, at arbejdsgiverne ikke længere har nogen interesse i at fravælge kvinder, fordi de forventes at gå på barselsorlov i modsætning til mænd. Her har vi oplevet et markant holdningsskift, siger Ingolfur V. Gislason.”³⁰⁶

Derudover er lønforskellen mellem mænd og kvinder blevet mindre. De islandske kvinder tjente i 2011, hvad der svarer til 83 % af mænds løn mod 79 % i 2000.³⁰⁷

Der er dog den ulempe ved den seneste ændring af barselsorloven, at den endnu ikke er finansieret, hvorfor der hersker en vis usikkerhed om, hvorvidt familierne vælger at gøre brug af orloven, såfremt dette skal ske for egen regning eller i hvert fald til en lavere lønkompensation.³⁰⁸ Det skal derfor blive interessant at se, hvilken betydning den seneste ændring har for ligestillingen mellem islandske kvinder og mænd samt, hvorvidt den førnævnte positive udvikling i lønforskellene forsætter.

Delkonklusion

Til trods for en stigende udvikling i familievenlige ordninger og øget fokus på at fremme balancen mellem arbejds- og familieliv, i særdeleshed ved hjælp af formelle regelsæt, viser ovenstående analyse, at der stadig er forskel på kvinder og mænds place-

306 “Islands barselsrevolution” af Birthe Pedersen, 28.juni 2013. Set den 14. august 2013. kan findes på flg. link: <http://webmagasin.kvinfo.dk/artikler/islands-barsels-revolution>

307 “Islands barselsrevolution” af Birthe Pedersen, 28.juni 2013. Set den 14. august 2013. kan findes på flg. link: <http://webmagasin.kvinfo.dk/artikler/islands-barsels-revolution>

308 “Islands barselsrevolution” af Birthe Pedersen, 28.juni 2013. Set den 14. august 2013. kan findes på flg. link: <http://webmagasin.kvinfo.dk/artikler/islands-barsels-revolution>

ring på arbejdsmarkedet. I denne forbindelse kan bl.a. nævnes, at der fortsat er flere kvinder end mænd, der arbejder på deltid, kvinder har en lavere erhvervsfrekvens og, der er fortsat et løngab kvinder og mænd imellem.

Nogle forskere, heriblandt Helle Holt og Nina Smith, argumenterer for at netop de familievenlige ordninger, og især det faktum at det er kvinder, der tager langt størstedelen af forældreloven, har skabt en såkaldt boomerang effekt for kvinder. Der kan således argumenteres for, at de familievenlige ordninger frem for kun at bidrage positivt til kvinders placering på arbejdsmarkedet også betyder, at især højtuddannede kvinder bliver udsat for statistisk diskrimination. Da arbejdsgivere pga. asymmetrisk information ikke kan vide, hvilke kvinder, der benytter sig af de familievenlige ordninger, vil arbejdsgiverne lægge en gennemsnitsbetragtning til grund i rekrutteringsfasen. Dette betyder, at de enten ansætter kvinderne til en lavere løn eller vælger ikke at ansætte dem.

På nuværende tidspunkt tyder det på, at mænd mødes med en såkaldt karrierestraf såfremt, de vælger at tage mere barsel end, hvad mænd gennemsnitligt tager. Det kan formodes, at familierne ikke har incitament til at lade mændene tage en større del af barslen bl.a. på grund af den økonomiske straf det kan medføre.

Island er allerede gået skridtet videre og har indført en såkaldt 3-3-3 deling af orloven. Her ses der allerede en mindskning i lønforskellene, men samtidig ses det også at den del af orloven, der frit kan deles mellem forældrene i realiteten bliver til mødreorlov.

Kapitel 7 - Afledte effekter ved ligeløns- og ligebehandlingsloven samt familievenlige ordninger

Indledning

I dette kapitel vil vi diskutere og vurdere centrale iagttagelser fra de tidligere kapitler. Formålet med dette kapitel er således, at integrere økonomi og jura ved at diskutere de afledte effekter ved ligeløns- og ligebehandlingsloven samt de familievenlige ordninger. Dette kapitel vil svare på, hvorvidt disse kan påvirke arbejdsgiveres incitament til diskriminerende adfærd.

Ligelønslovens formål er at gennemføre princippet om ligeløn til kvinder og mænd, hvad angår samme arbejde eller arbejde af samme værdi jf. LLL § 1 samt sikre, at ligelønsprincippet overholdes. Dernæst skal loven sikre beskyttelse af arbejdstagere, der gør indsigelse over for krænkelse af ligelønsprincippet jf. LLL § 3. En interessant betragtning i forhold til lovens anvendelsesområde er dog, hvorvidt en arbejdsgiver kan anse kvinder for værende en dyrere arbejdskraft end en mandlig medarbejder. Her tænkes på det forhold at det primært er kvinder der benytter sig af de familievenlige ordninger, hvorfor de efter nogle opfattelse ikke er lige så produktive som mænd. Derfor kan ligelønsloven også være en medvirkende faktor til, at man foretrækker den mandlige frem for den kvindelige medarbejder.

Ligebehandlingslovens regler forbyder forskelsbehandling af kvinder og mænd med hensyn til beskæftigelse mv., navnlig med hensyn til graviditet og familiemæssig eller ægteskabelig stilling. Mandlige lønmodtagere nyder også beskyttelse efter ligeløns- og ligebehandlingsloven men, vi antager dog, at det primært er kvindelige lønmodtagere, der forbindes hermed. Dette kan skyldes, at mænd i væsentlig mindre grad end kvinder benytter sig af de familievenlige ordninger, formelle som uformelle. Eksempelvis er det primært kvinder, der benytter sig af de muligheder, der f.eks. er i forbindelse med orlov i forbindelse med graviditet.

Ligeløns- og ligebehandlingsloven yder en stærk individuel beskyttelse, der sikrer at medarbejderne ikke forskelsbehandles på grund af køn eller graviditet mv. Denne in-

dividuelle beskyttelse kan betyde, at arbejdsgiverne vurderer kvinder ud fra en gennemsnitsbetragtning. En af årsagerne hertil er, at der grundet stor offentlig fokus på ligestillingsreglerne og beskyttelsen af især kvinder kan være en generel opfattelse af, at man ikke kan opsig kvindelige medarbejdere, såfremt de falder under lovenes bestemmelser. Selv ikke, hvis arbejdsgiveren har en saglig opsigelsesgrund, eksempelvis faldende omsætning, der nødvendiggør en personalereduktion. Et eksempel herpå er Højesterets dom af 20. februar 2012, hvor arbejdsgiveren blev dømt til at betale en godtgørelse på 6 måneders løn til trods for, at han ikke var bekendt med medarbejderens graviditet.³⁰⁹ Denne form for omtale kan have en negativ indflydelse på, hvordan arbejdsgivere opfatter kvindelige medarbejdere, da denne er bange for selv at ende i en lignende situation. Omvendt kan en sådan omtale have en præventiv virkning, som vil betyde, at arbejdsgivere tænker sig om en ekstra gang, inden de op siger en særligt beskyttet medarbejder på et usagligt grundlag.

Når ovenstående ses fra et økonomisk perspektiv, kan en afledt effekt heraf være, at nogle arbejdsgivere vil betragte kvinder som værende en dyrere og mindre attraktiv medarbejder. Teorierne om henholdsvis præferencebaseret og statistisk diskrimination forklarer, hvordan en diskriminerende arbejdsgiver vælger enten ikke at ansætte kvindelig arbejdskraft eller ansætte dem til en lavere løn. For den diskriminerende arbejdsgiver, der ønsker at ansætte kvinder til en lavere løn, er formålet med ligelønsloven at afholde dem fra dette ved at bestemme, at der skal ydes lige løn til kvinder og mænd for samme arbejde eller arbejde af samme værdi. En afledt effekt heraf kan være, at arbejdsgiveren derfor spekulerer i ikke at ansætte den kvindelige medarbejder. I så fald finder bestemmelsen i LBL § 2 anvendelse. Steinar Holden og Åsa Rosén undersøger i deres artikel fra 2012, hvorvidt lovgivning som ligeløns- og ligebehandlingsloven betyder, at arbejdsgiverne indretter deres rekrutteringsstrategi herefter. Denne vil vi behandle nedenfor.

Medarbejderbeskyttelse og diskrimination

Holden og Rosén viser, at når der er usikkerhed i rekrutteringsfasen om, hvorvidt der er det rette match mellem virksomheden og medarbejderen, kan der eksistere en dis-

309 UfR2012.1782H.

kriminationslignevægt, hvor medarbejdere med samme karakteristika vurderes ud fra forskellige rekrutteringsstandarder. Samtidig tyder deres fund på, at beskyttelseslovgivning betyder, at nogle virksomheder afholder sig fra at opsig medarbejdere med dårlige kvalifikationer. I stedet venter de på, at medarbejderne selv finder et nyt job. For de medarbejdere, der udsættes for diskrimination på arbejdsmarkedet og, som er beskyttet af lovgivningen, gælder det, at de er længere tid om at finde et nyt job. Det forlænger således den periode, medarbejderen bliver i virksomheden og dermed også virksomhedens omkostninger ved at have denne ansat. I sidste ende betyder det, at det ikke er profitabelt for virksomhederne at ansætte denne gruppe af medarbejdere, eksempelvis kvinder, og derfor diskriminerer virksomhederne ved ikke at ansætte dem i første omgang. Det gælder også de virksomheder, der som udgangspunkt ikke udviser en diskriminerende adfærd.³¹⁰ Forfatterne argumenterer således for at de regler, der beskytter medarbejdere, eksempelvis ligeløns- og ligebehandlingsloven, kan have modsatrettede effekter. Dette kan illustreres med følgende eksempel;

En virksomhed har ansat en kvindelig medarbejder i en administrativ stilling. Efter noget tids ansættelse ændrer jobbet karakteristika sig, og kvinden besidder derfor ikke de rette kvalifikationer. Det er ikke længere profitabelt for virksomheden at have hende ansat fordi, hendes marginalprodukt ikke dækker omkostningerne til hendes løn. Kvinden har ikke længere mulighed for at få en højere løn i denne stilling eller en videre karriere i virksomheden. Begge parter ønsker således at afslutte ansættelsesforholdet for at finde et bedre match for begge. I vores eksempel forestiller vi os, at kvinden er i fertilitetsbehandling og derfor særligt beskyttet jf. ligebehandlingslovens regler. Dette vil betyde, at der er risiko for, at virksomheden skal betale en godtgørelse på 6-12 måneders løn såfremt, de opsig hende. De afholder sig derfor herfra og venter på, at hun selv finder et andet job og opsig sin stilling. Da medarbejderen tilhører en diskrimineret gruppe, tager det, ud fra en gennemsnitsbetragtning, længere tid for hende at finde et nyt job. Dette kan resultere i økonomisk tab for arbejdsgiveren og for, at undgå dette i fremtiden afholder denne sig fra overhovedet at ansætte lønmodtagere fra den diskriminerede gruppe, netop fordi de tilhører denne.³¹¹ For andre virksomheder kan det være frygten for den dårlige omtale,

310 Holden og Rosén, 2012.

311 Holden og Rosén, 2012, s. 1.

der afholder dem fra en opsigelse og således ikke på grund af et regelsæt som eksempelvis ligeløns- eller ligebehandlingsloven.³¹²

Holden og Rosén ser på en diskrimineret gruppe af arbejdstagere, med samme produktivtetskarakteristika som andre arbejdstagere, der er beskyttet mod opsigelse som følge af lovgivningen. Forfatterne viser med deres model, at hvis en tilpas stor andel af arbejdsgiverne udviser en diskriminerende adfærd, når de rekrutterer ny arbejdskraft, da vil det ikke være profitabelt, for de virksomheder, der ikke udviser en diskriminerende adfærd at ansætte arbejdstagere fra den diskriminerede gruppe. Dette skyldes, at når en tilpas stor andel af arbejdsgiverne diskriminerer, da vil medarbejdere fra den diskriminerende gruppe være længere tid om at få nyt arbejde og derfor blive længere tid i virksomheden. Hvis den ansatte medarbejder viser sig at være et dårligt match, vil hendes løn ikke modsvare produktiviteten hvorfor virksomheden taber profit ved at have hende ansat. Således kan det for selv ikke-diskriminerende virksomheder betale sig at diskriminere, da det er det, der er mest profitabelt.³¹³

Dette fund står i stærk kontrast til både Beckers og Arrows teori om præferencebaseret diskrimination og antagelsen om, at det på lang sigt ikke er profitabelt at diskriminere fordi de virksomheder, der ikke diskriminerer, kan ansætte eksempelvis kvinder til en lavere løn, som vi har gennemgået i kapitel 2.³¹⁴

Dernæst ser Holden og Rosén på, hvorvidt ansættelseskvoter kan påvirke ovenstående fund. De finder, at ansættelseskvoter øger sandsynligheden for, at arbejdstagere fra den diskriminerede gruppe hurtigere kan finde et nyt job, hvilket gør dem til en mere attraktiv arbejdskraft. I deres model kan disse kvoter derfor være med til at modvirke diskrimination.³¹⁵ De angiver dog, at der er både fordele og ulemper ved sådanne kvoter. Som en ulempe nævnes det bl.a. at arbejdstagerne mister deres incitament til at investere i deres human kapital fordi de, qua kvoterne, har nemmere ved at finde nyt job.³¹⁶

Forfatterne konkluderer overordnet set to ting. **For det første** konkluderer de, at en af de centrale mekanismer i modellen er, at arbejdstagere, som har sværere ved at fin-

312 Holden og Rosén, 2012, s. 2.

313 Holden og Rosén, 2012, s. 1.

314 Holden og Rosén, 2012, s. 16.

315 Holden og Rosén, 2012, s. 17.

316 Holden og Rosén, 2012, s. 30.

de nyt job også er mindre attraktive for virksomhederne i og med, at der er risiko for, at de bliver længere i virksomheden, selvom de ikke besidder de rette kvalifikationer. Diskriminationen er således selvforstærkende.³¹⁷ **For det andet** konkluderer de at, hvis tilpas mange arbejdsgivere har præference for, at diskriminere da vil der eksistere en såkaldt diskriminationsligevægt, hvorfor selv arbejdsgivere uden denne præference vil udvise en diskriminerende adfærd fordi det er det, som er mest profitabelt.

Perspektivering

Artiklen viser at lovgivning, der beskytter medarbejdere mod opsigelse, eksempelvis ligebehandlingsloven, kan fremme arbejdsgivernes diskriminerende adfærd i rekrutteringsfasen. I dette afsnit ønsker vi at sammenholde det med opgavens tidligere fund.

Selvom om artiklen behandler diskriminerede grupper under et, er vi af den overbevisning, at de mekanismer den omtaler, i mindre eller højere grad, kan overføres til de problemstillinger, vi har behandlet i denne opgave.

De i kapitel 4 analyserede domme er både faldet ud til arbejdstagers men også arbejdsgivers fordel. Dommene illustrerer, at en arbejdsgiver skal have klare og saglige kriterier for, hvorfor medarbejderen er blevet opsagt. Kravet til, hvornår medarbejderen har løftet dennes del af den delte bevisbyrde, varierer. I nogle tilfælde er domstolene tilbøjelige til at fortolke denne del af bevisbyrden relativt lempeligt og således udstrække anvendelsesområdet. I andre tilfælde skal der påvises faktiske omstændigheder af en vis tyngde, før der er formodning for, at der er handlet i strid med lovens bestemmelser. Dette er eksempelvis illustreret ved Højesterets dom af 9. maj 2012, som omhandlede LBL § 2.³¹⁸ Når bevisbyrden påhviler arbejdsgiveren, skal denne kunne godtgøre, at opsigelsen ikke skyldes eksempelvis medarbejderens graviditet. Denne bevisbyrde kan være svær at løfte og, i et enkelt tilfælde så vi, hvordan Højesteret udstrakte beskyttelsen således, at der påhvilede arbejdsgiveren et objektivt ansvar.³¹⁹ Det kan således være svært at vurdere kravet til bevisernes tyngde, da

317 Holden og Rosén, 2012, s. 29.

318 UfR2012.2602H.

319 UfR2012.1782H – Højesterets dom af 20. februar 2012.

de i visse tilfælde udstrækker sig og er særdeles omfattende.³²⁰

Endvidere formoder vi, at det typisk er de sager, hvor arbejdstageren får medhold, som nyder opmærksomhed i det offentlige rum. Derfor kan der være en opfattelse af, at især kvinder ikke er til at komme af med igen. Vi argumenterer således for, at nogle arbejdsgivere afholder sig fra at ansætte disse fordi, man er bange for at løbe den risiko, der er, såfremt man senere hen er nødt til at opsige vedkommende. Den generelle opfattelse i samfundet kan i sidste ende have betydning for reglernes sigte, forstået på den måde at beskyttelsen opfattes så vidtgående, at det har den modsatrettede effekt, nemlig diskrimination i rekrutteringsfasen. Derudover er afgørelser som eksempelvis Højesterets dom af 20. februar 2012, hvor arbejdsgiveren blev pålagt et objektivt ansvar, ligeledes med til at påvirke arbejdsgiverne i deres opfattelse af kvinder som arbejdskraft. Der kan, jf. afsnittet om retspluralisme i kapitel 1, være forskellige måder, hvorpå retskilderne fortolkes og dermed også forskellige opfattelser af, hvor vidtrækkende beskyttelsen er. Man kan eksempelvis forestille sig, at en arbejdsgiver i en tidligere tvist med en gravid medarbejder har indgået forlig og betalt en godtgørelse på 12 måneders løn. Dette resultat er ikke nødvendigvis lig det resultat, de civile domstole ville være kommet frem til i samme sag.

Et af Holden og Roséns argumenter er, at diskriminerede grupper er længere tid om at finde et nyt arbejde og, spørgsmålet er, om dette også kan være tilfældet for danske kvinder. Vi bemærker i denne sammenhæng, at danske kvinder er langsommere end mænd til at komme i arbejde efter en påbegyndt ledighedsperiode. Mere end hver tredje af de ledige mænd er i beskæftigelse igen indenfor 3 måneder, mens det samme kun gælder for hver fjerde kvinde.³²¹ Dette er ikke tilstrækkelig støtte for forfatterens argumentation, med det kan, alt andet lige, være en af forklaringerne på, hvorfor kvinderne er længere tid om at finde et nyt job.

Det kan også formodes at mange gravide kvinder, såvel som kvinder, der forsøger at blive det, sandsynligvis ikke udviser samme mobilitet som kvinder, der ikke er i denne situation. Det kan antages, at de hellere vil blive i deres nuværende stilling og vente med at finde et nyt job til senere. Her kan man således forestille sig, at jobsikkerhed

320 Marstal, 2011, s. 23.

321 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 26.

vægter højere end et job i en virksomhed med et bedre match. Man kan derfor formode, at det ikke kun er de manglende jobmuligheder, der afholder kvinderne fra at finde nyt arbejde men derimod i højere grad kvinderne selv, der forlænger den periode, de er i virksomheden. Uanset, hvilken årsag, der ligger til grund, betyder et dårligt match, ifølge Holden og Rosén, at virksomheden taber profit.

Vi har tidligere i opgaven været inde på, at kvinder møder et såkaldt glasloft, der gør, at kvinder ikke i samme grad, som sine mandlige kollegaer, opnår de ledende stillinger. Tidligere kunne der argumenteres for, at kvinder ikke havde den fornødne uddannelsesmæssige baggrund. Kvinder er i dag velrepræsenteret i uddannelsessystemet, hvorfor der kan argumenteres for, at det ikke er uddannelse alene, der er afgørende for, om man får tilbudt f.eks. en lederstilling. Ting såsom synlighed på arbejdspladsen, bonding med ledelsen, og et stort netværk kan tænkes at have en betydning. Når ovenstående betragtninger sammenholdes med, at det primært er kvinder, der benytter sig af de familievenlige ordninger, kan en afledt effekt heraf være, at kvinderne bliver overset i forhold til forfremmelse. Det er således ikke pga. af kvaliteten af deres arbejde men nærmere fordi, de ikke er synlige i ligeså høj grad som deres mandlige kollegaer. Kvinden er måske på vej på orlov, arbejder deltid eller går i højere grad tidligere hjem fordi, det også er hende, der står for størstedelen af det huslige arbejde jf. kapitel 6 og SFI's tidsstudie herom. Alt dette kan betyde, at hun ikke anses som den rette kandidat til en mere krævende lederstilling. Endvidere er det et faktum, at det er kvinderne, der tager størstedelen af barselsorloven, hvorfor det må antages, at det er noget som arbejdsgiverne bevidst eller ubevidst ligger til grund i deres gennemsnitsbetragtning af kvinder.³²²

LBL § 8a, stk. 2 er endnu et eksempel på en familievenlig ordning, som formentlig også primært vil blive benyttet af kvinder. Afhængig af, hvordan bestemmelsen fortolkes i praksis, kan den medføre ekstra omkostninger for arbejdsgiveren og således få betydning for dennes adfærd ved ansættelsen. Hvis man står med valget mellem en kvindelig og en mandlig medarbejder, der er lige kvalificerede, kan det derfor betyde, at valget falder på manden. Dette skal også ses i forhold til den risiko, der kan være i forbindelse med opsigelse af en medarbejder på barselsorlov jf. ligebehandlingsloven.

322 Nyt fra Danmarks Statistik. Nr. 124, 12. marts 2013, s. 1. Læst d. 13. august 2013, kan findes på flg. link; <http://www.dst.dk/pukora/epub/Nyt/2013/NR124.pdf>

Som nævnt ovenfor gælder denne beskyttelse for begge køn, men i praksis bliver den i højere grad forbundet med kvinder. De foregående betragtninger kan medføre negative effekter på i hvert fald 3 punkter.

For det første kan kvinder, der skiller sig ud fra ovenstående gennemsnitlige betragtninger, blive udsat for statistisk diskrimination og derved have sværere ved eksempelvis at forhandle sig frem til samme løn som deres sammenlignelige mandlige kollegaer. Ligeledes kan de blive mødt af glasloftet, hvilket kan have betydning for deres incitament til at investere i human kapital. Det kan således blive en selvopfyldende profeti, hvis kvinderne ved, at de alligevel, rent statistisk, er underrepræsenteret i topledelse, hvorfor de undlader at foretage de nødvendige investeringer i deres human kapital. De flytter derfor deres ressourcer andet steds hen.

For det andet kan det have store økonomiske konsekvenser for de familier, der ikke nødvendigvis følger den gængse kønsrolle fordeling. Dette skyldes for det første, at kvinder gennemsnitligt set tjener mindre end mænd. Som det fremgår af kapitel 6, tjente kvinder i 2011, i gennemsnit 34.110 kr. pr. måned, mens mænd i gennemsnit tjente 40.285 kr. pr. måned.³²³ Dernæst er halvdelen af de kvindelige lønmodtagere ansat i den offentlige sektor, hvor de familievenlige ordninger, i overvejende grad, er gunstigere end på det private arbejdsmarked, hvor mændene i højere grad er ansat. Det er knap hver fjerde mand, der er ansat i den offentlige sektor.³²⁴ Hvis en familie vælger at det er manden, der skal tage størstedelen af barselsorloven og, han samtidig er ansat i en privat virksomhed, hvor der alene er ret til barselsdagpenge, vil familien således få en økonomisk straf i forhold til, hvis kvinden benytter hendes ret til løn under barsel såfremt hun er ansat i den offentlige sektor. Således mister familien relativt set en større del af deres indkomst, da mænd i gennemsnit tjener mere end kvinder.

Derudover tyder forskning på, at når manden vender tilbage fra barsel, risikerer han at blive mødt med en karrierestraf fordi, han handler på en måde, der ikke stemmer overens med arbejdsgiverens forventninger.

323 Danmark i tal 2013, Danmarks Statistik, s. 18.

324 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, s. 16.

For det tredje kan man ud fra et samfundsmæssigt synspunkt argumentere for, at kvinders sekundære rolle på arbejdsmarkedet har en negativ økonomisk konsekvens, fordi samfundet investerer store summer i kvinders uddannelse. Der sker således ikke en fuld udnyttelse af denne investering. Endvidere viser Nina Smith, at en fiktiv pige født i 2011 vil bidrage negativt til velfærdsstaten med 1,6 mio. kr. mod en fiktiv dreng født i 2011, der vil bidrage positivt med 0,6 mio. kr. Udregningen er foretaget ud fra de nuværende velfærdordninger, hvor kvinder modtager flere offentlige ydelser, end hun bidrager med via skatter og afgifter.³²⁵ Til trods for tallenes usikkerhed vidner beregningerne om en skæv fordeling af velfærdsydelser kvinder og mænd imellem. Nina Smith argumenterer således for, at der er en økonomisk fordel for samfundet, såfremt fordelingen bliver mere ligelige, kønnene imellem, så begge køn bruger deres uddannelsesmæssige investeringer mere effektivt. Dette forudsætter, at kvinder og mænds fordeling af human kapital og produktivitet, alt andet lige, er ens.

Holden og Rosén ser i deres artikel på, hvordan ansættelseskvoter kan være med til at hindre diskrimination i rekrutteringsfasen. En af ulemperne ved disse kvoter er, at arbejdstagerne mister incitament til at investere i deres humane kapital, fordi de via kvoterne har større sandsynlighed for at blive tilbudt et job. I kapitel 2 ser vi på, hvorvidt anonyme jobansøgninger kan modvirke diskrimination. Hvis vi sammenholder dette med kvoterne, er fordelene ved anonyme jobansøgninger, at der ikke er risiko for tab af human kapital. Ansættelseskvoterne sikrer et job, hvor de anonyme jobansøgninger i første omgang alene har betydning i forhold til at blive kaldt til jobsamtale. Undersøgelsen vedr. anonyme jobansøgninger viste dog at for kvinder gjaldt der, at de i højere grad også fik tilbudt et job i sidste ende.³²⁶ Man kan således forestille sig, at hvis man ved, at der ved anonyme jobansøgninger er større sandsynlighed for at blive kaldt ind til en jobsamtale og blive tilbudt et job, da vil dette for nogle arbejdstagere øge deres incitament til at investere i deres humane kapital.

I kapitel 2 sonderer vi mellem præferencebaseret og statistisk diskrimination. Vi kan ikke på baggrund af vores foregående gennemgang og analyse af teorierne udelukke den ene af de to diskriminationsformer. Der er således elementer fra begge teorier, der kan formodes at påvirke arbejdsgiveres adfærd overfor kvinder på arbejdsmarke-

325 Smith, 2012, s. 156.

326 Åslund og Skans, 2012.

det. Der vil med stor sandsynlighed være arbejdsgivere såvel som ledere og mellemledere, der har en præference for mænd, og derfor alene af den grund, fravælger en kvindelig medarbejder. Méon og Szafarz argumenterer for, at det er kollegaen/lederen, der diskriminerer. Det faktum, at det ikke er aktionærerne, der ansætter medarbejderne, er et eksempel på at den, der ansætter nye medarbejdere, frit kan vælge ud fra egne præferencer uden, det har de store konsekvenser for virksomhedens profit, da der opstår en klassisk principal/agent problemstilling. Det forudsættes her af Méon og Szafarz, at de ansøgere man kan vælge imellem, f.eks. en mand og en kvinde, har ens karakteristika, hvorfor det ikke har betydning for virksomhedens profit, at principalen ansætter efter dennes præferencer. Præferencebaseret diskrimination kan derfor sagtens forefindes i mange virksomheder uden, at det er åbenlyst, da man ikke kan iagttage kvalifikationer hos dem, som ikke bliver ansat og om disse er bedre end hos dem, der er blevet ansat. Den manglende gennemsigtighed spiller således en rolle i denne forbindelse. Ligeledes kan det formodes, at det er præferencen hos den, der forfremmer internt i virksomheden og således spiller ind, når der skal rekrutteres ny arbejdskraft.

Ud fra vores analyse er der meget, som indikerer, at kvinder kan formodes at blive udsat for statistisk diskrimination fra arbejdsgivers side af. Især kvinders brug af familievenlige ordninger, herunder barsel bliver flere gange nævnt som en væsentlig faktor for kvinders placering på arbejdsmarkedet. Det, at kvinder i gennemsnit kan antages at være væk fra virksomheden 1 år pr. barn pga. barsel samtidig med, at de står for størstedelen af det huslige arbejde kan betyde, at mange arbejdsgivere bevidst eller ubevidst tager dette med i sine overvejelser, når der skal rekrutteres ny arbejdskraft. Det, at arbejdsgiveren ikke kan vide, hvilke kvinder, der kan forventes at benytte ordningerne gør at kvinder, som gruppe sættes under ét på baggrund af de statistikker, der følger kvinder.

En mulig løsning på denne problemstilling kan være, at der fastsættes regler i barselloven, der øremærker en del af barslen til mænd. En mulig effekt heraf kan være, at fordelingen af mænd og kvinders orlov bliver mere ligeligt fordelt. Vi har i kapitel 6 vist, hvilke positive effekter, der har været forbundet med en mere ligelig fordeling af orloven i Island. Hvorvidt, der vil være samme positive effekter i Danmark, er uvist på nuværende tidspunkt. Et af de punkter, der har været omdiskuteret i den danske debat, er, at en øremærkning forringer de enkelte familiers mulighed for selv at

planlægge orloven på en fleksibel måde. Samtidig hermed gælder der, som tidligere nævnt, at mænd primært er beskæftiget i den private sektor, hvor der i mindre grad er ordninger, der sikrer disse ret til fuld løn under barsel. En af de ting man derfor skal have med i overvejelserne omkring en øremærkning, er de økonomiske incitamenter. Hvis faren alene har ret til dagpenge i den øremærkede del af barslen, er der formentlig ikke samme incitament til, at han tager den, hvorfor familien i stedet vælger ikke at benytte den del af orloven. Dette er nogle af de overvejelser, man skal have med i beslutningen om, hvorvidt en større del af orloven skal øremærkes til mænd.

Delkonklusion

Vi kan i dette kapitel konkludere, at der er flere underliggende mekanismer, der er medvirkende til, at kvinder indtager en sekundær rolle på arbejdsmarkedet. Dels kan der nævnes diskrimination i rekrutteringsfasen. På grund af den (opfattede) vidtgående beskyttelse mod opsigelse pga. af ligebehandlingsloven og ligelønsloven vil arbejdsgivere, også de ikke-diskriminerende, finde det mest profitabelt at diskriminere i rekrutteringsfasen og fravælge den kvindelige arbejdstager. Når kvinderne får tilbudt job, er der en sandsynlighed for, at arbejdsgiveren vurderer disse ud fra en gennemsnitsbetragtning og derfor altid medregner deres generelle tendens til at benytte sig af de familievenlige ordninger og især fravær i forbindelse med orlov. Denne gennemsnitsbetragtning ligges til grund ved lønfastsættelsen, hvilket kan antages at være en medvirkende faktor til det eksisterende løngab mellem kvinder og mænd. På arbejdsmarkedet møder kvinderne et glasloft, der bevirker, at de i mindre grad er repræsenteret i virksomhedernes topledelse. Det er nærliggende at antage, at det skyldes at dette kræver andre egenskaber end uddannelse alene. Dette kan f.eks. være synlighed på arbejdspladsen, hvorfor kvinder, der er fraværende på grund af familieforpligtelser, overses eller fravælges.

Kvinder, der ikke følger gruppens karakteristika, udsættes generelt for statistisk diskrimination. Vi argumenterer endvidere for, at der internt i familierne ikke er økonomiske incitamenter til at fravige den traditionelle kønsrollefordeling mellem arbejde og privatliv. Sidst men ikke mindst kan denne fordeling føre til et økonomisk tab for samfundet forstået på den måde, at samfundet ikke får fuldt udbytte af de penge, der eksempelvis investeres i kvinders uddannelse.

Kapitel 8 – Konklusionen

Vi har i denne opgave undersøgt, hvorvidt ligeløns- og ligebehandlingsloven, samt familievenlige ordninger leder til en diskriminerende adfærd overfor kvinder på det danske arbejdsmarked.

Lovgiver har valgt at gennemføre ligeløns- og ligebehandlingslovens principper ved bl.a. at overimplementere det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv og dets bestemmelser om bevisbyrde i LLL § 3, stk. 2 og LBL § 16, stk. 4. Domsanalysen i kapitel 5 viser bl.a., at domstolene i visse sager syntes at have en stor velvilje til at udstrække lovens beskyttelse i videst mulig omfang. Dette bevirker, at en medarbejder, der falder ind under lovens bestemmelser, nyder stærk individuel beskyttelse, men modsat kan arbejdsgivere have svært ved at føre det fornødne bevis i disse sager. Dette kan betyde, at en arbejdsgiver kan få en fornemmelse af, at kvinder, der falder under lovens anvendelsesområde ikke kan opsiges, uanset om der er en saglig grund hertil.

Lov nr. 217 af 5.3.2013 giver medarbejderne mulighed for at anmode om ændrede arbejdstider og -mønstre i en nærmere angivet periode. Ændringen er endvidere en præcisering af retstilstanden i LBL § 9 og § 16. Den giver anledning til fortolkningstvivl, da det bl.a. er uklart, hvordan ændrede arbejdstider og -mønstre skal fortolkes. Ydermere er den et eksempel på en familievenlig ordning, der skal forene arbejds- og familieliv samt forbedre ligestillingen mellem kvinder og mænd.

Vi viser, at de familievenlige ordninger kan være forbundet med afledte effekter, der påvirker kvinders placering på arbejdsmarkedet. Da det primært er kvinder, der benytter disse ordninger, argumenterer vi for, at nogle arbejdsgivere lægger en gennemsnitsbetragtning til grund, hvilket kan føre til, at kvinder udsættes for statistisk diskrimination.

Vi argumenterer ligeledes for, at tilstedeværelsen af ligeløns- og ligebehandlingsloven og disses bestemmelser om bevisbyrde og godtgørelse kan skabe økonomiske incitament hos nogle arbejdsgivere, der kan fremme deres diskriminerende adfærd overfor kvinder. Endvidere fremgår det af analysen, at de statistikker, der følger kvinder i forbindelse med disses brug af familievenlige ordninger kan formodes at influere på arbejdsgiveres økonomiske incitament til at diskriminere overfor kvinder ved rekruttering og forfremmelser. En mulig løsning på problemstillingen kan være at udligne kvinder og mænds andel af forældreorloven ved at øremærke en større del af denne til mænd. Dette kan medføre en mere ligelig fordeling af kvinder og mænds fravær fra arbejdet.

Forkortelser

AC	Akademikernes Centralorganisation
DA	Dansk Arbejdsgiverforening
FA	Finanssektorens Arbejdsgiverforening
FTF	Funktionærernes og Tjenestemændenes Fællesråd
KL	Kommunernes Landsforening
KTO	Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte
LBL	Ligebehandlingsloven
LLL	Ligelønsloven
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

Litteraturliste

Bøger

- Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht. 2008. *Ligestillingslovene med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag. 6. udgave.
- Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht. 2010. *Ligestillingslovene med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag. 6. udgave.
- Andersen, Lars Svenning. 2011. *Funktionærret*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag. 4. udgave.
- Bardenfleth, Lise E. 2012. *Ligestillingslovene*. København: DA Forlag. 5. udgave.
- Becker, Gary S. 1971. *The Economics of Discrimination*. Chicago: University of Chicago Press. 2. udgave.
- Blume, Peter. 2009. *Juridisk metodelære*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag. 5. udgave.
- Ehrenberg, Ronald G. og Robert S. Smith. 2006. *Modern Labor Economics: Theory and public policy*. USA: Pearson Education Inc.
- Gibbs, Michael og Edward P. Lazear. 2009. *Personnel Economics in Practice*. USA: John Wiley & Sons Inc. 2. udgave.
- Marstal, Mikael. 2011. *lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption*. København: Thomson Reuters. 1. udgave.
- Nielsen, Ruth. 2006. *EU arbejdsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag. 4. udgave.
- Nielsen, Ruth. 2012. *Dansk arbejdsret*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag. 2. udgave.
- Nielsen, Ruth. 2013. *Lige adgang - En juridisk analyse af kvinders og mænds adgang til varer og tjenesteydelser*. København: Institut for menneskerettigheder.
- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø. 2011. *Retskilder og retsteorier*. København: Jurist og Økonomforbundets forlag. 3. rev. udgave.
- Olesen, Karsten Naundrup & Troels Michael Lilja. 2012. *Domsanalyse*. Frederiksberg C: Samfundslitteratur. 1. udgave

Videnskabelige artikler

- Arrow, Kenneth. 1971. The Theory of Discrimination. *Princeton University, working*

paper no. 30A.

Becker, Gary S. 1962. Investment in Human Beings. *The Journal of Political Economy* 70 (5 - part 2): 9-49.

Blau, Francine D. og Lawrence M. Kahn. 2013. Female labor supply: Why is the US falling behind? *American Economic Review* 103 (3): 251-256.

Booth, Alison L., Marco Francesconi og Jeff Frank. 2003. A sticky floors model of promotion, pay and gender. *European Economic Review* 47: 295-322.

Gupta, Nabanita Datta, Nina Smith og Mette Verner. 2008. Child Care and Parental Leave in the Nordic Countries: A Model to Aspire to? *Review of Economics of the Household* 6 (1):65-89.

Halaburda, Hanna, Naomi Kodama og Jordan Siegel. 2013. The Unfairness Trap: A Key Missing Factor in the Economic Theory of Discrimination. *Harvard Business School working paper* 26.3.2013.

Holden, Steinar og Åsa Rosén. 2012. Discrimination and Employment Protection. *University of Oslo, working paper* 18. april 2012.

Méon, Pierre-Guillaume og Ariane Szafarz. 2011. The Modern Corporation as a Safe Haven for taste-based Discrimination: An Agency model of Hiring Decisions. *Labour Economics* 18: 487-497.

Nielsen, Helena Skyt. 2009. Causes and consequences of a father's child leave: evidence from a reform of leave schemes. *University of Aarhus Economics Working Paper Series* 2009-8.

Norbomm, Mariann. 2003. Den danske model - et retssikkerhedsmæssigt problem i et integreret Europa? *Den danske model i et integreret Europa*: 3-13.

Phelbs, Edmund S. 1971. The Statistical Theory of Racism and Sexism. *The American Economic Review* 62(4): 459-461.

Puhani, Patrick A. og Katja Sonderhof. 2011. The effects of parental leave extension on training for young women. *Journal of Population Economics* 24 (2):731-760.

Ravnskilde, Jens. 2003. Hvad er levende og hvad er dødt i Alf Ross' prognoseteori? Status ved 50-året for om ret og retfærdighed. *Juristen* nr. 10:365-386.

Skans, Oskar og Olof Åslund. 2012. Do anonymous job application procedures level the playing field? *Industrial & Labor Relations Review* 65(1): 82-107.

Smith, Nina. 1989. Kan økonomiske teorier forklare kvinders placering på arbejdsmarkedet? *Nationaløkonomisk Tidsskrift, Bind 127:322-336.*

Smith, Nina, Valdemar Smith og Mette Verner. 2010. The Gender Pay Gap in Top Corporate Jobs in Denmark: Glass Ceilings, Sticky Floors or Both? *Aarhus University, IZA discussion paper no. 4848.*

Smith, Nina. 2012. Kvinders økonomiske bidrag til velfærdsstaten. *Jubilæumsskrift fra Det Økonomiske Råd 1962-2012: 145-157.*

Artikler mv.

Beskæftigelsesministeriet: *Langt flere kvinder end mænd på deltid.* Konjunktur og arbejdsmarked uge 5, 2013.

Cepos: *Ligebehandlingsnævnets omfattende praksis forringer retssikkerheden.* 9.7.2013.

Danmarks Statistik: *Mænd tager færre dage på barsel.* Nyt fra Danmarks Statistik, nr. 124, 12. marts 2013.

Eurostat: *Wages and labour costs.*

Eurostat: *Gender pay gap in unadjusted form.*

Eydal, Guðny Björk og Ingólfur V. Gislason: *Iceland 2012 - Revised law on paid parental leave.*

Kvinfo's webmagasin: *Islands barselsrevolution* af Birthe Pedersen. 28.06.2013.

LO: *Luk lige løngabet - når køn forhandler løn.*

The Economist: *The glass ceiling.* 5.5.2009.

Socialforskningsinstituttet: *Ligestilling mellem kønnene? - Ikke i Danmark!* af Helle Holt. Udgivet i forbindelse med SFI's 50 års jubilæum i 2008 i årbogen "Danmarksbilleder - SFI's forskning gennem 50 år", side 80.

Publikationer

Beskæftigelsesministeriet. *Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012.* Udgivet d. 14. januar 2013.

Center for Equality Advancement. *Fathers on Parental Leave.* Udgivet i 2005.

Cepos. *Tid til revision af Ligebehandlingsnævnet*. Udgivet d. 9. juli 2013.

Danmarks Statistik. *Kvinder og mænd 2011*. Udgivet d. 19. december 2011.

Danmarks Statistik. *Danmark i tal 2013*. Udgivet februar 2013.

Lederne. *Balance mellem arbejdsliv og privatliv*. Udgivet d. 26. oktober 2012.

National Institute for Health and Welfare. *Parental Leave Policies and the Economic Crisis in the Nordic Countries*. Udgivet i 2012.

Socialforskningsinstituttet. *Erfaringer fra et udviklingsprojekt om familievenlige arbejdspladser*. Udgivet d. 17. september 1996.

Socialforskningsinstituttet. *Hvad kvinder og mænd bruger tiden til - om tidsmæssig ligestilling i danske familier*. Udgivet d. 14. august 2003.

Love og andre retsforskrifter

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 (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning).

Rådets direktiv 2010/18/EU af 8. marts 2010 om iværksættelse af den reviderede rammeaftale vedrørende forældreorlov, der er indgået af BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFS, og om ophævelse af direktiv 96/34/EF.

Lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel (*barselloven*) ved lovbekendtgørelse nr. 872 af 28/06/2013.

Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (*funktionærloven*) ved lovbekendtgørelse nr. 81 af 03/02/2009 med senere ændringer ved lov nr. 647 af 12/06/2013.

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. (*ligebehandlingsloven*) ved lovbekendtgørelse nr. 645 af 08/06/2011 med senere ændringer ved lov nr. 553 af 18/06/2012 og lov nr. 217 af 05/03/2013.

Lov om lige løn til mænd og kvinder (*ligelønsloven*) ved lovbekendtgørelse nr. 899 af 05/09/2008.

Lov om ligestilling af kvinder og mænd (*ligestillingsloven*) ved lovbekendtgørelse nr.

1095 af 19/09/2007 med senere ændringer ved lov nr. 382 af 27.5.2008, lov nr. 484 af 12.6.2009, lov nr. 182 af 8.3.2011 § 3, lov nr. 553 af 18.6.2012 og lov nr. 1288 af 19.12.2012.

Lovforslag mv.

Lovforslag nr. LSF 64. Forslag til lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov mv. Fremsat d. 26. oktober 1988. Vedtaget ved lov nr. 244 af 19/04/1989.

Lovforslag nr. LSF 236. Forslag til lov om ændring af lov om ligestilling mellem mænd og kvinder og lov om lige løn til mænd og kvinder. Fremsat d. 21. februar 1992. Vedtaget ved lov nr. 374 af 20/05/1992.

Lovforslag nr. L 17. forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov mv. (definitioner af forskelsbehandling, chikane og seksuel chikane, ophævelse af lofter for godtgørelse mv.). Fremsat d. 5. oktober 2005. Vedtaget ved lov nr. 1385 af 21/12/2005.

Lovforslag nr. L 105. Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. (Ret til at anmode om fleksible arbejdsordninger efter forældreorlov og præcisering af beskyttelsen ved mindre gunstig behandling). Fremsat d. 12. december 2012. Vedtaget ved lov nr. 217 af 05/03/2013.

Høringsnotat til lovforslag om ændring af ligebehandlingsloven (implementering af det opdaterede forældreorlovsdirektiv 2010/18/EF). November 2012. Ligestillingsudvalget 2012-13. L 105 Bilag 1.

Høringssvar til lovforslag om ændring af ligebehandlingsloven (implementering af det opdaterede forældreorlovsdirektiv 2010/18/EF). November 2012. Ligestillingsudvalget 2012-13. L 105 Bilag 1.

L 105 endeligt svar på spørgsmål 1 - redegørelse for definitionen af "en anden mindre gunstig behandling". Ligestillingsudvalget 2012-13. 30. januar 2013.

Doms- og afgørelsesregister

UfR1994.212Ø, S mod HK Hillerød afdeling som mandatar for Ø, Østre Landsrets dom af 2. december 1993.

UfR2002.2435/3H, Tele Danmark A/S mod Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark som mandatar for Marianne Brandt-Nielsen, Højesterets dom af 13. august 2002.

UfR2003.603H, Finansforbundet som mandatar for F mod Thorkild Wilhelm, Højesterets dom af 12. december 2002.

UfR2012.511H, Shape Intercoiffure v/frisørmester B mod Dansk Frisør & Kosmetiker Forbund som mandatar for A, Højesterets dom af 11. november 2011.

UfR2012.1782H, Plejeringen v/ Torben Pasgaard mod A, Højesterets dom af 20. februar 2012.

UfR2012.2133H, Fagforeningen Danmark som mandatar for A mod DI som mandatar for DAT-Schaub A.M.B.A, Højesterets dom af 29. marts 2012.

UfR2012.2602H, HK Danmark som mandatar for A mod Dansk Erhverv som mandatar for Dansk Supermarked A/S, Højesterets dom af 9. maj 2012.

UfR2012.2627H, HK Danmark som mandatar for A mod Dansk Erhverv som mandatar for A/S Th. Wessel & Vett, Højesterets dom af 14. maj 2012.

Ligebehandlingsnævnets afgørelser

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 35/2013, truffet d. 20. februar 2013

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 83/2013, truffet d. 17. april 2013

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 102/2013, truffet d. 3. maj 2013

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 159/2013, truffet d. 19. juni 2013

EU-Domstolens afgørelser

Kommissionen mod Danmark, sag C-143/83, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, Domstolens dom af 30. januar 1985, Saml. 1985,

s. 00427.

Bilka mod Weber von Hartz, sag C-170/84, Bilka - Kaufhaus GmbH mod Karin Weber von Hartz, Domstolens dom af 30.5.1986, Saml. 1986, s. 01607.

Danfoss, sag C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss), Domstolens dom af 17. oktober 1989, Saml. 1989, s. 03199.

Draehmpaehl, sag C-180/95, Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG, Domstolens dom af 22. april 1997, Saml. 1997, s. I-02195.

Tele Danmark, sag C-109/00, Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), Domstolens dom af 4. oktober 2001, Saml. 2001, s. I-06993.

Mayr, sag C-506/06, Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, Domstolens dom af 26. februar 2008, Saml. 2008, s. I-01017.

Kenny m.fl., sag C-427/11, Margaret Kenny m.fl. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance og Commissioner of An Garda Síochána, Domstolens dom af 28. februar 2013, Saml. endnu ikke offentliggjort.

Bilagsgliste

- Bilag 1** Lønkommissionen: *Lønkommissionens lønbegreber - faktaark*. Udgivet d. 28. maj 2010
- Bilag 2** Danmarks Statistik: *Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012* (uddannelsesniveau for hhv. mænd og kvinder)
- Bilag 3** Lederne: *Balancen mellem arbejdsliv og familieliv* (uddrag)
- Bilag 4** Danmarks Statistik: *Danmark i tal 2013* (udviklingen i erhvervsfrekvens)
- Bilag 5** Eydal, Guðny Björk og Ingólfur V. Gislason: *Iceland 2012 - Revised law on paid parental leave*.



Faktaark

28. maj 2010

Lønkommissionens lønbegreber

For at kunne beregne løn for medarbejdere med forskellige aflønningsformer og arbejdsomfang anvender Lønkommissionen som udgangspunkt timeløn. Timeløn beregnes ved at dividere medarbejderes fortjeneste med de timer, den er optjent i.

Lønkommissionen har valgt at anvende to gennemgående lønbegreber i sine lønanalyser: *Fortjenesten pr. præsteret time* og *den standardberegnete timefortjeneste*. Den standardberegnete timefortjeneste er et nyt lønbegreb baseret på betalte timer, som Danmarks Statistik har udviklet i samarbejde med Lønkommissionen.

De to lønbegreber har forskellige egenskaber, der supplerer hinanden i lønanalyserne, *jf. boks 1*.

Boks 1: Lønbegrebernes egenskaber

Fortjeneste pr. præsteret time:

- Lønbegrebet tager højde for alle underliggende løn- og ansættelsesvilkår, der indberettes til lønstatistikken
- Lønbegrebet viser medarbejderens fortjeneste pr. faktisk arbejdet time og arbejdsgiverens omkostninger ved at få udført en times arbejde ekskl. øvrige arbejdsomkostninger
- Lønbegrebet afspejler forskelle i omfanget og betalingen af overarbejde og fravær – herunder betalt frihed ved bl.a. sygdom og barsel

Standardberegnet timefortjeneste:

- Lønbegrebet er stort set upåvirket af omfanget og betalingen af fravær og overarbejde
- Lønbegrebet udtrykker en "normal" timeløn, der er genkendelig for medarbejderen
- Lønbegrebet kan omregnes til en "normal" måneds- eller årsløn

Kilde: Lønkommissionen, 2010.

Forskellen mellem de to lønbegreber kommer især til udtryk, når timelønnen opgøres for medarbejdere med betalt fravær. Fravær i forbindelse med fx ferie, sygdom, barsel mv. afspejles i fortjenesten pr. præsteret time ved en højere timeløn, mens den standardberegnete timefortjeneste er upåvirket af fraværets omfang og er derfor velegnet til analyser, hvor man ønsker at se bort fra fraværets omfang.

Omvendt tager fortjenesten pr. præsteret time højde for alle underliggende løn- og ansættelsesvilkår, uanset hvordan "lønpakken" for den enkelte medarbejder er sammensat.

Bilag 2

Uddrag fra "Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012"¹ - uddannelsesniveau for hhv. mænd og kvinder.

Tabel 3.1.1. Højeste fuldførte uddannelse pr. 1. januar 2012 for 15-69-årige

	I alt	Mænd	Kvinder
<i>Højeste fuldførte uddannelse</i>	--- personer i 2012 ---		
Grundskole	1.163.387	597.880	565.507
Gymnasiet	340.718	160.870	179.848
Ervhervsuddannelse	1.262.990	695.112	567.878
Kort videregående	171.010	96.131	74.879
Mellemlang videregående	583.254	205.802	377.452
Lang videregående	288.011	155.083	132.928
Erhvervskompetencegivende uddannelse	2.305.265	1.152.128	1.153.137
	--- pct. i 2012 ---		

1 Kvinder og mænd på arbejdsmarkedet 2012, Beskæftigelsesministeriet, side 8.

Bilag 3

Udsnit fra rapporten "Balancen mellem arbejdsliv og familieliv"¹

Tabel 26. Lederens ansvar for medarbejderens balance mellem arbejdsliv og privatliv. I hvilken grad føler du, at det er dit ansvar, at dine medarbejdere har god balance mellem arbejdsliv og familieliv? Procent

	I høj grad	I nogen grad	I ringe grad
Alle	76	21	2

Note: 5-punkts-svarskala: I meget høj grad/I høj grad/I nogen grad/I ringe grad/Slet ikke

Tabel 31. Den familievenlige virksomhed. Vil du karakterisere din virksomhed som familievenlig? Procent

	Ja	Nej
Privat sektor	66	34
Offentlig sektor	80	20
Alle	68	32

Tabel 32. Krisen og den familievenlige virksomhed. Er det dit indtryk, at din virksomhed som følge af den økonomiske krise er blevet mere eller mindre familievenlig? Procent

	Mere familievenlig	Mindre familievenlig	Ingen ændring
Alle	3	28	69

¹ Balance mellem arbejdsliv og privatliv, Lederne, side 27 og 31.

Bilag 4

Uddrag fra "Danmark i tal 2013"¹ - udviklingen i erhvervsfrekvens

BEFOLKNINGENS TILKNYTNING TIL ARBEJDSMARKEDET

	Enhed	1990	1995	2000	2005	2011
Hele befolkningen	tusinde	3 480	3 546	3 594	3 618	3 703
I arbejdsstyrken 16-66 år	-	2 794	2 796	2 786	3 242	2 653
Mænd	-	1 488	1 491	1 478	1 449	1 379
Kvinder	-	1 306	1 305	1 308	1 793	1 275
Beskæftigede 16-66 år	-	2 560	2 517	2 668	2 625	2 565
Mænd	-	1 379	1 357	1 420	1 383	1 326
Kvinder	-	1 181	1 160	1 248	1 242	1 239
Erhvervsfrekvens 16-66 år	pct.	80,3	78,9	77,5	76,3	73,6
Mænd	-	84,5	83,1	81,4	79,4	75,7
Kvinder	-	75,9	74,5	73,6	73,1	71,5

 www.statistikbanken.dk/ras1, ras207, ras1f1 og ras1f

1 Danmark i tal 2013, Danmarks statistik, side 15.

Bilag 5

Guðný Björk Eydal Professor, Faculty of Social Work (ge@hi.is)
Ingólfur V. Gíslason Associate professor, Department of Sociology (ivg@hi.is)
University of Iceland
Reykjavík
Iceland

Iceland 2012 - Revised law on paid parental leave

The Icelandic parliament voted just before Christmas in favour of a bill presented by the government, which begins the restoration of the economic compensation during parental leave and the gradual extension of the leave from 9 to 12 months. The government had suggested a 4-4-4 model but this was changed to 5-2-5, i.e. 5 months for the father and 5 for the mother and then 2 that they can share as they like. The bill was accepted unanimously.

Law from 2000: Entitlements of fathers and mothers to paid parental leave

In the year 2000 a law providing equal entitlements to parental leave to both parents was enacted in Iceland. The stated aim of the 2000 legislation was twofold: to ensure that children receive care from both parents; and to enable both women and men to coordinate family life and work outside the home (Act on Maternity/Paternity and Parental Leave no. 95/2000). The leave was gradually extended from 6 to 9 months, economic compensation tied to salary and the months divided between the parents.

Table 1. Number of months of paid parental leave according to the law from 2000

	Number of months
Mother	3
Father	3
Joint entitlements	3

The payment was originally 80% of previous wages but in 2004 a very high ceiling was implemented, affecting less than 4% of parents. The entitlements could be used until the age of the child was 18 months. The individual leave entitlements of mothers and fathers were non-transferable. All parents are entitled to paid parental leave whether they are custodial parents or are sharing residency with the child. If the parents are not sharing the custody an agreement on access rights has to exist for the non-custodial parent to take parental leave (Eydal and Gíslason, 2008; Gíslason and Eydal, 2011; Eydal and Rostgaard, 2011).

Changes during the aftermath of the 2008 crisis

After the crisis hit Iceland in 2008 the left of centre coalition government was forced to take some austerity measures. The ceiling of payments was reduced three times

from the amount of 480.000 ISK per month to 300.000 ISK and parents with monthly wages of 200.000- 300.000 got 75% instead of earlier 80% of their previous income (Þingskjal 375, 2008-2009; Þingskjal 155, 2009; Þingskjal 496, 2009-2010). This meant that almost half the fathers and around 20% of mothers were affected by the ceiling. The period that parents could use their entitlement was also extended from 18 to 36 months.

2012: Restoration and expansion of the leave period

In autumn 2012 the government proposed in Alþingi (the Icelandic parliament) a bill on revisions of the law from 2000. The bill proposed that parental leave should be gradually extended from 9 to 12 months.

Table 2. Original proposal of the governmental bill: Number of months of paid parental leave

	Number of months
Mother	4
Fathers	4
Joint entitlements	4

(Þingskjal 638, 2012).

The bill also proposed that the ceiling on economic compensation should be lifted to 350.000 ISK and all parents should be paid 80% of their previous income like before the crisis. Furthermore it is stated in the bill that the amount shall be restored the same level as in 2008 within the period of two years. It was also suggested that the period for use should be reduced from 36 to 18 months.

During the parliamentary procedure the bill was changed and the final proposal-enacted into law 22 of December 2012 - suggested the following division of the paid parental leave:

Table 3. Law from 22.12.2012: Number of months of paid parental leave

	Number of months
Mother	5
Fathers	5
Joint entitlements	2

(Þingskjal 877, 2012).

The Alþingi voted in favour of the bill 22 of December 2012. The changes will be enacted gradually as table 4 shows.

Table 4. How the law from 22.12.2012 will be enacted: Number of months of paid parental leave

	2013	2014	2015	2016
Mother	3	3.5	4	5
Fathers	3	3.5	4	5
Joint entitlements	3	3	3	2
Total	9	10	11	12

(Þingskjal 877, 2012).

Alþingi also changed the time limits for use from the suggested 18 months to 24.

The entitlements are the same for all parents, regardless of if they hold custody or live with their children and regardless of sexual orientation. However the revised law enact a new article that allows, lone parents where there is no other parent (e.g. a lone mother that undergoes an artificial insemination or a lone adoptive parent) to take the paid parental leave that would otherwise been given to the second parent. Importantly this only applies if there clearly is only one parent, thus non-custodial parents that do not share residency with their children are entitled to their individual non-transferable entitlements if an agreement on access rights exists between the parents.

References

- Alþingi*. (n.d.) Þingskjöl [Parliamentary documents]. Retrieved from <http://www.althingi.is>.
- Gíslason, I.V. & Eydal, G.B. (Eds.) (2011). *Parental leave, childcare and gender equality in the Nordic countries*. Copenhagen: Nordic Council of Ministers.
- Eydal, G.B. and Gíslason, I.V (Eds.) (2008). *Equal rights to earn and care, the case of Iceland*. Reykjavík: Félagsvísindastofnun.
- Eydal, G.B. and Rostgaard, T. (2011). Gender equality re-visited: Changes in Nordic child-care policies in the 2000s. *Regional issue, Social Policy & Administration*, 45, 2, pp. 161-179. Available at <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9515.2010.00762.x/full>