

HØJESTERETS DOM

afsagt mandag den 14. december 2015

Sag 28/2015

(1. afdeling)

Ligebehandlingsnævnets sekretariat som mandatar for

A

og

B

(advokat Peter Breum for begge)

mod

Moderniseringsstyrelsen

(Kammeradvokaten ved advokat Niels Banke)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 10. afdeling den 23. januar 2015.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Søgaard, Marianne Højgaard Pedersen, Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne og Jan Schans Christensen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Anbringender

Ligebehandlingsnævnets sekretariat som mandatar for A og B (herefter Ligebehandlingsnævnet) har uddybende anført bl.a., at i sager, hvor der foretages afskedigelse af en flerhed af lønmodtagere, vil den statistiske fordeling på alder i forholdet mellem afskedigede og friholdte medarbejdere typisk være det eneste bevismiddel, der kan fremskaffes for at skabe formodning for, at der er tale om diskrimination. Det vil stride mod bevisbyrdereglen i forskelsbehandlingslovens § 7 a og beskæftigelsesdirektivet, såfremt en sådan formodning alene kan anses for skabt, hvis der foreligger flere faktiske omstændigheder end blot statistisk overvægt af ældre blandt de afskedigede. Hertil kommer, at muligheden for at skaffe bevisligheder

ud over statistik i sager om afskedigelse i forbindelse med en generel nedskæringsrunde reelt ikke er til stede. Der er ved overrepræsentationen af afskedigede ældre medarbejdere skabt en formodning for, at alderen helt eller delvist var afgørende for beslutningen om afskedigelse, og bevisbyrden for, at alderen ikke spillede nogen rolle, hviler derfor på Moderniseringsstyrelsen. Det styrker formodningen om aldersdiskrimination, at Moderniseringsstyrelsen har ment, at ingen medarbejder under 53 år, der udgør 99 af 125 medarbejdere, er blandt dem, der bedst kunne undværes. Ligeledes styrker det formodningen, at der i DJØF-gruppen er 65 medarbejdere ud af 79, der har kortere anciennitet end de opsagte, og at der blandt de 32, der havde mellem 0 og 3 års anciennitet, ikke er nogen, der bedre kunne undværes. Det er på denne baggrund Moderniseringsstyrelsen, som skal bevise, at A og Bs alder har været uden betydning for afskedigelsen, og denne bevisbyrde er ikke løftet. Ved vurderingen af, hvilke medarbejdere der bedst kan undværes, må der nødvendigvis foretages en sammenligning med andre ansatte. Moderniseringsstyrelsen har imidlertid ikke tilvejebragt materiale herom og har derfor ikke løftet sin bevisbyrde.

Moderniseringsstyrelsen har uddybende anført bl.a., at de statistiske forhold i sagen ikke kan føre til, at reglen i forskelsbehandlingslovens § 7 a bringes i anvendelse. I en situation, hvor antallet af afskedigelser er lavt, skal der udvises betydelig tilbageholdenhed med hensyn til at tillægge statistiske forhold betydning, jf. UfR 2010.1525 V. Der foreligger kun et meget beskedent datagrundlag, og datagrundlaget giver ikke belæg for en formodning om aldersdiskrimination. Der var hos Moderniseringsstyrelsen en lang række medarbejdere, der var ældre end A og B, som ikke blev afskediget. At flere af de afskedigede medarbejdere var i halvtredserne kan således i sig selv ikke give anledning til en formodning om aldersdiskrimination. At anvende statistik på en så begrænset population, hvor udvælgelsen af den ældste medarbejder på 65 år skyldtes opgavebortfald, er ikke retvisende. Det taler herudover imod anvendelsen af forskelsbehandlingslovens § 7 a, at A og B alene støtter deres krav på det statistiske grundlag. Hvis bevisbyrdereglen i forskelsbehandlingslovens § 7 a finder anvendelse, gøres det gældende, at udvælgelsen af A og B alene er sket ud fra saglige kriterier.

Retsgrundlaget

Af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (forskelsbehandlingsloven) fremgår bl.a.:

”§ 1. Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.

Stk. 2. Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

Stk. 3. Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige ...

...

§ 2. En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

...

§ 7. Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse.

...

§ 7 a. Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. §§ 2-4, 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.”

Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder blev indført i forskelsbehandlingsloven ved lov nr. 1417 af 22. december 2004. Bestemmelsen om delt bevisbyrde i forskelsbehandlingslovens § 7 a blev indført ved lov nr. 253 af 7. april 2004, som gennemførte dele af bl.a. beskæftigelsesdirektivet (Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000). I bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende 2003-04, tillæg A, s. 1221) hedder det bl.a.:

”Forslaget er nødvendigt for at opfylde direktivet om etnisk ligebehandlings artikel 8 og beskæftigelsesdirektivets artikel 10, hvorefter der indføres en såkaldt delt bevisbyrde i sager om forskelsbehandling. Formålet med direktivernes bestemmelser er at lempe beviskravene for lønmodtageren. Når lønmodtageren i en konkret sag påviser faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er tale om forskelsbehandling, påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

Hverken direktivet om etnisk ligebehandling, beskæftigelsesdirektivet eller bevisbyrde-direktivet fremkommer med eksempler på, hvad der kan anses for at være faktiske om-

stændigheder. Bortset fra et stort antal sager, der omhandler graviditet, barsel og arbejdsvilkår (seksuel chikane), eksisterer der hverken dansk retspraksis eller praksis fra EF-Domstolen for, hvad der kan anses for at være faktiske omstændigheder. Det må derfor forventes, at forståelsen af, hvad faktiske omstændigheder indebærer, kommer til at afhænge af, hvorledes praksis udvikler sig i konkrete sager.

Det er op til domstolene ud fra princippet om den frie bevisbedømmelse, at fastlægge den bevismæssige validitet af de af lønmodtageren anførte faktiske omstændigheder samt beviskravene til lønmodtageren og arbejdsgiveren, under hensyntagen til, at formålet med direktivet har været at forskyde bevisbyrden mellem de to parter.

En tilsvarende bevisbyrdebestemmelse findes fx i lov om ligebehandling af mænd og kvinder mht. beskæftigelse og barselsorlov, i lov om ligeløn til mænd og kvinder og i lov om ligestilling af mænd og kvinder. Bevisbyrdebestemmelserne i disse love blev indført med henblik på at gennemføre Rådets direktiv 97/80/EF om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn, jf. EFT. 1998. L s. 6.”

En bestemmelse svarende til forskelsbehandlingslovens § 7 a blev indført som § 16 a i lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v. (ligebehandlingsloven) ved lov nr. 440 af 7. juni 2001. I bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende 2000-01, tillæg A, s. 1989 ff.) hedder det bl.a.:

”Almindelige bemærkninger

1. Indledning

Rådet for Den Europæiske Union vedtog den 15. december 1997 Rådets direktiv 97/80/EF om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (bevisbyrdedirektivet). Med §§ 1-3 i det fremlagte lovforslag gennemføres direktivet i dansk ret.

...

2. Baggrund for direktivet

Bevisbyrdedirektivet skal som nævnt medvirke til at sikre en mere effektiv gennemførelse af det grundlæggende princip om ligebehandling, således som dette er forudsat i EU-retten.

Et af de (proces)problemer, som ofte opleves af personer, der bliver forskelsbehandlet, er bevisførelsen. Mange finder det med de gældende bevisbyrde-regler vanskeligt og nogle gange umuligt at fremlægge beviser i en sag om tilsyneladende forskelsbehandling, bl.a. fordi det er den indklagede (arbejdsgiveren), som normalt har den relevante information.

EF-Domstolen har i en række sager, hvor bevisbyrdeproblematikken har været behandlet, udtalt, at en ”forskydning” af bevisbyrden er nødvendig for ikke at fratage en arbejdstager, der tilsyneladende er udsat for forskelsbehandling, ethvert effektivt middel til at søge ligebehandlings- og ligelønsprincippet gennemført.

...

3. Hidtidig praksis om bevisbyrden ved EF-Domstolen

Som nævnt er formålet med bevisbyrdedirektivet at sikre større effektivitet. Dette forudsætter gennemskuelighed, gennemsigtighed og synlighed (det såkaldte transparensprincip).

EF-Domstolens praksis i ligebehandlings- og ligelønssager har ligget til grund for gennemførelsen af og har afgørende betydning for forståelsen af bevisbyrdedirektivet, idet EF-Domstolen i en række principielle sager har skærpet sagsøgtes bevisbyrde. Nedenfor er nævnt nogle af de domme, der illustrerer denne problemstilling.

...

I Jørgensen-sagen, sag C-226/98, Birgitte Jørgensen mod Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg, (Saml 2000 I-0000), lægger Domstolen vægt på, at virkelig gennemskuelighed, der gør det muligt at udøve effektiv kontrol, kun kan opnås, hvis princippet gælder for hvert enkelt aspekt omkring ligebehandlingsprincippet. En helhedsvurdering, der bedømmer alle elementer under et, ville derfor ikke være tilstrækkelig til at foretage en effektiv kontrol med hensyn til anvendelsen af ligebehandlingsprincippet, hvilket kunne medføre, at bevisbyrdereglerne i sager om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn ikke ville blive overholdt.

I Enderby-sagen, sag C-127/92, Dr Pamela Mary Enderby mod Frenchay Health Authority og Secretary of State for Health, (Saml I-1993 s. 5535), har Domstolen under henvisning til effektivitetsprincippet fastslået, at "I en situation med tilsyneladende forskelsbehandling påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at den konstaterede lønforskel skyldes objektive faktorer. Arbejdsgiveren ville således savne midler til at søge ligelønssprincippet gennemført ved national retsinstans, hvis ikke den omstændighed, at fremlæggelsen af beviser, der gør det muligt at påvise en tilsyneladende forskelsbehandling, havde til følge at pålægge arbejdsgiveren bevisbyrden for, at lønforskellen ikke reelt er kønsdiskriminerende." (præmis 18).

...

I Enderby-sagen betones vigtigheden af statistik som bevismiddel. "Tilstedeværelsen af tydelige statistiske oplysninger af hvilke det fremgår, at der er en lønforskel mellem 2 funktioner, der har samme værdi, hvoraf den ene næsten udelukkende udøves af kvinder og den anden hovedsagelig af mænd, følger det af artikel 141, at arbejdsgiveren skal godtgøre, at denne forskel skyldes objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn".

I Seymour-Smith-sagen, sag C-167/97, Regina mod Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith og Laura Perez, (Saml 1999 ECR I-623), udtaler Domstolen angående statistiske oplysninger, at det kan være relevant ikke blot at tage hensyn til de statistiske oplysninger, som er tilgængelige på det tidspunkt, hvor foranstaltningen blev truffet, men også de senere fremkomne statistiske oplysninger, som kan indeholde angivelser vedrørende foranstaltningens virkning for mænd og kvinder.

Når EF-Domstolen i en række principielle sager har lagt vægt på manglende gennemskuelighed i virksomheders lønsystemer, tilsyneladende forskelsbehandling og statistiske forhold, må det antages, at disse elementer vil få betydning for vurderingen af bevisbyrdereglerne.

4. Bevisbedømmelse, bevisførelse og bevisbyrde

Dansk ret indeholder ingen generelle regler eller principper for bevisbyrdefordelingen mellem sagsøger og sagsøgte, men beviskravene kan være reguleret i særlovgivningen.

...

Det er op til sagens parter at afgøre hvor omfattende et bevismateriale, de ønsker at fremlægge. Retten kan dog, hvis den skønner det nødvendigt, opfordre til, at yderligere bevis forelægges eller afskære bevisførelse, der skønnes at være uden betydning for sagen. På baggrund af parternes indlæg træffer retten afgørelse i sagen. Idet bevisbedømmelsen i dansk ret er fri, jf. retsplejelovens § 344, stiller domstolene hverken formelle eller materielle krav til beviset. Konsekvensen af den frie bevisbedømmelse er derfor, at retten på baggrund af en objektiv vurdering skal vurdere de fremførte bevisers vægt efter den sandsynlighed, som beviset i den foreliggende situation skaber.

Kravene til bevisstyrken afhænger af omstændighederne i den konkrete sag, herunder om parterne i det konkrete hændelsesforløb, der kommer til retlig bedømmelse, sædvanligvis sikrer sig og/eller burde have sikret sig bevis, og af de generelle faktorer, der har motiveret de materielle regler.

Skærpede beviskrav kan undertiden udledes af retspraksis. I midten af 1980'erne udviklede der sig således en formodning om, at afskedigelser af gravide/barslende kvinder var begrundet i graviditeten eller barslen. Arbejdsgiveren havde således reelt bevisbyrden for, at afskedigelsen var begrundet i andre forhold. I forbindelse med ændringen af ligebehandlingsloven i 1989 blev det skærpede beviskrav indført i lovens § 16, stk. 4. Det er i forbindelse med rettens bevisbedømmelse, at bevisbyrdefordelingen mellem parterne bliver aktuel.

Formålet med direktivet er at lempe beviskravene for lønmodtageren, således at der sker en forskydning af bevisbyrden til lønmodtagerens fordel. Man kan tale om delt eller forskudt bevisbyrde. I det følgende anvendes terminologien "delt bevisbyrde". Lønmodtageren vil i en konkret tvist skulle fremføre de faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling. Herefter påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

Det skal bemærkes, at uanset om der tales om ligefrem bevisbyrde, omvendt bevisbyrde eller nu delt bevisbyrde, er dette teoretiske betegnelser, som ikke vil fremgå af lovteksterne. Det er således altid nødvendigt at foretage en sproglig fortolkning af den enkelte lovbestemmelse for at vurdere hvilke beviskrav, der gælder i en konkret sag.

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til § 1

Til nr. 1

...

EF-Domstolen har behandlet et betydeligt antal sager, hvor indirekte diskrimination defineres og forbydes. De følgende tre omtalte sager er karakteristiske ved, at de både omhandler problemstillingen om bevisbyrde og indirekte forskelsbehandling.

I Seymour-Smith-sagen fra 1999 udtaler domstolen, at det må konstateres, om tilgængelige statistikker angiver, at en betragtelig mindre procentdel af kvinder end mænd er i stand til at leve op til de krævede to års beskæftigelse. Denne situation ville være tegn på tilsyneladende forskelsbehandling, medmindre den omstridte regel skyldes objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

Både Enderby-sagen fra 1999 og Jørgensen-sagen fra april 2000 lægger vægt på, at der kun er tale om tilsyneladende indirekte forskelsbehandling, såfremt de oplysninger, der kendetegner den pågældende situation, er pålidelige, dvs. at de omfatter et tilstrækkeligt antal personer, ikke er udtryk for tilfældige eller kortvarige omstændigheder og generelt set viser sig at være væsentlige.

...

Til nr. 3

...

Bortset fra et stort antal sager der omhandler graviditet, barsel og arbejdsvilkår (seksuel chikane), eksisterer der hverken dansk retspraksis eller praksis fra EF-Domstolen for, hvad der kan anses for at være faktiske omstændigheder. Direktivet fremkommer heller ikke med eksempler herpå.

Det må derfor forventes, at forståelsen af, hvad faktiske omstændigheder indebærer, kommer til at afhænge af, hvorledes praksis udvikler sig i konkrete sager.

Nedenfor forsøges der givet eksempler på, hvad "faktiske omstændigheder" kan være. Det er imidlertid op til domstolene at fastlægge den bevismæssige validitet af de af lønmodtageren anførte "faktiske omstændigheder" samt beviskravene til lønmodtageren og arbejdsgiveren, under hensyntagen til at formålet med direktivet har været at forskyde bevisbyrden mellem de to parter."

Betænkning af 16. maj 2001 over lovforslaget (Folketingstidende 2000-01, tillæg B, s. 1411 ff.) indeholdt bl.a. forslag om, at "fremfører" i § 16 a skulle ændres til "påviser". I betænkningen hedder det bl.a.(s. 1413):

"Ændringsforslagene har til formål at understrege, at der ikke med lovforslaget er tilset nogen ændringer i forhold til domstolenes praksis på de områder, herunder i sager om sexchikane, hvor der hidtil har været anvendt regler om delt bevisbyrde.

Efter praksis er det ikke tilstrækkeligt, at den person, der anser sig for krænket, påstår eller gør gældende, at der foreligger faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Det må tillige forlanges, at påstanden er underbygget med f.eks. skriftligt bevismateriale, vidneforklaringer el.lign.

Hvis der ikke foreligger sådant bevismateriale, vidneforklaringer m.v., men alene en forklaring fra den person, der anser sig for krænket, og en modstridende forklaring fra den person, som beskyldningen rettes imod, må retten ud fra en almindelig fri bevisbedømmelse tage stilling til, om der er tale om omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling.

I givet fald påhviler det herefter modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

Formålet med at ændre ordet "fremfører" til "påviser" i lovteksten er at tydeliggøre denne forståelse af lovteksten og dermed understrege, at den ovenfor nævnte gældende praksis forudsættes videreført.

Det bemærkes i den forbindelse, at ordet "fremfører" er anvendt i den danske version af direktivteksten. En gennemgang af andre sprogversioner af bevisbyrdedirektivet har imidlertid vist, at anvendelse af ordet "påviser" i lovteksten også må anses for at være i god overensstemmelse med direktivet.

Ændringsforslagene har været drøftet med Den Danske Dommerforening, der har erklæret sig enig i, at den nu foreslåede formulering afspejler domstolenes hidtidige praksis."

I EU-Domstolens dom af 27. oktober 1993 i sag C-127/92 (Enderby), som der henvises til i forarbejderne til lov nr. 440 af 7. juni 2001 om ændring af ligebehandlingsloven, lyder præmis 16, 17 og 19 således:

”16 Når lønnen for talepædagoger i virkeligheden er væsentlig lavere end lønnen for farmaceuter, og førstnævnte funktion næsten udelukkende udøves af kvinder og sidstnævnte funktion hovedsagelig af mænd, foreligger der tilsyneladende forskelsbehandling på grundlag af køn, i det mindste når de to funktioner har samme værdi og de statistiske oplysninger vedrørende den pågældende situation er pålidelige.

17 Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om de pågældende statistiske oplysninger kan tages i betragtning, det vil sige at de skal omfatte et tilstrækkeligt antal personer, at de ikke må være udtryk for tilfældige eller kortvarige omstændigheder og at de, generelt set, viser sig at være væsentlige.

19 ...såfremt tydelige statistiske oplysninger viser, at der er en væsentlig lønforskel mellem to funktioner, der har samme værdi, hvoraf den ene næsten udelukkende udøves af kvinder og den anden hovedsagelig af mænd, følger det af traktatens artikel 119, at arbejdsgiveren skal godtgøre, at denne forskel skyldes objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.”

Højesterets begrundelse og resultat

Sagen angår, om Moderniseringsstyrelsen ved opsigelsen af A og B har overtrådt forbuddet i forskelsbehandlingslovens § 2 mod aldersdiskrimination. I første række er spørgsmålet, om A og B har påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at Moderniseringsstyrelsen har udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af alder, jf. forskelsbehandlingslovens § 7 a.

A og B har anført, at de statistiske oplysninger viser, at der blandt de opsagte var en klar overvægt af ældre, og at dette skaber en formodning om forskelsbehandling på grund af alder.

Statistiske oplysninger vedrørende f.eks. de opsagtes alder og aldersfordelingen i den samlede medarbejdergruppe kan indgå ved bedømmelsen af, om der er skabt en formodning for forskelsbehandling med den virkning, at det herefter påhviler arbejdsgiveren at føre bevis for, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. Sådanne statistiske oplysninger kan, hvis de er pålidelige og tilstrækkeligt signifikante, i sig selv skabe en formodning om forskelsbehandling, jf. herved EU-Domstolens dom af 27. oktober 1993 (sag C-127/92, Enderby), præmis 16, 17 og 19.

I den foreliggende sag var der en overrepræsentation af ældre medarbejdere blandt de opsagte, og ingen af de opsagte var under 53 år. Heroverfor står som anført af landsretten, at der i styrelsen var et betydeligt antal medarbejdere, der var ældre end A og B, som ikke blev afskediget. I Bs kontor var der fem ældre medarbejdere, og i As kontor var der én ældre medarbejder, som ikke blev opsagt. Højesteret tiltræder herefter, at oplysningerne om de opsagtes alder og aldersfordelingen i den samlede medarbejdergruppe ikke udgør faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling.

Højesteret stadfæster derfor dommen.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Ligebehandlingsnævnets sekretariat som mandatar for A og B betale 75.000 kr. til Moderniseringsstyrelsen.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.