

Udskriftsdato: 31. december 2025

KEN nr 10247 af 28/08/2013 (Gældende)

Ligebehandlingsnævnets afgørelse om køn - fagretlig - kompetence - afskedigelse under orlov - kommuner - ej medhold

Ministerium: Social- og Boligministeriet

Journalnummer: 7100661-12

Ligebehandlingsnævnets afgørelse om køn - fagretlig - kompetence - afskedigelse under orlov - kommuner - ej medhold

En dagplejer flyttede under sin barselorlov til en anden kommune, hvorefter arbejdsgiveren anså ansættelsesforholdet for opsagt. Klager gjorde gældende, at dette var i strid med ligebehandlingsloven. Indklagede gjorde gældende, at det var en betingelse for ansættelsen som dagplejer, at man under ansættelsen opretholder det til dagpleje godkendte, private hjem, og at dette gjaldt, uanset om man var på barsel eller ej. Nævnet fandt, at klager ved fraflytningen havde tilkendegivet, at hun ikke agtede at vende tilbage til arbejdet i indklagede kommune, og at hun dermed havde opsagt sit ansættelsesforhold. Det forhold, at indklagede betragtede klagers ansættelsesforhold som ophørt, var således hverken direkte eller indirekte begrundet i, at klager var på barselorlov, men derimod i det forhold, at klager var fraflyttet sin godkendte bopæl.

Klager fik derfor ikke medhold.

Klagen drejer sig om påstået forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med, at klager under barsel-/forældreorlov fik afbrudt sit ansættelsesforhold som dagplejer i den indklagede kommune.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse

Det var ikke i strid med ligebehandlingsloven, at den indklagede kommune anså klagers ansættelsesforhold for at være ophørt, da hun meddelte, at hun var fraflyttet sin bolig i X-by.

Sagsfremstilling

Klager blev ansat som dagplejer i den indklagede kommune den 1. september 2010. Klager skulle passe tre dagplejebørn i eget hjem, som var beliggende i X-by på Sjælland.

Det er en forudsætning for at blive ansat som dagplejer, at dagplejerens hjem kan godkendes til pasning af op til fem dagplejebørn.

Klager blev sygemeldt den 29. september 2010 på grund af graviditeten, og hun var sygemeldt frem til fødslen den 17. februar 2011.

Det blev aftalt med indklagede, at klager skulle afholde 26 ugers barselorlov med løn til den 18. august 2011 samt 20 ugers forældreorlov på dagpenge til den 31. december 2011.

Den 30. august 2011 oplyste klager indklagede, at hun var fraflyttet sin bopæl i X-by og var flyttet til en by i en anden kommune på Sjælland. Klager spurgte samtidig indklagede, om det var rigtigt forstået, at hun på grund af flytningen ikke længere ville kunne arbejde som dagplejer efter endt orlov.

Indklagede oplyste klager den 9. september 2011, at de var bekendt med, at klager var flyttet den 6. juni 2011. Indklagede skrev, at de agtede at kræve tilbagebetaling af løn for perioden fra den 6. juni 2011 til den 18. august 2011, da klager ikke havde opfyldt sine ansættelsesretlige vilkår for kommunale dagplejere om at være bosiddende på hendes forhenværende adresse i X-by. Indklagede oplyste, at klagers ansættelse var betinget af, at hun havde adresse i den indklagede kommune, og at boligen var godkendt af dagplejekontoret.

Klager tilkendegav den 15. september 2011 overfor indklagede, at hun ikke var enig i, at indklagede kunne kræve løn tilbage for den pågældende periode, da klager ikke skulle stille sin bolig til rådighed for pasning af dagplejebørn, mens hun var på orlov.

Den 16. september 2011 sendte indklagede et brev til klager med titlen "Bekræftelse af din opsigelse". Indklagede skrev, at de havde modtaget meddelelse om, at klager fratrådte sin stilling som dagplejer den 18. august 2011.

Indklagede oplyste den 4. oktober 2011, at de ikke ville foretage sig yderligere i forhold til kravet om tilbagebetaling af løn.

Sagen har været forsøgt forhandlet mellem klagers fagforbund og indklagede, men der har ikke kunnet opnås enighed.

Parternes bemærkninger

Klager gør gældende, at indklagedes ageren må anses som en ophævelse af klagers ansættelsesforhold med virkning fra den 31. juli 2012. En ophævelse kan kun ske berettiget, hvis der foreligger misligholdelse fra klagers side. Dette er ikke tilfældet, og klager gør derfor gældende, at indklagedes ophævelse af ansættelsesforholdet var uberettiget og i strid med ligebehandlingslovens forbud mod afskedigelse af en medarbejder, der er på barselorlov.

Klager bestrider ikke, at udgangspunktet for varetagelse af jobbet som dagplejer forudsætter, at dagplejeren stiller en godkendt bolig til rådighed. Klager bestrider imidlertid, en dagplejer under afholdelse af sin barsel-/forældreorlov har en sådan forpligtelse.

Når klager er på barselorlov, er det lovligt forfald, og indklagede kan derfor ikke stille krav om, at klager skal være forpligtet til at stille sin bolig til rådighed for pasning af dagplejebørn. Der er ikke hjemmel til at stille et sådant krav, og det er i strid med ligebehandlingsloven at stille et sådant krav.

Tilsvarende gælder, at en ansat, der vælger at rejse til udlandet under sin barselorlov, ikke opfylder betingelsen for at kunne udføre arbejde for arbejdsgiveren. Dette kan på ingen måde betragtes som et forhold, der kan begrunde en ophævelse af ansættelsesforholdet.

En arbejdsgiver skal ikke blande sig i den ansattes forhold under dennes barselorlov. En ansat, der vælger at flytte til udlandet under sin barselorlov for at bosætte sig der, misligholder ikke sin ansættelseskontrakt herved. Det kan alene kræves, at vedkommende opsiges sin stilling til fratræden ved udgangen af barselorloven, eller stiller en anden bolig til rådighed ved orlovens ophør, da der ellers ville indtræde misligholdelse, når vedkommende ikke genoptog arbejdet.

Klager fraflyttede sin bolig i X-by den 6. juni 2011, men indklagede reagerede først, da klager orienterede indklagede om flytningen. Dette underbygger synspunktet om, at boligen netop ikke skal stilles til rådighed under en dagplejers afholdelse af barselorlov.

Klager er ikke enig i, at det er nødvendigt at afklare det kollektiv arbejdsretlige grundlag, før den lovgivningsmæssige del om krænkelse af ligebehandlingsloven kan afgøres. Den krænkelse, som klager er udsat for ved indklagedes uberettigede ophævelse af ansættelsesforholdet, er omfattet af ligebehandlingslovens beskyttelsesområde, og forum for behandling af dette er mest naturligt Ligebehandlingsnævnet.

Indklagede har bevisbyrden for, at afskedigelsen af klager ikke var begrundet i det forhold, at hun var fraværende på grund af barselorlov. Indklagede har ikke løftet denne bevisbyrde, og klager har derfor krav på en godtgørelse, svarende til seks måneders løn samt efterbetaling af manglende pensionsbidrag med renter.

Indklagede gør gældende, at klager ikke har været udsat for forskelsbehandling på grund af køn.

Klager var som dagplejer ansat med en forpligtelse til at præstere en arbejdsydelse i form af dagpleje, der skulle udføres i hendes eget hjem. Ved ansøgning til en stilling som kommunal dagplejer skal der gives oplysninger om blandt andet ansøgerens boligforhold.

Indklagedes godkendelse af, at der etableres et dagtilbud i private hjem, sker i medfør af dagtilbudsloven §§ 21 og 22. Ansættelsesforholdet er omfattet af overenskomst for dagplejere indgået mellem KL og FOA.

Det er en åbenbar betingelse for etablering af ansættelsesforhold som kommunal dagplejer, at den ansatte ved ansættelsen har og under ansættelsen opretholder det til dagpleje godkendte, private hjem.

Klager har valgt at fraflytte sin godkendte dagplejebolig i den indklagede kommune og flytte til en anden kommune. Klager har således efter eget valg opgivet den for ansættelsesforholdet nødvendige godkendte bolig i den indklagede kommune, og klager opfylder herefter ikke betingelsen for at kunne udføre arbejde som kommunal dagplejer.

Indklagede har henvist til en tilkendegivelse i en faglig voldgiftssag, hvor opmanden fandt det sagligt begrundet, at en kommune opsagde en kommunalt ansat dagplejer, der ikke kunne opretholde det godkendte dagplejehjem, der var etableret i et sommerhus under "afviklingsdispensation".

Klagers advokat har i forbindelse med forligsforhandlingerne i sagen repræsenteret klagers fagforbund. Klagers advokat har kommunikeret med indklagede som "advokat for [fagforbund] som mandatar for [klager]". Advokatens adresse er desuden identisk med fagforbundets adresse. Indklagede lægger derfor til grund, at det er fagforbundet, der står bag og betaler for, at advokaten repræsenterer klager ved sagen for Ligebehandlingsnævnet.

I forbindelse med indbringelse af sagen for nævnet har advokaten anført, at klagen "sendes til Ligebehandlingsnævnet, da det ikke er muligt at forfølge sagen fagretligt." Indklagede lægger derfor til grund, at dette udsagn skal forstås sådan, at klager er enig i, at det er en forudsætning og en betingelse for ansættelse som kommunalt ansat dagplejer, at dagplejeren opretholder den til dagtilbuddet godkendte, private bopæl i den indklagede kommune, og at klager dermed frafalder de tidligere fremsatte synspunkter om, at indklagede skulle have handlet i strid med overenskomsten samt aftalen om fravær af familiemæssige årsager.

Indklagede lægger til grund, at aftalen om fravær af familiemæssige årsager skal forstås således, at betaling af løn under barsel eller betaling af pensionsydelse under barsel forudsætter, at den ansatte også i orlovsperioden opfylder betingelserne for at opretholde sin ansættelse.

Hvis klager fortsat mener, at indklagede har handlet i strid med overenskomsten eller aftalen om fravær af familiemæssige årsager, gør indklagede gældende, at sagen for Ligebehandlingsnævnet skal udsættes med henblik på fagretlig behandling af dette spørgsmål. Det må være ganske afgørende for Ligebehandlingsnævnets bedømmelse af sagen, om det kan lægges til grund, at fraflytning af den godkendte bolig efter overenskomstgrundlaget indebærer, at den ansatte dermed afbryder ansættelsesforholdet, og at dette også gælder i en periode, hvor den ansatte har orlov eller lovligt forfald.

Indklagede lægger til grund, at klagers standpunkt må være, at der foreligger en særlig situation, når det drejer sig om opgivelse af og fraflytning af den godkendte bolig under barselorlov, og at overenskomstgrundlaget således delvist skal tilsidesættes, fordi det efter klagers opfattelse strider mod ligebehandlingsloven.

Indklagede bestrider, at der består en sådan særlig situation i forbindelse med barselorlov. Indklagede bestrider, at det kan stride mod ligebehandlingsloven at betragte fraflytning og dermed opgivelse af den for ansættelsesforholdet nødvendige godkendte bolig som afbrydelse af ansættelsesforholdet.

Det er en åbenbar forudsætning og betingelse for ansættelsesforholdet, at den ansatte kan præstere arbejdsydelsen, og vælger den ansatte at disponere således, at dette notorisk ikke længere kan lade sig gøre, ej heller efter orlovens afslutning, må den ansatte tåle, at ansættelsesforholdet afbrydes. Det følger af for eksempel en faglig voldgiftskendelse, at hvis en chauffør vælger at køre spirituskørsel og derved får inddraget kørekortet, er det berettiget at bortvise medarbejderen.

Den omstændighed, at den ansatte ikke skal udføre sine arbejdsydelser under orlov, bevirker ikke, at der kan ses bort fra, at den ansatte har opgivet sin bolig, når det drejer sig om en betingelse for selve ansættelsesforholdet.

Sagen drejer sig ikke om, hvorvidt klager under barselorlov skal stille en bolig til rådighed, men om, at klager under barselorlov har opgivet og fraflyttet det til dagplejen godkendte, private hjem. Dermed har klager bragt sig i en situation, hvor hun definitivt er ude af stand til at opfylde en afgørende betingelse for ansættelsesforholdet, nemlig at hun opretholder det til dagplejen godkendte, private hjem.

Situationen kan derfor ikke sammenlignes med en udlandsrejse under barselorlov eller lignende, hvor dagplejeren efter rejsen vender tilbage og kan modtage børnene i dagpleje i det hertil godkendte private hjem.

Hvis en dagplejer opgiver det til dagpleje godkendte, private hjem, må dagplejeren tåle, at ansættelsesforholdet dermed kan betragtes som ophørt. Såfremt dagplejeren ønsker en anden bolig godkendt til dagpleje, må dette tages op i forbindelse med ansøgning om et nyt ansættelsesforhold. Etablering af et nyt ansættelsesforhold baseret på en anden bolig vil i øvrigt også forudsætte, at kommunen har behov for ansættelse af dagplejere i netop det geografiske område, hvor den nye bolig er beliggende.

Klager har ikke besvaret indklagedes opfordringer om at tilkendegive, om klager bestrider, at indklagede har handlet i overensstemmelse med det aftaleretlige grundlag. Det må for Ligebehandlingsnævnets bedømmelse af sagen være væsentligt, om det kan lægges til grund, at indklagede har handlet i overensstemmelse med dette grundlag.

Twist om fortolkning af de kollektive arbejdsretlige regler hører under faglig voldgift. Det er indklagedes holdning, at sagen skal afvises, da afgørelse af sagen forudsætter en stillingtagen til retlige forhold, som ikke henhører under nævnets kompetence.

Såfremt klager får medhold i klagen, er der enighed mellem parterne om, at klager i hvert fald ophørte sit ansættelsesforhold senest med udgangen af hendes orlov, og at hun på det tidspunkt, hvor indklagede gav meddelelse om, at ansættelsesforholdet måtte betragtes som ophørt, ikke længere havde krav på løn under barsel. Klagers krav begrænser sig således til pensionsbidrag.

Indklagede gør endvidere gældende, at en eventuel godtgørelse for overtrædelse af ligebehandlingsloven skal udmåles langt under det sædvanlige niveau i afskedigelsessager, eftersom der er tale om en afbrydelse af et ansættelsesforhold, der allerede var afbrudt af den ansatte, i hvert fald til ophør med udløb af barselorloven.

Ligebehandlingsnævnets bemærkninger og konklusion

Efter ligebehandlingsloven må en arbejdsgiver ikke afskedige en medarbejder på grund af dennes graviditet eller fravær i forbindelse med barsel- eller forældreorlov.

Det er arbejdsgiveren, der skal bevise, at afskedigelsen af en medarbejder ikke var begrundet i det forhold, at medarbejderen var fraværende på grund af barsel- eller forældreorlov.

Indledningsvist bemærkes det, at Ligebehandlingsnævnet finder, at det har kompetence til at behandle spørgsmålet om, hvorvidt det var i strid med ligebehandlingsloven, at indklagede anså klagers ansættelsesforhold for ophørt.

Det er nævnets vurdering, at det ikke har selvstændig betydning for bedømmelsen af dette spørgsmål, hvorvidt indklagede har handlet i overensstemmelse med det kollektiv arbejdsretlige grundlag i form af blandt andet overenskomsten.

Det er videre nævnets vurdering, at det forhold, at klager under sin barsel-/forældreorlov valgte at fraflytte sin bolig i X-by for at flytte til en anden kommune, må anses for at være en opsigelse af ansættelsesforholdet.

Nævnet har herved lagt vægt på, at klager ved fraflytningen har tilkendegivet, at hun ikke agtede at vende tilbage til arbejdet som dagplejer i den indklagede kommune, hvilket må sidestilles med en opsigelse af ansættelsesforholdet.

Det forhold, at indklagede herefter har betragtet ansættelsesforholdet som ophørt, kan ikke anses for at være i strid med ligebehandlingslovens regler om beskyttelse af medarbejdere på barsel-/forældreorlov.

Nævnet har herved lagt vægt på, at det samme ville gøre sig gældende, hvis en medarbejder, der havde orlov eller var fraværende fra arbejdet af anden årsag, flyttede fra den godkendte bopæl, eller hvis en medarbejder, der ikke var fraværende, fraflyttede den godkendte bopæl.

Situationen kan efter nævnets vurdering ikke sidestilles med den, hvor en medarbejder under orlov rejser til udlandet, idet der i en sådan situation er tale om midlertidigt fravær, hvor medarbejderen har til hensigt at komme tilbage til arbejdet efter endt orlov.

Klager har imidlertid fraflyttet sin bopæl og dermed definitivt tilkendegivet, at hun ikke ville vende tilbage til arbejdet efter endt orlov.

Det forhold, at indklagede betragtede klagers ansættelsesforhold som ophørt, var således hverken direkte eller indirekte begrundet i, at klager var på barsel-/forældreorlov, men derimod i det forhold, at klager var fraflyttet sin godkendte bopæl.

Indklagede har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlingsloven.

Det ligger uden for nævnets kompetence at tage stilling til, hvorvidt det er en forudsætning for klagers ret til løn/pension under sin barsel-/forældreorlov, at hun opretholder den godkendte bopæl i X-by, og dermed om opsigelsen af ansættelsesforholdet skal anses for at have virkning fra tidspunktet for flytningen, meddelelsen herom til indklagede eller fra det tidspunkt, hvor klager efter aftale med indklagede skulle have genoptaget arbejdet.

En afgørelse af dette spørgsmål forudsætter fortolkning af overenskomstgrundlaget, hvilket som udgangspunkt må ske ved fagretlig behandling. Hvorvidt en sådan pligt til at opretholde den godkendte bolig under orlov består, har ikke sammenhæng med ligebehandlingslovens regler om beskyttelse mod forskelsbehandling.

Nævnet kan derfor ikke tage stilling til denne del af klagen. Nævnet har således ikke med den ovenstående afgørelse om, hvorvidt ansættelsesforholdet kunne betragtes som værende opsagt, taget stilling til, fra hvilket tidspunkt en sådan opsigelse kan anses for at have virkning.