

Kendelse
af 15. april 2013
i
faglig voldgift
FV 2013.0003:

HK Danmark
som mandatar for
A
(advokat Peter Breum)

mod

DSB
(advokat Morten Ulrich)

Uoverensstemmelsen i sagen drejer sig om, hvorvidt DSB har overtrådt reglerne om aldersdiskrimination i forbindelse med et generelt tilbud til medarbejdere over 60 år om at indgå en fratrædelsesaftale, som havde sin baggrund i, at DSB skulle skære antallet af medarbejdere ned.

Påstande

Klager, HK Danmark som mandatar for A, har påstået DSB tilpligtet til klager at betale 234.234 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 2. maj 2012.

Indklagede, DSB, har påstået frifindelse, subsidiært at A tilkendes en mindre kompensation end krævet.

Sagens behandling

Parterne har ved et forlig indgået den 22. november 2012 aftalt, at sagen afgøres endeligt ved en summarisk skriftlig proces. Undertegnede højesteretsdommer, Lene Pagter Kristensen, er udpeget som opmand i sagen, og der er af parterne udvekslet følgende processkrifter med bilag:

Klageskrift af 20. december 2012 med bilag 1-9

Svarskrift af 11. januar 2012 med bilag A-G

Replik af 12. februar 2013

Duplik af 27. marts 2013 med bilag H

Sagsfremstilling

DSB forberedte i 2011/2012 en større omorganisering, som bl.a. havde til formål at reducere medarbejderstaben gennem reduktion af antallet af betjente salg og effektivisering af arbejds-gange. Det blev som led heri besluttet at tilbyde medarbejdere, som var blevet 60 år senest med udgangen af oktober 2012, en frivillig fratrædelsesordning, hvori indgik en engangsindbetaling på medarbejderens pensionsordning på op til 4 års pensionsbetalinger eller alternativt et kontantbeløb på op til 6 måneders løn (efter 15 års uafbrudt ansættelse). Medarbejde-

ren blev derudover tilbudt fritstilling i mindst 3 måneder og samt en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 3 måneders løn uanset anciennitet.

Ved brev af 6. marts 2012 indgav HK Trafik & Jernbane en klage til DSB over aldersdiskrimination. Det hedder i brevet bl.a.:

”HK Trafik & Jernbane skal hermed på vegne af vores medlemmer protestere over, at DSB har fremsendt ”tilbud” om frivillig fratrædelse til vores medlemmer, der er fyldt 60 år eller fylder 60 år senest med udgangen af oktober måned 2012.

Ved *alene* at tilbyde frivillig fratrædelse til medarbejdere i en bestemt alderskategori har DSB efter vores opfattelse udøvet forskelsbehandling i strid med gældende lovgivning, ved at behandle en udvalgt aldersgruppe ringere end andre.

Ved *alene* at tilbyde fratræden til ældre medarbejdere vil disse føle sig presset i forhold til at forlade deres ansættelse for at undgå/reducere fremtidige afskedigelser af yngre kollegaer, idet DSB samtidig har udmeldt, at over 400 HK stillinger skal nedlægges.

De pågældende medarbejdere må opfatte brevet sådan, at de opfordres til at forlade deres stilling og *alene* er udvalgt med baggrund i deres alder.

HK Trafik Jernbane har allerede modtaget konkrete henvendelser fra medlemmer, der føler sig presset til at opgive deres ansættelse som nævnt ovenfor.”

DSB besvarede ved brev af 15. marts 2012 brevet således:

”Vi har modtaget jeres brev af 6. marts 2012, hvoraf det fremgår, at HK Trafik & Jernbane finder, at DSB ved tilbuddet om frivillige fratrædelsesordninger udøver forskelsbehandling begrundet i alder. Det mener vi ikke er korrekt.

Som det er bekendt er DSB i en situation, hvor der skal gennemføres omfattende besparelser og effektiviseringer. På denne baggrund er der aftalt en række initiativer med flere faglige organisationer, herunder tilbud om frivillig fratræden. Aftalerne om at tilbyde frivillig fratræden har til formål at undgå eller begrænse behovet for at opsiges medarbejdere.

Der er ikke indgået en aftale med HK Trafik & Jernbane, men medarbejderne under HK's dækningsområde har fået samme tilbud, som er aftalt med de andre faglige organisationer. Dette er sket for ikke at stille HK's medlemmer dårligere end DSB's øvrige medarbejdere, og de frivillige fratrædelsesordninger skal også her ses som et alternativ til opsigelser.

De frivillige fratrædelsesordninger tager udgangspunkt i den statslige aftale om senior- og fratrædelsesordninger, men DSB har tilbudt yderligere goder med henblik på at sikre, at tilbuddet er tilstrækkeligt attraktivt for medarbejderne. Det er hensynet til den enkeltes mulighed for at gå direkte på efterløn eller pension, der har været afgørende for ordningen, og ikke medarbejderens alder.

DSB har, ud fra de aktuelle økonomiske muligheder, ikke fundet, at tilbuddet om en tilstrækkelig attraktiv fratrædelsesordning kunne tilbydes til medarbejdere, som ikke har mulighed for at gå på efterløn eller pension.

Tilbuddet om en frivillig fratrædelsesordning til medarbejdere, der er fyldt 60 år eller fylder 60 år inden udgangen af oktober 2012, er alene et tilbud til den enkelte, som kan vælge at tage imod tilbuddet, hvis det anses for attraktivt. Det skal ikke ses som et pres eller en opfordring fra DSB's side til at forlade virksomheden.”

A, som var ansat i billetsalget på Kastrup Station, fik ved et standardbrev af 22. februar 2012 tilsendt information om den tilbudte fratrædelsesordning. Det fremgik af brevet, at hvis hun ønskede at tage imod tilbuddet, skulle hun opgive sin stilling til fratræden den 31. oktober 2012 samt udfylde og tilbagesende det vedlagte skema senest den 23. april 2012. A accepterede rettidigt den tilbudte fratrædelsesordning og indgik den 10. april 2012 bistået af HK Trafik & Jernbane en fratrædelsesaftale, hvorefter hun modtog et samlet kontantbeløb på 234.099 kr.

DSB har oplyst, at i alt 787 medarbejdere – med en gennemsnitsalder på 62,3 år – fik tilbudt en fratrædelsesordning. 215 heraf accepterede tilbuddet, heraf 43 HK'ere.

Af de 572 medarbejdere, der afviste tilbuddet, blev 6 opsagt efterfølgende.

Der blev opsagt i alt 138 medarbejdere, hvoraf 4 medarbejdere var i aldersgruppen 21-30 år, 34 medarbejdere var i aldersgruppen 31-40 år, 43 medarbejdere var i aldersgruppen 41-50 år, 47 medarbejdere var i aldersgruppen 51-60 år og 10 medarbejdere var i aldersgruppen 61-70 år.

Gennemsnitsalderen for opsagte medarbejdere var 47,2 år mod den generelle gennemsnitsalder i DSB på 47,1 år. Gennemsnitsalderen for opsagte medarbejdere på HK's dækningsområde var 47,4 år, mens gennemsnitsalderen for alle medarbejdere på HK's dækningsområde var 48 år.

Parternes argumentation

HK har anført, at fratrædelsesaftalen, som alene blev tilbudt ældre medarbejdere, medførte, at disse ældre medarbejdere følte sig presset til at opsigte deres stillinger, hvilket konkret også skete. Derved blev ældre medarbejdere i strid med forskelsbehandlingslovens § 2 behandlet ringere end andre ansatte, som var yngre.

Fratrædelsesordningen var de facto baseret på et alderskriterium, idet den kun blev tilbudt medarbejdere over 60 år. Der foreligger derfor direkte forskelsbehandling på grund af alder, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2, subsidiært indirekte forskelsbehandling, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3.

Tilbuddet om fratrædelsesaftalen og aldersfordelingen blandt de afskedigede er faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode diskrimination. Det er derfor DSB, som i medfør af forskelsbehandlingslovens § 7 a skal bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er krænket, hvilket bevis ikke er ført, da den skete forskelsbehandling ikke er objektivt eller rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af dansk ret.

Det bestrides, at DSB med de fremlagte tal har godtgjort, at der var proportionalitet i forhold til aldersspredningen. Man kan således ikke nøjes med at se på antallet af opsagte medarbejdere over 60 år. Til dette tal må lægges de personer over 60 år, der tog imod tilbuddet om en

fratrædelsesordning, og det samlede billede bliver herefter, at DSB skilte sig af med en uforholdsmæssig stor andel af ældre medarbejdere. Dertil kommer, at DSB alene har fremlagt tal vedrørende den samlede medarbejderstab, som ikke er egnet til at belyse en sammenligning på tværs af faggrupper og mellem ansatte, der ikke umiddelbart kan varetage hinandens stillinger.

Det bestrides, at A selv skulle have tilkendegivet, at hun var interesseret i at gå på efterløn, og DSB oplyste ikke forud for fratrædelsesaftalen A om, at hun ikke var i risiko for at blive afskediget. Hun var derfor nødt til at antage, at afskedigelse var en reel mulighed. Ved at acceptere en fratrædelsesaftale ville hun med sikkerhed miste sin stilling, men hun ville dog være bedre stillet end, hvis hun blev opsagt på sædvanlige vilkår. For en medarbejder, som ikke er risikovillig, og som har indtryk af, at hun er i risiko for at blive afskediget, forekommer det langt mere gunstigt at tage imod en fratrædelsesordning end ikke at gøre det. Derved blev A motiveret/presset til at opsig sin stilling. Uanset om dette var DSB's intention eller ikke, er det DSB's risiko, at tilbuddet om en fratrædelsesordning konkret blev oplevet som et pres.

Da DSB har oplyst, at A ikke ville være blevet opsagt, såfremt hun havde afslået tilbuddet om en fratrædelsesordning, og da det alene var hendes alder, som var baggrunden for, at hun blev tilbudt fratrædelsesordningen, som var den eneste grund til, at hun opsagde sin stilling, kan det heraf sluttes, at det alene skyldes DSB's tilbud om en fratrædelsesordning, at hun ikke fortsat er ansat i DSB. Der er derfor en sådan indbygget sammenhæng mellem hendes alder og aktuelle fratræden, som udelukkende skyldes DSB's handlinger, at der foreligger ulovlig aldersdiskrimination.

Det bestrides, at frivillige fratrædelsesordninger, som alene tilbydes ældre medarbejdere, skulle være udtryk for en lovlig særbehandling i henhold til forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 3. Denne bestemmelse angår alene foranstaltninger til fremme af beskæftigelsesmuligheder for ældre lønmodtagere. Bestemmelsen er derfor ikke anvendelig på ordninger, som har til formål at holde ældre medarbejdere uden for arbejdsmarkedet, og det er i den forbindelse ikke afgørende, om ordningen i øvrigt er gunstig. Den fratrædelsesaftale, som A blev tilbudt,

havde alene til formål at motivere hende til at fratræde sin stilling, og fratrædelsesaftalen er derfor ikke en lovlig foranstaltning omfattet af forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 3.

Artikel 7 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) omfatter særordninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til ”en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde”. Artikel 1 fastlægger som direktivets formål, at forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af bl.a. alder skal bekæmpes. De særforanstaltninger, som artikel 7 tillader, skal have til formål at fremme beskæftigelsen for visse særligt udsatte grupper, men i nærværende sag anvendes fratrædelsesordningen ikke til at fastholde ældre medarbejdere i beskæftigelse. Tværtimod giver den et incitament til at forlade arbejdsmarkedet, hvilket er i direkte strid med det formål, der er fastlagt i direktivets artikel 1 og direktivets betragtning 6, 9 og 11.

HK har endelig anført, at en eventuel godtgørelse ikke bør reduceres under hensyn til vilkårene for fratrædelsesaftalen, da en godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7 tilkendes for krænkelse af retten til ikke at blive diskrimineret, mens vilkårene i fratrædelsesaftalen tager sigte på at lette overgangen til en tilværelse som arbejdsløs. Der er således ikke ved fratrædelsesaftalen ydet kompensation for ulovlig diskrimination, og der kan derfor ikke ved tilkendelse af en godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven blive tale om dobbeltkompensation.

DSB har bestridt, at fratrædelsesordningerne skulle være udtryk for aldersdiskrimination. Der var således ikke tale om en øget risiko for opsigelse for de medarbejdere, der ikke ønskede at acceptere tilbuddet om fratrædelsesordning – hvad tallene da også viser. Der var derimod tale om en positiv forskelsbehandling af de medarbejdere, som kunne gå på pension. Indholdet af ordningerne kunne bidrage til at lette overgangen til pension for de, som havde overvejelserne, men det var næppe attraktivt nok til at få medarbejdere, som ikke havde overvejelserne, til at vælge pension. A havde i modsætning til sine yngre kollegaer mulighed for at tage imod tilbuddet om fratrædelsesordningen, og hun havde i øvrigt tidligere givet udtryk for, at hun

forventede at gå på efterløn. Hun var derfor betydeligt bedre stillet end de af hendes kollegaer, som ikke modtog tilbud om en fratrædelsesaftale.

Baggrunden for de tilbudte fratrædelsesordninger var, at DSB i foråret af økonomiske grunde var tvunget til at afskedige et stort antal medarbejdere. For at reducere antallet af opsigelser fik medarbejdere, der kunne gå på pension, et tilbud om frivillig fratræden. Der blev først herefter taget stilling til, hvor mange medarbejdere det ville være nødvendigt at opsiges og i hvilke dele af DSB. Da fratrædelsesaftalerne blev tilbudt, var der således ikke på nogen måde sat navne på de medarbejdere, som efterfølgende blev afskediget.

Kravet om reduktion af medarbejderstaben blev målt på hele regionen og ikke det enkelte tjenestested, og beslutningen om, hvem der skulle opsiges, blev truffet på baggrund af saglige kriterier, såsom en vurdering af medarbejdernes kvalifikationer i forhold til de fremtidige arbejdsopgaver, kvalitet i den faglige opgaveløsning og produktivitet. Der var generelt stor tilfredshed med As arbejdsindsats, og hun ville derfor, hvis hun havde valgt at afslå tilbuddet om frivillig fratræden, ikke have været blandt de opsagte medarbejdere. Det var imidlertid i forvejen hendes plan at fratræde sidst på året, således at hun kunne trække sig tilbage fra arbejdsmarkedet samtidig med sin mand, hvilket hun havde givet udtryk for over for såvel sin forretningsleder som sine kollegaer.

Hverken beskæftigelsesdirektivet eller lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. er til hinder for, at der gøres brug af høj alder som kriterium i frivillige fratrædelsesordninger, fx ved omstruktureringer. Sådanne ordninger er, jf. også Ruth Nielsen i Ligestillingslovene, 6. udgave, s. 134, formentlig omfattet af udtrykket ”positiv særbehandling og andre særforanstaltninger” i direktivets artikel 7 og forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 3, der tillader positiv særbehandling af ældre lønmodtagere. Tilbud om en frivillig fratrædelsesordning kan således være lovlig positiv forskelsbehandling i direktivets forstand, eftersom en sådan ordning stiller ældre medarbejdere bedre, end hvis de var blevet opsagt på almindelige vilkår og dermed til dels udligner den byrde, det er at miste sit arbejde i en høj alder.

Fremsættelse af tilbuddet har allerede af de nævnte grunde ikke været ”faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling”, og det påhviler derfor ikke DSB at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, jf. forskelsbehandlingslovens § 7 a. Den forskelsbehandling, som A har været udsat for, har i givet fald haft karakter af en begunstigelse og kan ikke give anledning til en formodning for, at hun har været udsat for en krænkelse.

Det bestrides, at A er blevet presset – eller at hun har følt sig presset – til at tage imod tilbuddet om fratrædelsesordningen. DSB havde i sit svar af 15. marts 2012 på HK Trafik & Jernbane’s generelle klage over tilbuddene om en frivillig fratrædelsesordning præciseret, at der alene var tale om et tilbud til den enkelte, som denne kunne vælge at tage imod, hvis vedkommende fandt det attraktivt, men at det ikke skulle ses som et pres eller som en opfordring fra DSB’s side til den pågældende om at forlade virksomheden. HK Trafik & Jernbane bistod A, da hun den 10. april 2012 underskrev fratrædelsesaftalen. Såfremt der var indikationer for, at A blev eller følte sig presset til at acceptere tilbuddet om frivillig fratræden, burde HK have gjort opmærksom herpå. Dette skete imidlertid ikke, og A underskrev aftalen uden nogen form for forbehold. Der er derfor ingen holdepunkter for at antage, at A blev presset til at indgå fratrædelsesaftalen. Indsigelsen herom kom først lang tid efter aftalens indgåelse i forbindelse med en klage indgivet til Ligebehandlingsnævnet. HK Trafik & Jernbane har endvidere ikke henvendt sig til DSB om, at andre navngivne personer end A skulle have følt sig presset til at tage imod ordningen.

DSB har til støtte for den subsidiære påstand anført, at det ved udmåling af en eventuel godtgørelse må tages i betragtning, at A som følge af aftalen om frivillig fratræden fik udbetalt en kompensation på 9 måneders løn. Da yderligere kompensation herefter vil føre til dobbeltkompensation, er hun ikke berettiget til yderligere godtgørelse eller i hvert fald kun til en mindre godtgørelse end krævet.

Opmandens begrundelse og konklusion

Efter § 2, jf. § 1, i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. må en arbejdsgiver ikke ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til

løn og arbejdsvilkår behandle en person ringere på grund af dennes alder, end andre personer bliver.

En arbejdsgiver, der står over for at skulle reducere sin medarbejderstab, har en saglig og legitim interesse – som er sammenfaldende med medarbejdernes – i så vidt muligt at opnå den ønskede reduktion gennem naturlig afgang og frivillige fratrædelsesordninger frem for gennem uansøgte afskedigelser.

Det forhold, at et tilbud om en frivillig fratrædelsesordning målrettes en bestemt del af medarbejderstaben, som i forvejen kan antages at være interesseret i en frivillig fratreden, fx fordi de pågældende har mulighed for at gå på pension og dermed har et alternativt forsørgelsesgrundlag, kan ikke i sig selv anses for udtryk for, at denne persongruppe behandles ringere, end den øvrige medarbejderstab bliver. Forudsat at en manglende accept af tilbuddet ikke øger risikoen for opsigelse, vil der tværtimod normalt være tale om en positiv særbehandling af de pågældende medarbejdere.

Det fremgår af sagens oplysninger, at i alt 787 af DSB's medarbejdere fik tilbudt en fratrædelsesordning, og at 572 afviste tilbuddet. Heraf blev 6 medarbejdere afskediget, idet der derudover blev afskediget i alt 132 blandt de øvrige medarbejdere. Det er endvidere oplyst, at gennemsnitsalderen for opsagte medarbejdere var 47,2 år mod den generelle gennemsnitsalder i DSB på 47, 1 år. Jeg finder det på denne baggrund ikke godtgjort, at en manglende accept af fratrædelsesordningen indebar en øget risiko for opsigelse.

Efter en samlet vurdering, herunder af indholdet af fratrædelsesordningerne, som fremtrådte som et tilbud, som det var frivilligt at acceptere, finder jeg, at der ikke er påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at A har været udsat for direkte eller indirekte forskelsbehandling. Det påhviler derfor hende at godtgøre, at ligebehandlingsprincippet skulle være blevet krænket, jf. forskelsbehandlingslovens § 7 a modsætningsvis.

HK Trafik & Jernbane, som bistod A, havde som svar på en generel klage fået en tilbagemelding fra DSB om, at tilbuddet om den frivillige fratrædelsesordning alene var et tilbud til den

enkelte, som denne kunne vælge at tage imod, hvis det fandtes attraktivt, og at det ikke skulle ses som et pres eller en opfordring fra DSB's side til at forlade virksomheden. HK Trafik & Jernbane havde således anledning til at drøfte problemstillingen vedrørende eventuel aldersdiskrimination og beskyttelsen efter forskelsbehandlingsloven med A såvel for det tilfælde, at hun accepterede tilbuddet, som for det tilfælde, at hun måtte vælge ikke at acceptere dette. A valgte bistået af HK Trafik & Jernbane frivilligt og uden forbehold at acceptere den tilbudte – favorable – fratrædelsesordning, og der er ikke holdepunkter for at antage, at hun skulle have indgået aftalen under et utilladeligt pres som følge af hendes alder, som DSB bærer risikoen for.

Jeg finder det på den anførte baggrund ikke godtgjort, at A skulle have været udsat for ulovlig aldersdiskrimination, og DSB's frifindelsespåstand tages herefter til følge.

Thi bestemmes:

Indklagede, DSB, frifindes.

Hver af parterne bærer egne omkostninger og betaler halvdelen af opmandens honorar.

Lene Pagter Kristensen