



HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 12. marts 2024

Sag BS-45599/2023-HJR
(1. afdeling)

HK Danmark som mandatar for A
(advokat Anton Gramstrup Larsen)

mod

X ApS (tidligere ... ApS)
(advokat Jens Paulsen)

Biintervenient til støtte for HK Danmark som mandatar for A:
Fagbevægelsens Hovedorganisation
(advokat Ann-Beth Kirkegaard)

Biintervenient til støtte for X ApS:
Dansk Arbejdsgiverforening
(advokat Tine Benedikte Skyum)

I tidligere instanser er afsagt dom af Retten i Horsens den 24. marts 2021 (BS-20928/2020-HRS) og af Vestre Landsrets 5. afdeling den 23. marts 2023 (BS-15264/2021-VLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Hanne Schmidt, Jan Schans Christensen, Jens Kruse Mikkelsen, Ole Hasselgaard og Mohammad Ahsan.

Påstande

Appellanten, HK Danmark som mandatar for A, har nedlagt påstand om, at indstævnte, X ApS, skal betale yderligere 168.309 kr. med procesrente fra den 28. marts 2020.

X ApS har påstået stadfæstelse af landsrettens dom om fastsættelse af godtgørelsen til 66.278,34 kr.

Supplerende sagsfremstilling

Efter afsigelsen af Vestre Landsrets dom den 23. marts 2023 er ... ApS ophørt ved fusion med X ApS som det fortsættende selskab.

Retsgrundlag

Forskelsbehandlingsloven

Forskelsbehandlingsloven indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"Kapitel 1

Lovens anvendelsesområde

§ 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, jf. dog § 2 a.

Kapitel 2

Forbud mod forskelsbehandling

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

Stk. 2. Forskelsbehandling med hensyn til lønvilkår foreligger, hvis der ikke ydes lige løn for samme arbejde eller for arbejde, der tillægges samme værdi.

Stk. 3. En lønmodtager, hvis løn i strid med stk. 1 er lavere end andres, har krav på forskellen.

...

Kapitel 4

Godtgørelse, bevisbedømmelse m.v.

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

Beskæftigelsesdirektivet

I Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv fremgår bl.a.:

"(35) Medlemsstaterne bør fastsætte effektive sanktioner, der står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning, og som iværksættes i tilfælde af handlinger, der strider mod forpligtelserne i dette direktiv.

...

Artikel 1

Formål

Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet

b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering, særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, eller

ii) medmindre arbejdsgiveren eller enhver anden person eller organisation omfattet af dette direktiv, i medfør af den nationale lovgivning er nødt til at træffe passende foranstaltninger for så vidt angår personer med et bestemt handicap i henhold til principperne i artikel 5 med henblik på at afhjælpe ufordelagtige virkninger af denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis.

...

Artikel 3

Anvendelsesområde

...

3. Dette direktiv omfatter ikke udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger.

...

Artikel 17

Sanktioner

Medlemsstaterne fastsætter, hvilke sanktioner der skal anvendes ved overtrædelse af de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af dette direktiv, og tager alle nødvendige skridt til at sikre deres iværksættelse. Sanktionerne, der kan indebære, at der ydes ofret skadeserstatning, skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Medlemsstaterne giver senest den 2. december 2003 Kommissionen meddelelse herom og underretter den endvidere hurtigst muligt om senere ændringer."

EU-Domstolen afsagde den 26. januar 2021 dom i sag C-16/19 (VL). Sagen angik et sygehus, der havde besluttet at yde et månedligt løntillæg til ansatte, som efter en bestemt dato i 2013 indgav en attest for anerkendelse af handicap. Ansatte, som indgav attesten efter denne dato, modtog herefter løntillægget, hvorimod ansatte, der havde indgivet den samme attest før denne dato, ikke modtog løntillægget. Spørgsmålet i sagen var bl.a., om sygehusets praksis vedrørende tildeling af løntillæg udgjorde forskelsbehandling mellem handicappede i beskæftigelsesdirektivets forstand.

I dommen udtalte EU-Domstolen bl.a., at formålet med beskæftigelsesdirektivets ligebehandlingsprincip er at beskytte en arbejdstager, der har et handicap som omhandlet i direktivet, mod enhver forskelsbehandling på grund af dette handicap ikke blot i forhold til arbejdstagere, der ikke har et handicap, men også i forhold til andre arbejdstagere, der har et handicap (præmis 36).

Endvidere udtalte EU-Domstolen, at det tilkom den forelæggende ret at tage stilling til, om det ovennævnte tidsmæssige kriterium vedrørende indgivelse af attesten for anerkendelse af handicap i forhold til de arbejdstagere, som blev nægtet løntillægget, "er uadskilleligt forbundet med deres handicap, i hvilket tilfælde der må fastslås en direkte forskelsbehandling på grund af dette handicap" (præmis 51).

Fleksjobordningen

For personer, der er påbegyndt fleksjobbet før den 1. januar 2013, betaler arbejdsgiveren løn til den fleksjobansatte svarende til lønnen for en fuldtidsansat, og kommunen udbetaler et tilskud til arbejdsgiveren på enten halvdelen eller totredjedele af lønnen afhængig af graden af den fleksjobansattes nedsatte arbejdsevne, jf. nu § 133 og § 134 i lovbekendtgørelse nr. 701 af 22. maj 2022 om en aktiv beskæftigelsesindsats.

Ved lov nr. 1380 af 23. december 2012 om ændring af lov om aktiv beskæftigelsesindsats mv. blev fleksjobordningen ændret for personer, der er påbegyndt fleksjobbet den 1. januar 2013 eller senere. Efter denne ordning betaler arbejdsgiveren alene løn til den fleksjobansatte for den arbejdsindsats, den pågældende reelt yder. Den fleksjobansatte kompenseres for den nedsatte arbejdsevne ved et fleksløntilskud, som den pågældende modtager direkte fra kommunen, jf. nu § 122 og § 123 i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats.

Af bemærkningerne til det lovforslag, der lå til grund for den nævnte lovændring, fremgår bl.a. (Folketingstidende 2012-13, tillæg A, lovforslag nr. L 53, sp. 24, 26, 36 og 85):

"1.2. Sigtelinjer for reformen

Den grundlæggende intention bag dette lovforslag er at komme væk fra et system, hvor borgere får tilkendt førtidspension i stedet for hjælp til at bane vejen for et liv med arbejde. Udviklingen skal vendes, så flere får en tilknytning til arbejdsmarkedet og dermed adgang til at forsørge sig selv, og færrest muligt ender på passiv varig forsørgelse. Målgruppen for reformen er mennesker med komplekse problemer, hvor sociale, beskæftigelses- og sundhedsmæssige udfordringer skaber barrierer i forhold til arbejdsmarkedet. Reformen bygger på følgende sigtelinjer:

...

1.2.9. Fremtidssikring og målretning af fleksjobordningen

Fleksjobordningen skal fremtidssikres, så det også fremover vil være muligt for mennesker med nedsat arbejdsevne at få adgang til arbejdsmarkedet.

Fleksjobordningen skal derfor målrettes, så de mennesker, der har mindst arbejdsevne også kan komme i fleksjob og blive en del af fællesskabet. De største løntilskud vil derfor blive givet til de fleksjobansatte, der har den mindste arbejdsevne og den laveste løn. Samtidig vil det være sådan, at de fleksjobansatte får løn for den indsats, som de reelt yder. Det vil gøre det mere attraktivt for arbejdsgivere at ansætte medarbejdere med en lille arbejdsevne, og vil samtidig i højere grad tilskynde de fleksjobansatte til at øge antallet af arbejdstimer, hvis de er i stand til det.

...

2.2.2.2. Den foreslåede ordning

Med reformen lægges tilskuddet om, således at arbejdsgiveren fremover ikke skal betale løn for fuld tid, men skal betale løn for det arbejde, der bliver udført, ligesom personer i fleksjob skal have løn for den arbejdsindsats, de reelt yder. Den fleksjobansatte kompenseres for den nedsatte arbejdsevne ved et fleksløntilskud fra kommunen. Den fleksjobansattes indtægt i fleksjobbet vil således fremover bestå af løn fra arbejdsgiveren suppleret med et tilskud fra kommunen, der reguleres på baggrund af lønindtægten.

Det er vigtigt, at fleksjobordningen også kan rumme de særlige tilfælde, hvor en betydelig funktionsnedsættelse gør, at personerne ikke kan arbejde med fuld intensitet i de timer, hvor de arbejder. Det er derfor vigtigt, at reglerne om lønfastsættelse afspejler dette, idet der ellers er risiko for, at der ikke kan etableres fleksjob i disse tilfælde.

...

Til § 70 e

Fastsættelse og regulering af løn

Efter de gældende regler ansættes en person i et fleksjob som udgangspunkt på fuld tid, uanset hvor mange timer, den ansatte arbejder i jobbet. Arbejdsgiveren betaler lønnen til den ansatte i fleksjob for fuld tid, og kommunen udbetaler et tilskud på enten halvdelen eller totredjedele af lønnen til arbejdsgiveren afhængig af graden af den nedsatte arbejdsevne. Løn og øvrige arbejdsvilkår fastsættes som udgangspunkt efter de kollektive overenskomster på ansættelsesområdet, herunder de sociale kapitler. I en ikke-overenskomstdækket ansættelse gælder overenskomsten på sammenlignelige områder. Fastsættelsen af løn og øvrige arbejdsvilkår skal ske i samarbejde med de faglige organisationer.

Stk. 1

Med reformen lægges tilskuddet om, således at arbejdsgiveren fremover ikke skal betale løn for fuld tid, men skal betale løn for det arbejde, der bliver udført, ligesom personer i fleksjob skal have løn for den arbejdsindsats, de reelt yder. Den fleksjobansatte kompenseres for den nedsatte arbejdsevne ved et fleksløntilskud fra kommunen. Den fleksjobansattes indtægt i fleksjobbet vil således fremover bestå af løn fra arbejdsgiveren suppleret med et tilskud fra kommunen, der reguleres på baggrund af lønindtægten. Det foreslås således i stk. 1, at arbejdsgiveren skal udbetale løn til den ansatte for det arbejde, der bliver udført. Lønnen suppleres med et fleksløntilskud, der beregnes og udbetales af kommunen efter de regler, der er foreslået i forslag til en ny § 70 f. Der henvises til bemærkningerne hertil."

Ved behandlingen af det lovforslag, der lå til grund for den nævnte lovændring, besvarede beskæftigelsesministeren spørgsmål 17 og spørgsmål 50 om fleksjobordningen. Spørgsmål 17 og svaret herpå lød således:

"Spørgsmål nr. 17:

"Vedrørende lovens § 70 e bedes ministeren oplyse, hvilken afskedigelsesbeskyttelse en fleksjobber har? Er der forskel på beskyttelsen af fleksjobbere med meget ringe arbejdsevne og fleksjobbere med relativ god arbejdsevne?"

Endeligt svar:

I Danmark er det sådan, at en arbejdsgiver som hovedregel frit kan ansætte og afskedige medarbejdere. Den frie afskedigelsesret er imidlertid begrænset af en række lovregler, fx lovgivningen om ligebehandling af mænd og kvinder mht. beskæftigelse og lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. Desuden indeholder funktionærloven krav

om, at en afskedigelse skal være rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold. Derudover indeholder hovedaftalerne på arbejdsmarkedet bestemmelser om, at en afskedigelse skal være rimeligt begrundet.

En afskedigelse som er begrundet i, at en person ikke kan udføre de arbejdsopgaver, som personen er ansat til at udføre, anses for at være rimeligt begrundet. Hvad, der gælder for den enkelte ansættelse, vil afhænge af, hvad der regulerer den enkelte ansættelse, og om ansættelsen sker på et overenskomstdækket område eller på et område, som ikke er dækket af overenskomst.

En person i fleksjob har som udgangspunkt samme beskyttelse som andre ansatte hos samme arbejdsgiver. For personer ansat i fleksjob hos samme arbejdsgiver er der ikke forskel på beskyttelsen med hensyn til, om personen har meget ringe eller mindre ringe arbejdsevne. Formålet med at ansætte en person i fleksjob er bl.a., at også personer med begrænset arbejdsevne skal kunne ansættes, og der vil derfor være taget højde for arbejdsevnen ved etableringen af fleksjob."

Af spørgsmål 50 og svaret herpå fremgår bl.a.:

"Spørgsmål nr. 50:

"Ministeren bedes kommentere henvendelsen af 19. november 2012 fra STOP Fleksjobreformen, jf. L 53 - bilag 24."

Endeligt svar:

Jeg vil til STOP Fleksjobreformens indledende generelle betragtninger henvise til mit svar på spørgsmål 13 til L 53.

Til de enkelte elementer i STOP Fleksjobreformens henvendelse kan jeg i øvrig oplyse følgende:

1. Lovforslagets overordnede grundlag, argumenter og konsekvenser

...

14. – 15.

...

Samtidig forventes det, at en del af de fleksjobvisiterede med mindst arbejdsevne, der i dag er henvist til ledighedsydelse, vil få mulighed for at blive ansat i et fleksjob. Det skyldes navnlig, at det med den nye ordning

kan betale sig for arbejdsgiverne at ansætte personer i fleksjob, der kan arbejde mindre end 12 timer (1/3 af en normalarbejdsuge). Det kan det som udgangspunkt ikke i dag.

Endeligt forventes det, at en mindre del af de personer, der kommer i et ressourceforløb, vil være i stand til at varetage et fleksjob frem for førtidspension.

...

3. Jobskabelse – hvor er jobbene

...

3. Som nævnt i svaret på ovenstående afsnit 3.2 skal arbejdsgiveren efter forslaget alene betale løn for det arbejde, der bliver udført. Dermed undgås, at arbejdsgivere, som det er tilfældet efter de nugældende regler, er tilbageholdende med at ansætte personer, der kan arbejde i meget få timer om ugen, hvor de ikke er lønmæssigt dækket ind af et tilskud på totredjedele af lønnen."

Ved lov nr. 548 af 7. maj 2019 om ændring af lov om aktiv beskæftigelsesindsats blev fleksjobordningen videreført. Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget fremgår bl.a. (Folketingstidende 2018-19, tillæg A, lovforslag nr. L 209, s. 136):

"2.20. Fleksjob

...

2.20.1.6. Fleksløntilskud

Udbetaling af fleksløntilskud fra kommunen forudsætter, at der er en løn-udbetaling fra arbejdsgiveren. Fleksløntilskuddet skal supplere en løn, der på grund af den fleksjobansattes nedsatte arbejdsevne er mindre end lønnen for fuldtidsarbejde. Lønnen behøver ikke at komme til udbetaling samtidig med fleksløntilskuddet, fx i tilfælde hvor en lønudbetaling dækker flere måneder. Det afgørende er, at den fleksjobansatte modtager løn fra arbejdsgiveren for det udførte arbejde. Der kan således ikke udbetales fleksløntilskud til job, hvor der ikke udbetales løn. Fleksløntilskuddet ydes i lighed med ledighedsydelse for 5 dage om ugen. Fleksløntilskud er en offentlig forsørgelsesydelse, og der skal derfor ikke beregnes AM-bidrag af fleksløntilskuddet."

Anbringender

HK Danmark som mandatar for A har anført navnlig, at godtgørelsen skal udmåles til 9 måneders samlet indtægt for A, således at både lønnen fra arbejdsgiveren og fleksløntilskuddet fra kommunen skal indgå i den samlede indtægt.

Fleksjobansatte på den gamle fleksjobordning har ved en afskedigelse i strid med forskelsbehandlingsloven ret til en godtgørelse fastsat med udgangspunkt i den samlede indtægt i fleksjobbet, dvs. den løn, som arbejdsgiveren betaler til den fleksjobansatte, og således, at det kommunale løntilskud til arbejdsgiveren ikke fratrækkes.

Det var med den nye fleksjobordning, som blev indført ved lov nr. 1380 af 23. december 2012, ikke tilsigtet, at der skulle udmåles en lavere godtgørelse til fleksjobansatte på den nye ordning ved afskedigelse i strid med forskelsbehandlingsloven, end til fleksjobansatte på den gamle ordning. Dette synspunkt har støtte i forarbejderne til loven, herunder navnlig beskæftigelsesministerens svar af 29. november 2012 til Folketingets Beskæftigelsesudvalg på spørgsmål 17.

Beskæftigelsesministerens svar af 2. februar 2021 på spørgsmål nr. 186 (alm. del) om udmåling af godtgørelse ved uberettiget afskedigelse af personer ansat i fleksjob viser ikke noget om lovgivers hensigt med lovændringen af fleksjobordningen. Svaret angår en beskrivelse af retspraksis, som ikke har betydning for Højesterets vurdering af den foreliggende sag.

Den godtgørelse, som landsretten har fastsat, er i strid med EU-retten. Den er udtryk for direkte eller indirekte forskelsbehandling, som ikke er objektivt begrundet i et sagligt formål eller er proportional.

Det følger af EU-Domstolens dom af 26. januar 2021 i sag C-16/19 (VL), at forbuddet mod forskelsbehandling også gælder mellem forskellige grupper af handicappede.

En udmåling af godtgørelsen alene på baggrund af arbejdsgiverens lønudgift udgør diskrimination mellem handicappede lønmodtagere med forskellige tilpasningsforanstaltninger og mellem handicappede lønmodtagere med nedsat arbejdsevne og ikke-handicappede lønmodtagere. Endvidere vil den nævnte godtgørelsesudmåling udgøre diskrimination mellem handicappede lønmodtagere på den nye fleksjobordning og handicappede lønmodtagere på den gamle fleksjobordning.

Hvis Højesteret finder, at godtgørelsen skal udmåles alene med udgangspunkt i den løn, som er udbetalt fra virksomheden, skal godtgørelsen fastsættes væsentlig højere end fastsat af landsretten.

Godtgørelsen skal således ikke alene være forholdsmæssig, men skal tillige være tilstrækkelig effektiv og afskrækkende med henblik på at sikre, at reglerne har fuld gennemslagskraft, jf. EU-Domstolens dom af 14. september 2016 i de forenede sager C-184/15 og C-197/15 (Florentina Martinez Andrés m.fl.) og UfR 2018.2268 H. En godtgørelse under 100.000 kr. vil næppe have en afskrækkende effekt.

Det vil være hensigtsmæssigt, hvis Højesteret fastsætter retningslinjer for udmåling af godtgørelsen for fleksjobansatte på den nye ordning, som kan variere efter forholdets grovhed.

X har anført navnlig, at godtgørelsen skal udmåles på baggrund af den faktiske løn, som er udbetalt til A. Dette er i overensstemmelse med retspraksis for udmåling af godtgørelse til fleksjobansatte på den nye fleksjobordning, jf. UfR 2022.3230 V, UfR 2023.1434 Ø og UfR 2023.2841 V.

Selv om ordet "løn" ikke fremgår direkte af ordlyden af forskelsbehandlingslovens § 7, følger det af retspraksis, at der tilkendes en godtgørelse svarende til 6, 9 eller 12 måneders løn, jf. bl.a. UfR 2013.2575 H.

Det er i overensstemmelse med formålet med ændringen af fleksjobordningen, der blev gennemført ved lov nr. 1380 af 23. december 2012, at der er en forskel i udmåling af godtgørelse til fleksjobansatte på henholdsvis den nye og gamle fleksjobordning. Beskæftigelsesministerens svar af 29. november 2012 til Folketingets Beskæftigelsesudvalg på spørgsmål 17 ændrer ikke herved.

Beskæftigelsesministeren tilkendegav ved sit svar af 2. februar 2021 på spørgsmål nr. 186 (alm. del), at lovgiver ved ændringen af fleksjobordningen var bekendt med og havde accepteret, at ændringerne i aflønningen efter den nye fleksjobordning kunne få den virkning, at godtgørelse ved uberettiget afskedigelse af fleksjobansatte på den nye fleksjobordning kunne være forskellig fra godtgørelse ved uberettiget afskedigelse af fleksjobansatte ansat på den gamle fleksjobordning.

En udmåling af godtgørelsen, som fastsættes ud fra arbejdsgiverens faktiske lønudgift, er i overensstemmelse med EU-retten, herunder effektivitetsprincippet.

En godtgørelsesudmåling, hvor der er taget udgangspunkt i den faktiske lønudgift, udgør hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling af A. Det skyldes bl.a., at den lov, der indførte den nye fleksjobordning, forfølger et legitimt formål.

Udmåles godtgørelsen på baggrund af den faktiske lønudgift med tillæg af fleksløntilskuddet, vil det betyde, at A som fleksjobansat opnår en langt højere godtgørelse, end det er muligt at opnå for en handicappet deltidsansat, der ikke er ansat i et fleksjob.

Hvis godtgørelsen til fleksjobansatte på den nye fleksjobordning udmåles på baggrund af den faktiske lønudgift med tillæg af fleksløntilskuddet, vil en arbejdsgiver, som påtager sig at beskæftige fleksjobansatte, blive pålagt en uforholdsmæssig stor økonomisk byrde, der rækker langt ud over den forpligtelse, som har kunnet forventes ved indgåelsen af ansættelseskontrakten.

Den potentielle økonomiske belastning kan afholde arbejdsgivere fra at ansætte personer i fleksjob, herunder særligt personer med en beskeden arbejdsevne. Dette vil være i strid med formålet med ændringen af beskæftigelsesindsatsloven.

Godtgørelsen til A er ikke fastsat så lavt, at der er en risiko for, at beskyttelsen kan anses for udhulet. Godtgørelsen skal derfor ikke skønsmæssigt fastsættes til et højere beløb.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstillinger

A blev den 18. april 2017 ansat i et fleksjob hos ... ApS (nu X ApS) med en ugentlig arbejdstid på 6 timer, der senere blev forhøjet til 10 timer. Hun blev afskediget den 28. november 2019, hvilket blev begrundet med omstrukturering af virksomhedens varelager og udbud. Det er ubestridt, at afskedigelsen af A var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling, og at virksomheden derfor efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, skal betale en godtgørelse til hende.

Sagen angår, om godtgørelsen efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, skal udmåles med udgangspunkt alene i den løn, som virksomheden udbetalte til A, eller med udgangspunkt i lønnen med tillæg af det fleksløntilskud, som kommunen udbetalte til hende. Hvis godtgørelsen udmåles med udgangspunkt alene i lønnen, er det et spørgsmål, om den forskel, der i givet fald vil være i udmålingen af godtgørelse til fleksjobansatte, der er påbegyndt fleksjobbet før den 1. januar 2013 henholdsvis senere, er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling. Endelig er der spørgsmål, om der i øvrigt er grundlag for at forhøje den godtgørelse, som landsretten har udmålt.

Om den gamle og den nye fleksjobordning

En person, der er påbegyndt fleksjobbet før den 1. januar 2013, er som udgangspunkt ansat på fuld tid, uanset hvor mange timer den pågældende arbejder i

jobbet. Arbejdsgiveren betaler derfor løn til den fleksjobansatte svarende til lønnen for en fuldtidsansat, og kommunen udbetaler et tilskud på enten halvdelen eller totredjedele af lønnen til arbejdsgiveren afhængig af graden af den fleksjobansattes nedsatte arbejdsevne.

Med hensyn til en person, der er påbegyndt fleksjobbet den 1. januar 2013 eller senere, betaler arbejdsgiveren ikke løn svarende til lønnen for en fuldtidsansat, men kun for den arbejdsindsats, den pågældende reelt yder. Den fleksjobansatte kompenseres for den nedsatte arbejdsevne ved et fleksløntilskud, som den pågældende modtager direkte fra kommunen. Flexløntilskuddet, som beregnes med udgangspunkt i et beløb, der svarer til 98 pct. af dagpengenes højeste beløb, reguleres på baggrund af lønindtægten.

Den beskrevne ændring af fleksjobordningen blev foretaget ved lov nr. 1380 af 23. december 2012 om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats mv.

Om godtgørelsen skal udmåles med udgangspunkt alene i den udbetalte løn
Efter praksis vedrørende afskedigelse i strid med forskelsbehandlingsloven udmåles en godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1 – ligesom en godtgørelse ved afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9 – med udgangspunkt i den løn, som den ansatte modtager fra arbejdsgiveren, jf. bl.a. Højesterets domme af 13. juni 2013 (UfR 2013.2575), 11. august 2015 (UfR 2015.3827) og 22. november 2017 (UfR 2018.853).

Den nævnte udmålingspraksis følges også med hensyn til godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, for personer, der er påbegyndt fleksjobbet før den 1. januar 2013, og som er afskediget i strid med forskelsbehandlingsloven. Godtgørelsen til den fleksjobansatte udmåles således med udgangspunkt i den løn, som arbejdsgiveren har betalt til den pågældende, uden at det kommunale løntilskud til arbejdsgiveren fratrækkes.

Efter den nye fleksjobordning er arbejdsgiveren som nævnt kun forpligtet til at betale den fleksjobansatte løn for den arbejdsindsats, den pågældende reelt yder, hvorimod arbejdsgiveren efter den gamle ordning er forpligtet til at betale den fleksjobansatte løn svarende til lønnen for en fuldtidsansat. Den nye ordning indebærer således en helt anden og mindre lønforpligtelse for arbejdsgiveren end den gamle ordning, og der er tale om to ordninger, som er grundlæggende forskellige.

På den anførte baggrund finder Højesteret, at en fravigelse af udmålingspraksis for så vidt angår personer, der er påbegyndt fleksjobbet den 1. januar 2013 eller senere – således at der ved udmålingen af godtgørelsen tages udgangspunkt i den udbetalte løn med tillæg af flexløntilskuddet, som den fleksjobansatte

modtager fra kommunen – må kræve klare holdepunkter i lovgivningen. Højesteret finder, at der ikke i beskæftigelsesindsatsloven eller dens forarbejder er sådanne holdepunkter.

En godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, der udmåles i overensstemmelse med det anførte, således at godtgørelsen udmåles med udgangspunkt alene i den udbetalte løn, indebærer, at personer, der er påbegyndt fleksjobbet før den 1. januar 2013, får en højere godtgørelse end personer, der er påbegyndt fleksjobbet den 1. januar 2013 eller senere. Spørgsmålet er, om en sådan forskel vil udgøre ulovlig forskelsbehandling.

Den beskrevne lovændring indebærer som nævnt, at arbejdsgiveren ikke modtager tilskud på enten halvdelen eller totredjedele af lønnen fra kommunen, og at den fleksjobansatte på den nye ordning i stedet modtager et flekssløntilskud direkte fra kommunen.

Som anført af landsretten var formålet med lovændringen bl.a. at fremtidssikre og målrette ordningen, således at de personer, der har mindst arbejdsevne, også kan komme i fleksjob og blive en del af fællesskabet på arbejdsmarkedet. I den forbindelse var det bl.a. forudsat, at det ville gøre det mere attraktivt for arbejdsgivere at ansætte medarbejdere med en lille arbejdsevne, da de fleksjobansatte alene skal have løn fra arbejdsgiveren for den indsats, som de reelt yder.

Retsforholdet mellem arbejdsgiveren og den fleksjobansatte er således forskelligt afhængigt af, hvilken fleksjobordning der gælder.

Højesteret finder på denne baggrund, at forskellen i udmålingen af godtgørelsen til fleksjobansatte afhængig af fleksjobbets påbegyndelsestidspunkt ikke indebærer direkte forskelsbehandling, da forskellen ikke er baseret på fleksjobansattes handicap eller er uadskilleligt forbundet med deres handicap, jf. herved præmis 51 i EU-Domstolens dom af 26. januar 2021 i sag C-16/19. Hertil kommer, at der under alle omstændigheder ikke foreligger sammenlignelige situationer.

Endvidere finder Højesteret, at der heller ikke foreligger indirekte forskelsbehandling, idet forskellen i udmåling af godtgørelsen er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Det, som A i øvrigt har anført, kan heller ikke føre til det resultat, at der foreligger forskelsbehandling i strid med forbuddet herom.

Højesteret tiltræder herefter, at godtgørelsen efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, skal udmåles med udgangspunkt alene i den løn, som virksomheden udbetalte til A.

Om fastsættelsen af godtgørelsen

Ved fastsættelsen af godtgørelsen skal der foruden den ansattes løn lægges vægt på grovheden af overtrædelsen, herunder baggrunden for denne, og den krænkelse, der er påført den enkelte, jf. bl.a. Højesterets dom af 11. august 2015 (UfR 2015.3827). Endvidere skal der lægges vægt på varigheden af ansættelsen.

Efter en samlet vurdering – og da der ikke er grundlag for at forhøje godtgørelsen efter beskæftigelsesdirektivets artikel 17, hvorefter sanktionerne skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning – tiltræder Højesteret, at godtgørelsen til A er fastsat svarende til 9 måneders løn.

Konklusion

Højesteret stadfæster landsrettens dom.

THI KENDES FOR RET:

Landsrettens dom stadfæstes, herunder således at X ApS til A skal betale 66.278,34 kr. med procesrente fra den 28. marts 2020.

I sagsomkostninger for Højesteret skal HK Danmark som mandatar for A betale 40.000 kr. til X ApS.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse.

Sagsomkostningsbeløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.