

KENDELSE

i Afskedigelsesnævnets sag nr.: 20120740.

HK/Privat

før

A
(advokat Martin Juul Christensen)

mod

DI Overenskomst I ved DI

før

Scanpharm A/S

(advokat, chefkonsulent Thomas Nielsen)

Påstande mv. og sagens behandling

Klager har påstået Scanpharm A/S tilpligtet at betale principalt 541.185 kr. med procesrente fra sagens anlæg til **A**, subsidiært et mindre beløb.

Til støtte for den principale påstand har klager navnlig anført, at **A** har et handicap, og at hun derfor havde krav på, at virksomheden traf hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på at sikre hende mulighed for fortsat beskæftigelse i virksomheden. Da virksomheden undlod at træffe sådanne foranstaltninger, tilkommer der hende en godtgørelse. Til støtte for den subsidiære påstand har klager anført, at **A** har krav på en godtgørelse i medfør af § 4, stk. 3, litra e, i Hovedaftalen mellem DA og LO.

Indklagede har principalt påstået sagen afvist fra Afskedigelsesnævnet, subsidiært frifindelse.

Over for indklagedes afvisningspåstand har klager principalt påstået frifindelse, således at sagen fremmes for Afskedigelsesnævnet, subsidiært at sagen henvises til behandling ved faglig voldgift.

Spørgsmålet om afvisning eller henvisning af sagen til behandling ved faglig voldgift er udskilt til særskilt behandling og blev mundtligt forhandlet den 14. november 2012 med højesteretsdommerne Poul Søgaard (nævnensformand), Lene Pagter Kristensen og Thomas Rørdam som opmænd. Der kunne ikke mellem de af organisationerne udpegede medlemmer af Afskedigelsesnævnet opnås flertal for en afgørelse af sagen, og afgørelsen træffes derfor af opmændene.

Sagsfremstilling

Scanpharm A/S er omfattet af Industriens Funktionæroverenskomst.

Dansk Industri og CO-industri har den 2. oktober 2004 indgået aftale med henblik på at implementere bestemmelserne om alder og handicap i direktiv nr. 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Aftalen er medtaget som bilag til Industriens Funktionæroverenskomst og udgør en del af overenskomsten. Aftalen har følgende ordlyd:

”Protokollat om aftaleimplementering af alder og handicapbestemmelserne i Rådets direktiv 2000/EF af 27. november 2000

Dansk Industri og CO-industri har indgået nedenstående aftale med henblik på at implementere bestemmelserne om alder og handicap i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000.

Parterne er enige om følgende:

- at de mellem parterne gældende overenskomster ikke strider mod nævnte direktivs bestemmelser om alder og handicap. I den udstrækning parternes overenskomster indeholder bestemmelser, som differentierer på grundlag af alder og handicap, er der enighed om, at dette er omfattet af nedennævnte hensyn,
- at organisationsaftalen implementerer nævnte direktivs bestemmelser om alder og handicap.

§ 1. Formål

Formålet med denne aftale er at hindre usaglig forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse på grund af alder eller handicap.

§ 2. Anvendelsesområde

Denne aftale finder anvendelse på alle ansatte, som er omfattet af de overenskomster, som er indgået mellem Dansk Industri og CO-industri.

§ 3. Ligebehandling

Parterne er enige om, at der ikke må ske forskelsbehandling af ansatte eller ansøgere på grund af alder eller handicap til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelser, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og ansættelsesvilkår, adgang til erhvervsuddannelse og omskoling, jf. dog §§ 4 og 5.

Stk. 2

Parterne er enige i, at der med forskelsbehandling forstås følgende:

- a. Direkte forskelsbehandling: Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af alder eller handicap behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller vil blive behandlet i en tilsvarende situation.

- b. Indirekte forskelsbehandling: Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, betingelse eller praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer med en bestemt alder eller et bestemt handicap ringere end andre personer. Dette gælder dog ikke, hvis den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige eller er en nødvendig passende foranstaltning i henhold til principperne i aftalens § 6 med henblik på at afhjælpe ufordelagtige virkninger heraf.
- c. Chikane: Chikane skal betragtes som forskelsbehandling, når en uønsket optræden i relation til en persons alder eller handicap finder sted med det formål eller den virkning at krænke en persons værdighed og skabe et truende, fjendtligt, nedværdigende, ydmygende eller ubehageligt klima for den pågældende.
- d. Instruktion om forskelsbehandling: En instruks om at forskelsbehandle en person på grund af alder eller handicap betragtes som forskelsbehandling.

§ 4. Særligt vedrørende handicap

Der er mellem parterne enighed om, at der sker tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes.

Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give handicappede adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Hvis denne byrde i tilstrækkeligt omfang lettes gennem foranstaltninger, der er normale elementer i den danske handicappolitik, anses den ikke for at være uforholdsmæssig stor.

Der kan dog hverken kræves ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet eller disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældendes stilling eller til at følge en given uddannelse.

§ 5. Særligt vedrørende alder

Parterne er enige om, at ulige behandling på grund af alder ikke er ulige behandling efter aftalen, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet bl.a. ud fra beskæftigelsesmæssige, arbejdsmarkeds-mæssige og erhvervs-politiske mål, såfremt midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Der kan blandt andet være tale om følgende former for ulige behandling:

- a. tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser for afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med

forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervmæssige integration eller at beskytte dem,

- b. fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse,
- c. fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.

Forskelsbehandling er legitim, hvor den følger af fastsatte aldersgrænser for at have adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, herunder fastsættelse af forskellige aldersgrænser for ansatte eller grupper eller kategorier af ansatte. Desuden findes anvendelse af alderskriteriet til aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger ikke at udgøre forskelsbehandling på grund af køn, f.eks. arbejdsmarkedspensionsordninger og arbejdsbaserede forsikringer, hvor arbejdsgiveren indbetaler eller foretager hele eller en del af indbetalingerne til ordningen.

§ 6. Bevisbyrde

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

§ 7. Fagretlig behandling

Uoverensstemmelser om ulige behandling som følge af alder og/eller handicap skal behandles efter de sædvanlige fagretlige regler. Det gælder såvel sager anlagt med hjemmel i nærværende aftale som sager med hjemmel i følgeloven jf. nærværende aftales § 8.

§ 8. Ikrafttrædelse

Denne aftale træder i kraft samtidig med ikrafttræden af den følgelov, som forventes vedtaget til implementering af direktivets bestemmelser om alder og handicap. Der kan ikke rejses fagretlige sager om forståelsen af denne aftale tidligere end dette tidspunkt.

Såfremt en kommende implementeringslov afgørende ændrer ved forudsætningerne for eller opstiller krav eller kriterier, der afviger fra tilsvarende bestemmelser i nærværende aftale, drøfter parterne – Dansk Industri og CO-industri – konsekvenserne heraf med henblik på, at det oprindelige aftaleforhold genoprettes i det omfang, det er teknisk og lovmæssigt muligt.

§ 9. Afsluttende bemærkninger

Der er mellem parterne enighed om, at der ikke er konfliktadgang i forbindelse med denne implementeringsaftale.

Denne aftale finder anvendelse med respekt af mere specifikke fællesskabsbestemmelser.

I tilfælde af opsigelse af overenskomsten er parterne forpligtet til at overholde bestemmelserne vedrørende implementering af direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000, indtil anden overenskomst træder i stedet, eller der træder ændringer i direktivet i kraft om alder og handicap.”

Parternes argumentation

Klager har til støtte for, at sagen fremmes for Afskedigelsesnævnet, anført, at nævnet efter Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra f, skal lægge lovgivning, som giver en afskediget en anden retsstilling end efter Hovedaftalen, til grund ved sagens afgørelse, og at udtrykket ”lovgivning” også omfatter EU-direktiver. Aftalen af 2. oktober 2004 implementerer direktiv nr. 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, og aftalens bestemmelser om alder og handicap er enslydende med direktivbestemmelserne. Overenskomstfortolkning forudsætter, at den tekst, der er genstand for fortolkning, er vedtaget af overenskomtparterne efter forudgående forhandling. Lovgivning – herunder EU-direktiver – bliver ikke til overenskomststof ved at blive integreret i en overenskomst, jf. herved faglig voldgiftskendelse af 16. april 2000, omtalt af Jens Kristiansen i Den Kollektive Arbejdsret, 2. udg., s. 289. De fortolkningsspørgsmål, den foreliggende sag måtte rejse, angår forståelsen af direktivet, herunder navnlig handicapbegrebet. Der bliver ikke spørgsmål om selvstændigt at fortolke aftalen af 2. oktober 2004.

Efter § 7 i aftalen af 2. oktober 2004 skal uoverensstemmelser om ulige behandling som følge af alder og/eller handicap behandles efter de sædvanlige fagretlige regler. Indklagede har i den foreliggende sag deltaget i mæglingsmøder mv. og har først i svarskriftet for Afskedigelsesnævnet anført, at sagen ikke henhører under nævnet. Indklagede er ikke berettiget til på dette sene tidspunkt at anfægte nævnets kompetence til at behandle sagen.

Afskedigelsesnævnet er under alle omstændigheder kompetent til at behandle klagers subsidiære påstand om, at **A** tilkendes en godtgørelse i medfør af Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra e. Der er ikke grundlag for at fastslå, at klager har undladt af følge fremgangsmåden i Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra b.

Dersom nævnet måtte finde, at sagen rejser spørgsmål om overenskomstfortolkning og derfor helt eller delvis henhører under faglig voldgift, bør nævnet ikke afvise sagen, men henvise den til afgørelse ved faglig voldgift, således at klager ikke risikerer, at sagen afvises fra behandling ved faglig voldgift på grund af overskridelse af fristen for sagsanlæg. Under hensyn til sagens forløb må det dog under alle omstændigheder antages, at klager ikke er afskåret fra at få sagen prøvet ved faglig voldgift.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden navnlig anført, at aftalen af 2. oktober 2004 i forhold til direktivteksten har et selvstændigt indhold, som er blevet til efter forhandling mellem overenskomtparterne. Aftalen er således ikke blot en afskrift af direktivteksten. Sagen rejser spørgsmål om fortolkning af aftalen i relation til forståelsen af handicapbegrebet, virksomhedens pligt til at træffe foranstaltninger med henblik på at sikre **A** ...

mulighed for fortsat beskæftigelse i virksomheden og sanktionsspørgsmålet. Selv om Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra f, måtte forstås således, at EU-direktiver omfattes af udtrykket "lovgivning", kan det i den foreliggende sag ikke føre til, at Afskedigelsesnævnet kan behandle sagen, da det som anført ikke er EU-direktivet, men aftalen, der skal fortolkes.

Indklagede har allerede i mailkorrespondance med klager før dennes indgivelse af klageskiftet til Afskedigelsesnævnet anfægtet nævnets kompetence.

Der skal ske afvisning af sagen i sin helhed, også selv om klager subsidiært har påstået, at **A** tilkendt en godtgørelse i medfør af Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra e, da klager i relation til den subsidiære påstand har undladt at følge fremgangsmåden i Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra b.

Hvis Afskedigelsesnævnet er enig med indklagede i, at sagen henhører under faglig voldgift, må nævnet afvise sagen. Nævnet har ikke kompetence til at henvise sagen til faglig voldgift.

Opmændenes begrundelse og resultat

Efter § 1, stk. 7, i lov om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. finder loven ikke anvendelse, hvis et forbud mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap følger af kollektiv overenskomst eller aftale, der som minimum svarer til bestemmelserne i direktiv nr. 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Dansk Industri og CO-industri har den 2. oktober 2004 indgået aftale med henblik på at implementere bestemmelserne om alder og handicap i det nævnte direktiv. Aftalen er medtaget som bilag til Industriens Funktionæroverenskomst og udgør en del af overenskomsten. Det fremgår af aftalen, at den ikke blot er en afskrift af direktivteksten, men at den indeholder selvstændige bestemmelser, som er blevet til efter forhandling mellem overenskomstparterne.

I den foreliggende sag har klager principalt nedlagt påstand om betaling af 541.185 kr. med renter og har subsidiært påstået betaling af et mindre beløb. Til støtte for den principale påstand har klager navnlig anført, at **A** har et handicap i direktivets forstand. Som følge heraf havde hun krav på, at virksomheden traf hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på at sikre hende mulighed for fortsat beskæftigelse i virksomheden, jf. § 4 i aftalen af 2. oktober 2004. Virksomheden undlod imidlertid at træffe sådanne foranstaltninger, hvilket indebærer, at afskedigelsen af hende er i strid med aftalens § 3, og at der tilkommer hende en godtgørelse i medfør af aftalens § 7. Til støtte for den subsidiære påstand har klager anført, at **A** har krav på en godtgørelse i medfør af § 4, stk. 3, litra e, i Hovedaftalen mellem DA og LO.

Indklagede har navnlig anført, at **A** ikke har et handicap i direktivets forstand, og har for det tilfælde, at det måtte blive lagt til grund, at hun har et handicap, anført, at virksomheden har levet op til kravene i aftalens § 4.

Vi finder, at der under sagen er rejst spørgsmål om fortolkning af i hvert fald § 3, § 4 og § 7 i aftalen af 2. oktober 2004, og at sagen af denne grund henhører under faglig voldgift for så vidt angår klagers principale påstand.

Behandlingen af klagers subsidiære påstand henhører under Afskedigelsesnævnet, og vi finder ikke grundlag for at fastslå, at klager har undladt af følge fremgangsmåden i Hovedaftalens § 4, stk. 3, litra b. Vi lægger herved vægt på, at der har været afholdt mæglingsmøder og organisationsmøde vedrørende den principale påstand, og at klagers principale og subsidiære påstande har baggrund i det samme faktum.

Herefter – og da Afskedigelsesnævnet ikke har kompetence til at træffe afgørelse om at henvise sagen til faglig voldgift – tages indklagedes påstand om afvisning til følge for så vidt angår klagers principale påstand, mens klager frifindes for indklagedes afvisningspåstand for så vidt angår klagers subsidiære påstand.

Anlægger klager sagen som faglig voldgiftssag, henhører det under den faglige voldgiftsret at tage stilling til, om der under hensyn til sagens forløb kan ses bort fra overskridelsen af fristen for sagsanlæg. Afskedigelsesnævnet vil i givet fald sætte behandlingen af klagers subsidiære påstand i bero på behandlingen af den principale påstand under faglig voldgift.

Thi bestemmes

Sagen afvises fra Afskedigelsesnævnet for så vidt angår klagers principale påstand.

Klager frifindes for påstanden om afvisning af den subsidiære påstand.

Klager og indklagede skal betale opmændenes honorar med halvdelen hver.

København, den 2. januar 2013

Poul Søgaard Lene Pagter Kristensen Thomas Rørdam

På opmændenes vegne:


Poul Søgaard