

Aalborg Universitet

Kandidatspeciale

**Ligebehandlingslovens beskyttelse
af mænd ved fertilitetsbehandling**

Michelle Horshauge Ravnsborg

Studienummer: 20154454

Vejleder: Bjørn Holtze

19. maj 2020

Abstract

The main purpose of this thesis is to study to what extent the Danish Act on Equal Treatment of Men and Women as regards Access to Employment etc. protects men when they undergo fertility treatment. By describing, interpreting, and systematising the current law, this thesis intends to investigate how men are protected against dismissal during fertility treatment in comparison to women. Following this study, the thesis investigates if the legal positions of men and women are equal, or if women have a special protection during fertility treatment, similarly as pregnant women have regarding protection against dismissal.

When answering these questions, the thesis bases its conclusion on the interpretation of the legislative provision on prohibition against gender discrimination regarding dismissal protection. The interpretation of this provision focuses on whether the field of application can be extended to include protection during fertility treatment. The study also includes an interpretation of the provision on shared burden of proof, which applies in cases regarding dismissals that contravene the prohibition against gender discrimination. This provision is interpreted to understand how the shared burden of proof impacts the protection against dismissal in relation to fertility treatment. Furthermore, the Danish Sickness Benefit Act is included to investigate if an agreement on refund of sickness benefits paid by an employer to an employee undergoing fertility treatment may have an impact on the burden of proof and therefore also on the dismissal protection during fertility treatment. To answer the questions, this thesis also analyses cases. However, as only one case concerns the protection of men, cases regarding dismissal of women during fertility treatment is analysed to conclude the extent of the dismissal protection in relation to men.

Based on the interpretation of the legislative provisions and the analysis of cases, the conclusion of this thesis is that Danish case law determines that men are protected against dismissal due to absence related to fertility treatment. Part of the protection is the provision on a shared burden of proof, which applies in case a worker establishes facts, from which it may be presumed that he was dismissed because of his fertility treatment. This part of the protection is not determined in Danish case law when regarding men. However, since the Danish Act on Equal Treatment of Men and Women as regards Access to Employment etc. does not prescribe a special protection of women undergoing fertility treatment, it is assumed that the law does not allow gender discrimination in this case.

A fact, regarding the provision on shared burden of proof, can be an agreement on the refund of sickness benefits paid by the employer. However, in the case of fertility treatment, it is mostly women who undergo treatment. Therefore, women can legally make such an agreement more often than men, and thus women have more opportunities to establish a fact in accordance with the provision on shared burden of proof. Due to this, it seems that women are better protected against dismissal. However, the Danish courts have not yet reached such a conclusion. In each case the presented evidence still seems to be vital for the outcome of the verdict.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
1. Indledning	5
1.1. Emne	5
1.2. Problemformulering	6
1.3. Afgrænsning	6
1.4. Metode og retskilder	7
1.5. Specialets struktur	10
2. Fertilitetsbehandling.....	11
2.1. Årsager til ufrivillig barnløshed.....	12
2.2. Behandlingsmetoder.....	12
2.3. Beskrivelsernes betydning	13
3. Afskedigelsesbeskyttelsen ved fertilitetsbehandling	14
3.1. Beskyttelse mod afskedigelse på grund af graviditet.....	14
3.1.1. Formålet med afskedigelsesbeskyttelsen	15
3.2. Det EU-retlige ligebehandlingsprincip	18
3.3. Beskyttelsen af gravide kvinder	21
3.4. Domstolenes fortolkning af afskedigelsesbeskyttelsen.....	23
3.4.1. Afskedigelsesbeskyttelse ved fertilitetsbehandling	23
3.4.2. EU-Domstolens fortolkning af afskedigelsesbeskyttelsen.....	25
3.4.3. Afskedigelsesbeskyttelse af mænd ved fertilitetsbehandling.....	28
3.4.4. Omfanget af afskedigelsesbeskyttelsen	31
3.5. Delkonklusion	34
4. Ligebehandlingslovens bevisbyrderegler.....	36
4.1. Bevisbyrdereglerne i et historisk perspektiv	36

4.2. Ligebehandlingslovens § 16 a.....	37
4.2.1. Formålet med reglen om delt bevisbyrde.....	38
4.3. Domstolenes fortolkning af reglen om delt bevisbyrde.....	40
4.3.1. Anvendelse af delt bevisbyrde i sager om ligebehandlingslovens § 9.....	40
4.3.2. Skillelinjen mellem ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 og § 16 a.....	43
4.3.3. Udstrækningen af beskyttelsen i ligebehandlingslovens § 16 a.....	45
4.4. Delkonklusion.....	47
5. Retten til dagpenge under fravær.....	49
5.1. Fravær på grund af fertilitetsbehandling.....	49
5.2. Aftaler efter sygedagpengelovens § 56.....	52
5.2.1 Reglens betydning i sager om ligebehandlingslovens § 9.....	53
5.2.2. Betingelser for at indgå en § 56-aftale.....	54
5.2.3. § 56-aftaler ved fravær på grund af fertilitetsbehandling.....	56
5.3. Delkonklusion.....	58
6. Konklusion.....	60
7. Litteraturliste.....	63
7.1. Love og lovbekendtgørelser.....	63
7.2. Traktater.....	63
7.3. Direktiver.....	64
7.4. Bekendtgørelser.....	64
7.5. Forarbejder.....	64
7.6. Vejledninger.....	66
7.7. Retspraksis.....	66
7.8. Ankestyrelsens principafgørelser.....	66
7.9. Litteratur.....	66
7.10. Øvrigt.....	67

1. Indledning

1.1. Emne

På beskæftigelsesområdet vedbliver ligebehandling af mænd og kvinder med at være et aktuelt emne. Selvom der i dansk lovgivning så vel som i EU-lovgivningen er opstillet bestemmelser, der har til formål at beskytte mænd og kvinder mod forskelsbehandling på grund af køn, sker det i praksis, at arbejdsgivere behandler deres ansatte forskelligt i strid med beskyttelsesbestemmelserne. Hovedreglen er, at arbejdsgivere ikke må forskelsbehandle mandlige og kvindelige lønmodtagere på grund af deres køn. I dansk ret er forbuddet mod forskelsbehandling på grund af køn med hensyn til beskæftigelse lovfæstet i ligebehandlingsloven.¹ Forbuddet mod forskelsbehandling gælder både ved ansættelser, i selve ansættelsesforholdet og ved afskedigelser.² For så vidt angår afskedigelser, bestemmer ligebehandlingslovens § 9, at en arbejdsgiver ikke må afskedige eller udsætte en lønmodtager for anden mindre gunstig behandling på grund af graviditet, barsel eller adoption. Umiddelbart beskytter forbuddet mod afskedigelse på grund af graviditet særligt gravide kvinder mod at blive forskelsbehandlet på grund af deres køn, men mænd anses for at være beskyttet i samme omfang som kvinder i henhold til afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9.³

En nyere problemstilling på beskæftigelsesområdet er beskyttelsen af lønmodtagere mod afskedigelse i forbindelse med fertilitetsbehandling.⁴ En lønmodtager, der modtager fertilitetsbehandling, har et ønske om at opnå graviditet ved hjælp af behandlingen. Hvis en arbejdsgiver afskediger en lønmodtager, der undergår fertilitetsbehandling, kan graviditeten således indtræffe kort tid efter afskedigelsen.⁵ På denne måde er fertilitetsbehandling nært forbundet med graviditet. Fertilitetsbehandling kan være nødvendigt for at opnå graviditet på grund af fertilitetsproblemer hos både mænd og kvinder. Derudover kan både mandlige og kvindelige lønmodtagere have behov for at være fraværende fra deres arbejde for at tage del i fertilitetsbehandlingerne. Umiddelbart er der således hensyn at tage til både mænd og kvinder i et fertilitetsbehandlingsforløb. I denne sammenhæng er problematikkerne, om afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 gælder i den periode, hvor lønmodtagere er i fertilitetsbehandling, og om mandlige lønmodtagere er beskyttet i samme omfang som kvindelige lønmodtagere, når det drejer sig om fertilitetsbehandling.

¹ Jf. § 1, stk. 1 i lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011

² Jf. kapitel 2 i lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011

³ Mikael Marstal, Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption, 2011, s. 121

⁴ Marstal 2011, s. 5

⁵ Marstal 2011, s. 99

Formålet med specialet er at belyse, hvorledes mandlige lønmodtagere er stillet, når de er fraværende fra deres arbejde på grund af fertilitetsbehandling. I specialet vil det blive undersøgt, i hvilken udstrækning mandlige lønmodtagere er beskyttet mod afskedigelse ved fertilitetsbehandling. På baggrund af undersøgelserne vil det blive vurderet, om mandlige og kvindelige lønmodtagere er beskyttet i samme omfang. I det omfang specialet fastslår, at mænd og kvinder behandles forskelligt, vil det blive undersøgt, om forskelsbehandlingen er i strid med ligebehandlingsprincippet, eller om der er særlige hensyn at tage til det ene køn frem for det andet i forbindelse med fertilitetsbehandling.

1.2. Problemformulering

Formålet med specialet er at belyse retsstillingen for mænd ved fertilitetsbehandling. Belysningen af denne juridiske problemstilling vil tage udgangspunkt i følgende problemformulering:

Hvorledes er mænd beskyttet ved fertilitetsbehandling?

I forlængelse af besvarelsen af problemformuleringen vil følgende underspørgsmål blive undersøgt:

- Hvordan er retsstillingen for mænd forskellig fra kvinders retsstilling ved fertilitetsbehandling?
- Hvilke hensyn kan begrunde en forskelsbehandling på grund af køn ved fertilitetsbehandling?

1.3. Afgrænsning

Overordnet set er hensigten med specialet at belyse den gældende retstilstand for mænd på ligestillingsområdet. Som allerede nævnt er emneområdet afgrænset til at omhandle mænds retsstilling ved fertilitetsbehandling. Derudover afgrænses specialet til at undersøge, i hvilket omfang mandlige lønmodtagere er beskyttet mod afskedigelse, når de undergår fertilitetsbehandling. Ligebehandlingsloven vedrører ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse. Af denne grund afgrænses specialet til kun at omfatte mænd i beskæftigelse. Specialet har ikke til hensigt at belyse retsstillingen for hverken mænd, der er selvstændigt erhvervsdrivende, eller mænd, der er uden beskæftigelse.

Formålet med specialet er ikke at belyse retsstillingen for kvinder ved fertilitetsbehandling. På trods af denne afgrænsning vil retsstillingen for kvindelige lønmodtagere ved fertilitetsbehandling i et vist omfang blive medtaget i besvarelsen. Hvorledes den gældende retstilstand for kvinder er fastlagt på området, har betydning for belysningen af mænds retsstilling. Ligestilling kan ikke opnås, hvis rets-

stillingen for mænd og kvinder ikke sammenlignes. Ved at sammenligne mænd og kvinders rettigheder bliver det muligt at sikre, at mænd og kvinder nyder den samme beskyttelse, i det omfang der ikke er særlige hensyn at tage til det ene køn frem for det andet. I det omfang kvindelige lønmodtageres retsstilling ved fertilitetsbehandling antages at kunne bidrage til forståelsen af, hvorledes mandlige lønmodtagere er beskyttet ved fertilitetsbehandling, vil retskilder omhandlende beskyttelsen af kvinder blive medtaget.

For at undersøge beskyttelsen af mandlige lønmodtagere ved fertilitetsbehandling, er ligebehandlingslovens § 9 en af de bestemmelser, som specialet vil foretage en fortolkning af. Ligebehandlingslovens § 9 fastsætter beskyttelsen af lønmodtagere mod afskedigelse og anden mindre gunstig behandling på grund af køn. Problemformuleringen afgrænses på den måde, at undersøgelsen udelukkende kommer til at vedrøre den del af bestemmelsen, der har at gøre med forbuddet mod afskedigelse. Denne emneafgrænsning er foretaget med henblik på at begrænse omfanget af retskilder.

En del af beskyttelsen mod afskedigelse i henhold til ligebehandlingslovens § 9 er, at lønmodtagere kan tilkendes en godtgørelse, hvis afskedigelsen sker i strid med bestemmelsen. Hverken godtgørelsesbestemmelserne eller godtgørelsesniveauet i sager omhandlende afskedigelser i strid med ligebehandlingslovens § 9 vil imidlertid blive belyst i specialet. Derimod udvides belysningen af mænds retsstilling ved fertilitetsbehandling til at omfatte en undersøgelse af, om de mandlige lønmodtagere har ret til økonomisk støtte som følge af deres fravær fra arbejdet på grund af fertilitetsbehandling. Emnet kan omfatte denne problemstilling, fordi afskedigelsesbeskyttelsen ved fertilitetsbehandling hænger sammen med fraværet i forbindelse med fertilitetsbehandlingerne. Af den grund er det relevant at undersøge, om mandlige lønmodtagere har ret til dagpenge ved fravær fra arbejdet, der begrundes i fertilitetsbehandling.

1.4. Metode og retskilder

For at besvare problemformuleringen anvendes den retsdogmatiske metode. Retsdogmatisk metode er en beskrivelse, fortolkning og systematisering af gældende ret.⁶ For at beskrive retstilstanden på det valgte område anvendes ligebehandlingsloven som den primære retskilde. Ligebehandlingsloven indeholder bestemmelser, der er nødvendige at medtage i specialet for at beskrive gældende ret på området. De relevante bestemmelser for besvarelsen af problemformuleringen er ligebehandlings-

⁶ Jens Ewald, Juridisk teori, metode og videnskab, 2016, s. 13

lovens § 9 om afskedigelsesbeskyttelse af lønmodtagere og bevisbyrdereglen i ligebehandlingslovens § 16 a. Sygedagpengeloven er en anden relevant retskilde, som bliver medtaget med henblik på at beskrive en anden del af beskyttelsen af mænd i forbindelse med arbejdsfravær på grund af fertilitetsbehandling.

For at fastslå hvad gældende ret er på det valgte område, vil de relevante bestemmelser blive fortolket. Udgangspunktet for fortolkningen af bestemmelserne er en ordlydsfortolkning.⁷ Fortolkningen af bestemmelserne tager således udgangspunkt i en naturlig eller sædvanlig forståelse af de enkelte ord og udtryk i bestemmelserne.⁸ Hvis indholdet af en af bestemmelserne ikke klart kan udledes af bestemmelsens ordlyd, vil det blive nødvendigt at klarlægge formålet med bestemmelsen gennem lovens forarbejder.⁹

For at foretage en formålsfortolkning inddrages det indledende arbejde med lovens bestemmelser. Lovforslaget indeholder almindelige bemærkninger til loven i sin helhed og bemærkninger til de enkelte bestemmelser i loven. En anden del af det indledende arbejde med lovens bestemmelser er overvejelserne under udvalgets arbejde med betænkningen til lovforslaget og ministerudtalelser fra behandlingen af lovforslaget i Folketinget. Særligt de almindelige bemærkninger til lovforslaget og bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser kan have betydning for fortolkningen af bestemmelserne. Bemærkningerne kan bidrage til forståelsen af, hvordan lovforslaget skal forstås i en overordnet kontekst, samt hvilke overvejelser, der har været angående anvendelsesformålene med de enkelte bestemmelser.¹⁰

Hvis formålet med en lov eller en af lovens bestemmelser er at gennemføre hele eller dele af et EU-direktiv i dansk ret, så den nationale ret bliver overensstemmende med EU-retten, skal lovbestemmelserne forstås i overensstemmelse med den EU-lovgivning, der danner grundlag for loven.¹¹ Det bemærkes, at EU-Domstolen har slået fast, at national ret skal fortolkes i overensstemmelse med direktiverne.¹² Set fra et dansk perspektiv indbefatter forpligtelsen til EU-konform fortolkning af national ret, at de danske domstole skal fortolke de bestemmelser, der har til formål at gennemføre et

⁷ Evald 2016, s. 49

⁸ Evald 2016, s. 50

⁹ Evald 2016, s. 45

¹⁰ Evald 2016, s. 55 f.

¹¹ Evald 2016, s. 63

¹² Evald 2016, s. 63

direktiv, direktivkonformt, i det omfang domstolene skøn gør det muligt.¹³ På baggrund heraf kan det nødvendigt at forstå bestemmelserne i en EU-retlig kontekst.

Vejledninger kan inddrages i forbindelse med fortolkningen af bestemmelserne, hvis der er tvivl om bestemmelsernes indhold, efter at forarbejderne er blevet gennemgået. Vejledningerne kan give en bedre forståelse af, hvordan indholdet af bestemmelserne fortolkes, og hvordan bestemmelserne administreres i praksis.¹⁴ Relevante vejledninger vil blive inddraget i specialet, fordi vejledningerne udgør et juridisk relevant bidrag til besvarelsen af problemformuleringen. Til trods herfor understreges det, at vejledningerne ikke kan udvide anvendelsesområdet for bestemmelserne.¹⁵ De danske domstole og andre dømmende myndigheder er således ikke bundet af det, der står i vejledningerne.

Hvis det på baggrund af en ordlydsfortolkning og en formålsfortolkning ikke er muligt at konstatere, om en bestemmelse finder anvendelse på området, vil det blive undersøgt, om bestemmelsen kan fortolkes udvidende. En udvidende fortolkning indebærer en undersøgelse af, om beskyttelseshensynet i bestemmelsen kan henføres på et område, som ikke er omfattet direkte af bestemmelsens ordlyd.¹⁶ Domstolene kan vurdere, at en bestemmelse kan fortolkes udvidende. Af den grund er det nødvendigt at analysere den relevante retspraksis på området for at klarlægge, om domstolene fortolker bestemmelserne udvidende. Ved at analysere domme kan hver enkelt doms betydning for den retlige problemstilling fastlægges, men en domsanalyse kan også medvirke til at beskrive gældende ret på området.¹⁷ Domme kan udgøre et generelt bidrag til fortolkningen af en lov og skabe præcedens for lignende tilfælde i fremtidige sager.¹⁸ Andre dømmende myndigheder kan også træffe afgørelser, der kan have betydning for fortolkningen af bestemmelser. I specialet medtages principafgørelser fra Ankestyrelsen, som er en bindende retskilde for kommunerne.¹⁹

Retslitteratur er et andet relevant kildemateriale, som vil blive anvendt i besvarelsen af problemformuleringen. Selvom retslitteratur er skrevet af juridisk fagkyndige personer, er retslitteratur ikke en retskilde. Retslitteraturen kan udgøre et fortolkningsbidrag, og det kan klarlægges i litteraturen, om

¹³ Evald 2016, s. 64

¹⁴ Evald 2016, s. 35

¹⁵ Evald 2016, s. 35

¹⁶ Evald 2016, s. 61

¹⁷ Evald 2016, s. 113

¹⁸ Evald 2016, s. 113

¹⁹ <https://ast.dk/afgoerelser>

en retstilstand er anerkendt blandt juridiske forfattere. Af den grund vil retslitteraturen blive anvendt som et bidrag til fortolkningen af bestemmelserne og til analysen af domme, når det findes relevant for at kunne besvare problemformuleringen.

1.5. Specialets struktur

I kapitel 2 beskrives det kort, hvorfor fertilitetsbehandling kan være nødvendigt, og hvordan fertilitetsbehandling foretages. Denne beskrivelse har til hensigt at give en bedre forståelse af arbejdet med lovgivningen og den relevante retspraksis vedrørende fertilitetsbehandling i de efterfølgende kapitler. Afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 er hovedpunktet i de andre kapitler i specialet. I kapitel 3 bliver ligebehandlingslovens § 9 fortolket. I kapitel 4 bliver bevisbyrdereglen i ligebehandlingslovens § 16 a fortolket med henblik på at fastslå, hvilken betydning denne bevisbyrde har for afskedigelsesbeskyttelsen af lønmodtagere ved fertilitetsbehandling. I kapitel 5 bliver de relevante bestemmelser i sygedagpengeloven behandlet for at forstå bestemmelsernes betydning for beskyttelsen af lønmodtagere ved fertilitetsbehandling.

De kvindelige lønmodtageres beskyttelse ved fertilitetsbehandling har betydning for den måde, hvorpå besvarelsen af problemformuleringen er struktureret. Besvarelsen af problemformuleringen tager i stort omfang udgangspunkt i en beskrivelse af de kvindelige lønmodtageres retsstilling ved fertilitetsbehandling. Ved at sammenligne den gældende retstilstand for dels mandlige lønmodtagere, dels kvindelige lønmodtagere, vil det blive vurderet, om der reelt set er ligestilling på retsområdet.

2. Fertilitetsbehandling

Emnet i specialet vedrører den situation, hvor et par bliver nødt til at modtage behandling for at opnå graviditet. Fertilitetsbehandling tilbydes par, der lider af ufrivillig barnløshed. Et par defineres i dette speciale som en mand og en kvinde. Begreberne mand og kvinde forstås i overensstemmelse med § 1, stk. 3 i lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v., som er den regulerende lov på området.²⁰ Ifølge denne bestemmelse er en mand en person med mindst en testikel, og en kvinde er en person med en livmoder eller æggestoksvæv.

I lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v. forstås begrebet assisteret reproduktion ifølge § 1, stk. 1 som forsøg på at etablere graviditet på anden måde end ved samleje mellem en kvinde og en mand.²¹ Titlen på loven blev ændret fra kunstig befrugtning til assisteret reproduktion i 2013.²² Før lovens vedtagelse i 1997 offentliggjorde Det Ethiske Råd en redegørelse om kunstig befrugtning.²³ Det Ethiske Råd blev oprettet med det formål at komme med anbefalinger til lovgivning om kunstig befrugtning.²⁴ Rådets redegørelse om kunstig befrugtning blev anført som baggrundsmateriale til lov om kunstig befrugtning i de almindelige bemærkninger til lovforslaget.²⁵ Det følger af rådets redegørelse, at begrebet kunstig befrugtning er en samlebetegnelse for de forskellige metoder til insemination og kunstig befrugtning.²⁶ På trods af at den gældende lov på området ikke anvender eller tidligere har anvendt begrebet fertilitetsbehandling, vil fertilitetsbehandling blive anvendt som betegnelsen for behandling mod ufrivillig barnløshed. Fertilitetsbehandling anvendes frem for de andre begreber for at fremhæve, at selve behandlingen har betydning for besvarelsen af problemformuleringen, fordi lønmodtageren er fraværende fra arbejdet på grund af behandlingen.

Behandling for ufrivillig barnløshed foregår på fertilitetsklinikker efter lægehenvielse til behandling hos en fertilitetsklinik. Før behandlingen kan indledes, skal der foretages relevante undersøgelser hos egen læge og hos fertilitetsklinikken for at klarlægge, hvad årsagen til den ufrivillige barnløshed er.²⁷

²⁰ Lovbekendtgørelse nr. 902 af 23. august 2019

²¹ Mette Hartlev m.fl., Sundhed og Jura, 2017, s. 542

²² Jf. § 1, stk. 1 i lov nr. 1313 af 27. november 2013

²³ ”Redegørelse om kunstig befrugtning”, Det Ethiske Råd, 1995

²⁴ Hartlev 2017, s. 543

²⁵ Lovforslag nr. 5 fremsat den 2. oktober 1996, almindelige bemærkninger, afsnit 2.2, paragraf 11

²⁶ ”Redegørelse om kunstig befrugtning”, Det Ethiske Råd, 1995, afsnit 2.2, paragraf 1

²⁷ Vejledning nr. 9351 af 26. maj 2015, afsnit 5.1, paragraf 2

Det følger af retslitteraturen, at behandling for ufrivillig barnløshed kræver en sundhedsfaglig årsag.²⁸ Eftersom årsagen til den ufrivillige barnløshed har betydning for behandlingsmetoden, vil nogle af årsagerne til ufrivillig barnløshed blive beskrevet, hvorefter nogle af de godkendte behandlingsformer kort gennemgås.

2.1. Årsager til ufrivillig barnløshed

Årsagen til ufrivillig barnløshed kan ligge hos enten manden eller kvinden eller hos dem begge. Der kan også forekomme tilfælde, hvor det ikke er muligt at påvise en årsag til den ufrivillige barnløshed hos hverken manden eller kvinden. I disse tilfælde kaldes den lægelige begrundelse for behandlingen uforklarlig barnløshed.²⁹

Ifølge informationen om årsager til ufrivillig barnløshed fra Rigshospitalets Fertilitetsklinik er nogle af de mest almindelige årsager til ufrivillig barnløshed hos kvinder, at kvinder kan have helt eller delvist aflukkede æggeledere, hvilket kan skyldes tidligere underlivsbetændelse eller sammenvoksninger i æggelederne på grund af lidelsen endometriose.³⁰ En anden årsag kan være manglende ægløsning eller ægløsningsforstyrrelser. For mænd kan fertilitetsproblemet skyldes, at manden har tidligere sygdomme eller betændelse i testiklerne. Mænd kan derudover have en nedsat sædkvalitet som følge af sædcellemangel.³¹ De forudgående undersøgelser før indledningen af behandlingen medvirker til at klarlægge, om et par lider af fertilitetsproblemer, og hvilken form for behandling der kan hjælpe parret med at opnå graviditet. Behandlingsmetoderne er forskellige afhængige af årsagen til den ufrivillige barnløshed.

2.2. Behandlingsmetoder

De mest almindelige behandlingsmetoder for ufrivillig barnløshed er insemination, reagensglasbefrugtning og mikroinsemination.³² Hvis kvinden lider af manglende ægløsning, kan kvinden blive behandlet med hormoner for at stimulere ægløsning. Denne form for fertilitetsbehandling kan foretages alene, men hormonstimulering af kvinden kan også kombineres med de andre behandlingsmetoder. Ved inseminationsbehandling føres sædceller direkte ind i kvindens livmoder gennem et plastik-

²⁸ Hartlev 2017, s. 548

²⁹ Hartlev 2017, s. 548

³⁰ <https://www.rigshospitalet.dk/afdelinger-og-klinikker/julianemarie/fertilitetsklinikken/undersoegelse-og-behandling/Sider/aarsager-til-barnloeshed.aspx>

³¹ Hartlev 2017, s. 548

³² L 5, almindelige bemærkninger, afsnit 4.1, paragraf 4

rør.³³ Ved denne behandlingsmetode sker befrugtningen af kvindens æg inde i hendes livmoder som ved almindeligt samleje. Hvad angår reagensglasbefrugtning, befrugtes kvindens æg derimod uden for hendes livmoder.

Den mest almindelige form for reagensglasbefrugtning kaldes IVF-behandling.³⁴ IVF-behandling forløber på den måde, at kvindens æg udtages, efter at kvinden er blevet hormonbehandlet. Herefter befrugtes de udtagne æg med sæd i en skål, og når æggene er blevet befrugtet, sættes de befrugtede æg op i kvindens livmoder.³⁵ IVF-behandling kan blandt andet hjælpe kvinder, der har manglende ægløsning. Hvis årsagen til den ufrivillige barnløshed derimod er mandens mangel på sædceller, kan løsningen for parret være ICSI-behandling, hvilket er reagensglasbefrugtning med mikroinsemination.³⁶ Efter kvinden er blevet stimuleret med hormoner, udtages hendes æg, hvorefter en enkelt sædcelle indføres direkte i et af kvindens ubefrugtede æg ved mikroinsemination.³⁷ ICSI-behandling forløber stort set på samme måde som IVF-behandling. Forskellen er den mængde sædceller, der indføres i kvindens æg.

2.3. Beskrivelsernes betydning

Hvilken behandlingsmetode, der anvendes i det enkelte tilfælde af ufrivillig barnløshed, er ikke afgørende for belysningen af problemformuleringen. Nogle af de domme, der vil blive analyseret i specialet, handler dog om de forskellige stadier i et fertilitetsbehandlingsforløb. De korte beskrivelser af nogle af årsagerne til ufrivillig barnløshed og behandlingsmetoderne kan derfor give en bedre forståelse af den situation, som de mandlige og kvindelige lønmodtagere befinder sig i, når de undergår fertilitetsbehandling.

³³ ”Redegørelse om kunstig befrugtning”, Det Ethiske Råd, 1995, afsnit 3.1.2, paragraf 2

³⁴ ”Redegørelse om kunstig befrugtning”, Det Ethiske Råd, 1995, afsnit 2.2, paragraf 1

³⁵ Hartlev 2017, s. 544

³⁶ ”Kunstig befrugtning – Etisk set”, Det Ethiske Råd, 2004, s. 44, afsnit 4

³⁷ Vejledning nr. 9351 af 26. maj 2015, afsnit 6.5, paragraf 1

3. Afskedigelsesbeskyttelsen ved fertilitetsbehandling

3.1. Beskyttelse mod afskedigelse på grund af graviditet

For at besvare problemformuleringen er det nødvendigt at fortolke ligebehandlingslovens § 9. Ligebehandlingslovens § 9 foreskriver, at en arbejdsgiver ikke må afskedige en lønmodtager eller udsætte denne for anden mindre gunstig behandling, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær, har været fraværende efter barsellovens §§ 6-14, har fremsat anmodning om ændringer efter lovens § 8 a, stk. 2, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption. I specialet er det relevant at fortolke den del af bestemmelsen, der fastslår, at der gælder en afskedigelsesbeskyttelse i øvrigt på grund af graviditet.

Det fremgår tydeligt af ligebehandlingslovens § 9, at afskedigelsesbeskyttelsen kun gælder for lønmodtagere. Ifølge bestemmelsens ordlyd omfatter bestemmelsen personer, der modtager løn for et arbejde, som de udfører for en arbejdsgiver. En sædvanlig forståelse af begrebet lønmodtager i henhold til retslitteraturen er, at en lønmodtager er en fysisk person, der modtager løn for at udføre en personlig arbejdsindsats for en arbejdsgiver, der har instruktionsbeføjelser og kontrol over vedkommende.³⁸ Eftersom det ikke fremgår direkte af bestemmelsens ordlyd, at beskyttelsen kun gælder for enten mandlige eller kvindelige lønmodtagere, må begrebet forstås på den måde, at det omfatter både mandlige og kvindelige lønmodtagere.

Ifølge ordlyden finder bestemmelsen anvendelse i forbindelse med graviditet. Henvisningen til barsellovens § 6 viser, at en kvindelig lønmodtager, der har fremsat krav om at udnytte sin ret til fravær eller har været fraværende fra sit arbejde på grund af graviditetsorlov eller i forbindelse med forebyggende graviditetsundersøgelser, er beskyttet mod at blive afskediget på grund af denne type fravær.³⁹ Udover den nævnte henvisning i bestemmelsen, vedrører kun den sidste del af ligebehandlingslovens § 9 beskyttelse på grund af graviditet. Det uddybes ikke i bestemmelsen hvilke øvrige tilfælde i forbindelse med graviditet, der er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde. Eftersom resten af bestemmelsen handler om afskedigelse på grund af fravær eller ønske om fravær, er den naturlige forståelse, at bestemmelsen også må omfatte andre tilfælde, hvor en lønmodtager afskediges efter at have været fraværende fra sit arbejde på grund af graviditet.

³⁸ Mikael Marstal og Ulrik Mogensen, *Lønmodtageres opsigelsesbeskyttelse*, 2015, s. 15

³⁹ Lovbekendtgørelse nr. 106 af 2. februar 2020

Selvom barsellovens § 6 kun gælder for gravide kvinder, begrænser ligebehandlingslovens § 9 ikke sit anvendelsesområde til kun at omfatte kvindelige lønmodtagere. Omvendt er ligebehandlingsloven ikke til hinder for bestemmelser om en særlig beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet.⁴⁰ Ligebehandlingslovens § 9 kunne derfor indeholde en positiv særbehandling af kvinder i forbindelse med graviditet, uden at dette ville være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af køn. På trods af adgangen til at særbehandle kvinder i forbindelse med graviditet, må bestemmelsen ud fra en naturlig forståelse af sin ordlyd forstås på den måde, at den beskytter både mandlige og kvindelige lønmodtagere mod afskedigelse, også i de tilfælde, hvor afskedigelsen er begrundet i graviditeten.

Omfanget af beskyttelsen mod afskedigelse på grund af graviditet er ikke til at udlede af bestemmelsens ordlyd. En ordlydsfortolkning af ligebehandlingslovens § 9 giver ikke en bedre forståelse af, om bestemmelsen kan finde anvendelse i forbindelse med fertilitetsbehandling. I det følgende afsnit vil ligebehandlingslovens forarbejder blive gennemgået for at fastslå formålet med ligebehandlingslovens § 9.

3.1.1. Formålet med afskedigelsesbeskyttelsen

I 1989 blev de dagældende love om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v. og barselorlov m.v. sammenskrevet til lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v.⁴¹ Et af formålene med at sammenskrive lovene var at forbedre beskyttelsen af gravide kvinder på arbejdsmarkedet ved at forbyde arbejdsgivere at afskedige kvinder på grund af graviditet.⁴² Af den grund blev § 9 fremlagt i lovforslaget. For så vidt angår beskyttelsen mod afskedigelse på grund af graviditet, er ordlyden af ligebehandlingslovens § 9 ikke blevet ændret siden bestemmelsens vedtagelse i 1989.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at § 9 i den sammenskrevne ligebehandlingslov svarer til barsellovens § 3.⁴³ Inden vedtagelsen af den nye lov var den gældende barsellov lovbekendtgørelse nr. 101 af 6. marts 1987.⁴⁴ Barsellovens § 3 foreskrev, at en arbejdsgiver ikke må afskedige

⁴⁰ Jf. § 1, stk. 8 i lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011

⁴¹ Lov nr. 244 af 19. april 1989

⁴² Lovforslag nr. 64 fremsat den 26. oktober 1988, almindelige bemærkninger, afsnit 13

⁴³ L 64, bemærkninger til lovforslagets §§ 7-10, afsnit 1

⁴⁴ Jf. § 20, stk. 2 i lov nr. 244 af 19. april 1989

en lønmodtager, fordi denne har fremsat krav om udnyttelse af retten til fravær eller har været fraværende efter § 1, eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption. Barsellovens § 1 fastslog retten for kvindelige lønmodtagere til at holde graviditetsorlov, retten for mandlige lønmodtagere til at holde fædreorlov og retten for mandlige såvel som kvindelige lønmodtagere til at holde barselorslov. På grundlag heraf svarer indholdet af den dagældende barsellovs § 3 stort set til den gældende ligebehandlingslovs § 9.

En forskel mellem de to bestemmelser er, at lønmodtagere ifølge gældende ret er beskyttet mod anden mindre gunstig behandling end afskedigelse.⁴⁵ Som tidligere nævnt er specialet afgrænset til kun at omhandle afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9. Af den grund vil beskyttelsen mod anden mindre gunstig behandling ikke blive behandlet nærmere. En lighed mellem bestemmelserne er, at både barsellovens § 3 og ligebehandlingslovens § 9 henviser til bestemmelserne om orlov i barselloven. Ved at sammenligne de bestemmelser i barselloven, som henholdsvis barsellovens § 3 og ligebehandlingslovens § 9 henviser til, kan det konstateres, at retten for kvinder og mænd til at holde orlov efter fødslen er blevet udvidet. Eftersom specialet ikke handler om lønmodtageres fravær efter fødslen, vil retten til fravær efter bestemmelserne i barselloven ikke blive behandlet nærmere i denne forbindelse. Hvad angår afskedigelsesbeskyttelsen på grund af graviditet i øvrigt, svarer den dagældende barsellovs § 3 til både ligebehandlingslovens § 9 i den sammenskrevne lov fra 1989 og § 9 i den gældende ligebehandlingslov.

I bemærkningerne til barsellovens § 3 henvises der til det eksisterende forbud mod afskedigelse i den dagældende ligebehandlingslov.⁴⁶ Sammenlignet med beskyttelsen i ligebehandlingsloven, er hensigten med at skrive en afskedigelsesbeskyttelse ind i barsellovens § 3, at beskyttelsen vil få selvstændig betydning for kvinder på arbejdspladser, hvor der ikke er ansat mandlige lønmodtagere.⁴⁷ Det fremgår af de almindelige bemærkninger til barselloven, at loven foreslås vedtaget som følge af et behov for at lovfæste en ret for alle lønmodtagere til fravær i forbindelse med graviditet og barsel.⁴⁸ I lovforslaget bemærkes det også, at barselloven kun beskytter lønmodtagere.⁴⁹ Dog præciseres det ikke, at retten til fravær i forbindelse med graviditet udelukkende har til hensigt at gælde for kvindelige lønmodtagere. Når der henses til, at bemærkningerne til lovforslagets § 3 ikke uddyber, hvordan

⁴⁵ Jf. § 1, stk. 3 i lov nr. 217 af 5. marts 2013

⁴⁶ Lov nr. 161 af 12. april 1978

⁴⁷ Lovforslag nr. 202 fremsat den 6. maj 1980, bemærkninger til lovforslagets § 3, afsnit 3

⁴⁸ L 202, almindelige bemærkninger, afsnit 6

⁴⁹ L 202, almindelige bemærkninger, afsnit 10

barsellovens § 3 forventes at få selvstændig betydning for kvinder, kan retten til fravær i forbindelse med graviditet antageligvis også gælde for mandlige lønmodtagere. Da det imidlertid ikke fremgår direkte af bemærkningerne til barsellovens § 3, om bestemmelsen gælder for mandlige lønmodtagere, og i hvilket omfang bestemmelsen i givet fald gælder, er det relevant at gennemgå det materiale, der danner grundlag for barselloven. Betænkning nr. 846 om barselsorlov afgivet af et af Ligestillingsrådet og Børnekommissionen nedsat fællesudvalg danner grundlag for barselloven.⁵⁰ Betænkningen vil blive undersøgt med henblik på at afklare hvilke overvejelser, der ligger bag lovforslaget til barselloven.

I betænkning nr. 846 om barselsorlov gør fællesudvalget sig overvejelser om, hvordan kvinder bedst muligt beskyttes i graviditetsperioden, samtidig med at ligestillingen mellem mænd og kvinder fremmes.⁵¹ Det følger af fællesudvalgets målsætninger, at udvalget både vil sikre gode forhold for kvinder under deres graviditet og sikre ligestilling mellem kønnene i hjemmet lige så vel som på arbejdspladsen.⁵² I denne forbindelse gør udvalget opmærksom på, at det er bekendt med den beskyttelse mod afskedigelse på grund af graviditet, der allerede er indeholdt i forslaget til ligebehandlingsloven.⁵³ På trods af denne afskedigelsesbeskyttelse anbefaler udvalget at lave en regel, der beskytter lønmodtagere i forbindelse med fravær under graviditetsorlov.⁵⁴ Fællesudvalget foreslår, at arbejdsgivere ikke skal kunne afskedige sine lønmodtagere på grund af graviditet.⁵⁵

Selvom ligebehandlingslovens § 9 ifølge sine forarbejder svarer til barsellovens § 3, er lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v. en sammenskrivning af både den dagældende barsellov og den dagældende ligebehandlingslov.⁵⁶ I bemærkningerne til barsellovens § 3 henvises i øvrigt til forbuddet mod afskedigelse, der allerede er indeholdt i den dagældende ligebehandlingslov.⁵⁷ Af disse grunde anses det for relevant at undersøge, hvad formålet med afskedigelsesbeskyttelsen i den dagældende ligebehandlingslov er, fordi afskedigelsesbeskyttel-

⁵⁰ L 202, almindelige bemærkninger, afsnit 1

⁵¹ Betænkning nr. 846 (1978), s. 6

⁵² Betænkning nr. 846 (1978), s. 19

⁵³ Betænkning nr. 846 (1978), s. 31

⁵⁴ Betænkning nr. 846 (1978), s. 31

⁵⁵ Betænkning nr. 846 (1978), s. 50

⁵⁶ L 64, almindelige bemærkninger, afsnit 15

⁵⁷ L 202, bemærkninger til lovforslagets § 3, afsnit 3

sen i barsellovens § 3 har til hensigt at udvide de tilfælde, der omfattes af denne bestemmelses afskedigelsesbeskyttelse.⁵⁸

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v. foreskriver i § 4, at mandlige og kvindelige lønmodtagere har krav på at blive behandlet lige ved afskedigelse.⁵⁹ Det følger af bemærkningerne til lovforslaget, at ligebehandlingslovens § 4 svarer til artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår.⁶⁰ Direktiv 76/207/EØF danner grundlag for den oprindelige afskedigelsesbeskyttelse i ligebehandlingsloven, men ligebehandlingsdirektivet er blevet omarbejdet.⁶¹ Det gældende direktiv er Europa-Parlamentets og Rådet direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv. Artikel 5 i direktiv 76/207/EØF vil dog blive undersøgt, fordi bemærkningerne til ligebehandlingslovens § 4 henviser til dette direktiv.

3.2. Det EU-retlige ligebehandlingsprincip

Artikel 5 i direktiv 76/207/EØF bestemmer, at ligebehandlingsprincippet sikrer mænd og kvinder mod forskelsbehandling på grund af køn for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår. I 2002 blev direktiv 76/207/EØF ændret ved direktiv 2002/73/EF.⁶² Det følger af artikel 1, nr. 4 i direktiv 2002/73/EF, at artikel 5 udgår fra ligebehandlingsdirektivet. I stedet for artikel 5 gennemfører artikel 3, stk. 1, litra c, princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelse.⁶³ Som allerede nævnt blev ligebehandlingsdirektivet omarbejdet ved udstedelsen af direktiv 2006/54/EF.⁶⁴ I bilag II til dette direktiv findes en sammenligningstabel, der efter ophævelsen af direktiv 76/207/EØF kan bruges til at læse henvisninger til bestemmelserne i direktiv 76/207/EØF i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 2006/54/EF.⁶⁵ Eftersom

⁵⁸ L 202, bemærkninger til lovforslagets § 3, afsnit 2

⁵⁹ Jf. § 4 i lov nr. 161 af 12. april 1978

⁶⁰ Lovforslag nr. 148 fremsat den 10. januar 1978, bemærkninger til lovforslagets § 4, afsnit 1

⁶¹ L 148, almindelige bemærkninger, afsnit 3

⁶² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23. september 2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår

⁶³ Jf. artikel 1, nr. 3 i direktiv 2002/73/EF

⁶⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning)

⁶⁵ Jf. artikel 34, stk. 2 i direktiv 2006/54/EF

artikel 5 udgik i direktiv 2002/73/EF, er der ikke en sammenligning mellem artikel 5 og en af bestemmelserne i direktiv 2006/54/EF. I sammenligningstabellen sammenlignes artikel 3, stk. 1, derimod med artikel 14, stk. 1, og de to bestemmelser svarer indholdsmæssigt til hinanden. Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af køn, for så vidt angår afskedigelsesvilkår, har således ikke ændret sig ved udstedelsen af direktiv 2006/54/EF.

Begrundelsen for at vedtage et direktiv om ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere var, at Rådet fandt det påkrævet for at gennemføre ligebehandlingsprincippet.⁶⁶ Det følger af artikel 1 i direktiv 76/207/EØF, at ligebehandlingsdirektivet tilsigter at gennemføre ligebehandlingsprincippet i medlemsstaterne med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår. Artikel 1 blev ikke ændret, da direktiv 2002/73/EF trådte i kraft. Ligebehandlingsprincippet er et af de grundlæggende retsprincipper i EU-retten.⁶⁷ Før forbuddet mod forskelsbehandling på grund af køn, for så vidt angår afskedigelsesvilkår, behandles nærmere, vil det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip blive behandlet.

I direktiv 76/207/EØF er der en henvisning til Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab. Ændringsdirektiv 2002/73/EF henviser derimod til Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab. Begge direktiver henviser den traktat, der opretter det europæiske fællesskab, men traktaten er i den mellemliggende periode blevet kodificeret. På den ene side henviser direktiv 76/207/EØF til den oprindelige traktat, der oprettede Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EØF) i 1957.⁶⁸ På den anden side henviser direktiv 2002/73/EF til en senere udgave af traktaten. Fra EØF-traktatens ikrafttræden og til ændringsdirektivet trådte i kraft, blev navnet på Fællesskabet ændret fra EØF til Det Europæiske Fællesskab (EF) ved Maastricht-traktatens ikrafttræden den 1. november 1993.⁶⁹ Titlen på traktaten blev herved ændret til Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, hvilket forklarer henvisningen til traktaten i direktiv 2002/73/EF. Først ved den seneste kodificering af traktaten ved Lissabon-traktatens ikrafttræden i 2009, blev betegnelsen ændret fra EF til EU. Inden direktiv 2002/73/EF trådte i kraft, var den senest kodificerede udgave af traktaten Nice-traktaten fra 2001.⁷⁰

⁶⁶ Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, 3. betragtning

⁶⁷ Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 2019, s. 109

⁶⁸ Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 2019, s. 90

⁶⁹ Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 2019, s. 49

⁷⁰ Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 2019, s. 90

I 4. betragtning til direktiv 2002/73/EF står skrevet, at det grundlæggende ligebehandlingsprincip i EU-retten fremgår af EF-traktatens artikel 2 og artikel 3, stk. 2. Nice-traktaten foreskriver i artikel 2, at Det Europæiske Fællesskab har til opgave at fremme ligestilling mellem mænd og kvinder. Artikel 3, stk. 2, fastsætter, at Fællesskabet tilstræber at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder. Disse to bestemmelser i EU-traktaten forpligter Det Europæiske Fællesskab til at arbejde hen imod ligestilling i alle sine aktiviteter.⁷¹ I henvisningen til Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab i direktiv 2002/73/EF fremhæves særligt artikel 141, stk. 3. I henhold til artikel 141, stk. 3, er Rådet tillagt kompetence til at vedtage foranstaltninger, der skal sikre anvendelsen af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv. Det er på baggrund af denne traktatbestemmelse, at Rådet har vedtaget ligebehandlingsdirektivet.

En af betragtningerne vedrørende det omarbejdede ligestillingsdirektiv 2006/54/EF var, at bestemmelser, der har til formål at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, bør samles i ét direktiv for at skabe klarhed på retsområdet.⁷² I direktiv 2006/54/EF er retsgrundlaget for at vedtage direktivet fortsat artikel 141, stk. 3.⁷³ Ifølge 2. betragtning i direktiv 2006/54/EF er ligebehandlingsprincippet også stadig traktatfæstet i artikel 2 og artikel 3, stk. 2. En EU-retskilde, der ikke fremgår af det oprindelige ligebehandlingsdirektiv 76/207/EØF, er Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (Chartret). Artikel 21 og 23 i Chartret forbyder forskelsbehandling på grundlag af køn og sikrer ligebehandling af mænd og kvinder på alle områder, herunder i forbindelse med beskæftigelse, arbejde og løn.⁷⁴ Ved Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 fik Chartret traktatrang.⁷⁵ På grundlag heraf har Chartrets artikel 21 og 23 betydning for reguleringen på området i EU-retten såvel som i dansk ret.⁷⁶ Eftersom både Chartret og Traktaten om Det Europæiske Fællesskab, der i gældende ret har titlen Traktaten om Den Europæiske Union, nævnes i betragtningerne til direktiv 2006/54/EF, stadfæster begge EU-retskilder det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip.

⁷¹ Direktiv 2002/73/EF, 4. betragtning

⁷² Direktiv 2006/54/EF, 1. betragtning

⁷³ Direktiv 2006/54/EF, 4. betragtning

⁷⁴ Direktiv 2006/54/EF, 5. betragtning

⁷⁵ Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 2019, s. 108

⁷⁶ Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, 2019, s. 465

Målet om at sikre ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår afskedigelsesvilkår, har grundlag i direktiv 76/207/EØF, der gennemfører det EU-retlige ligebehandlingsprincip med hensyn til beskæftigelse og arbejdsvilkår. På trods af at direktiv 76/207/EØF ifølge bemærkningerne til ligebehandlingsloven kun danner grundlag for ligebehandlingslovens § 4, er princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til afskedigelse vedtaget i EU-retten. Ligebehandlingslovens § 9 skal således også forstås i overensstemmelse med det EU-retlige ligebehandlingsprincip, som det kommer til udtryk i direktiv 2006/54/EF.

Barsellovens § 3 har som tidligere nævnt til hensigt at sikre lønmodtagere ret til fravær i forbindelse med graviditet, og for så vidt angår graviditet, fastsætter det gældende direktiv 2006/54/EF, at der gælder en særlig beskyttelse af kvinder. Selvom ligebehandlingsprincippet beskytter både mænd og kvinder mod forskelsbehandling på grund af køn, er der et hensyn at tage til kvinder i forbindelse med graviditet. Eftersom fertilitetsbehandling er nært forbundet med graviditet, kan dette hensyn muligvis overføres på det tilfælde, hvor en kvindelig lønmodtager undergår fertilitetsbehandling. I det følgende afsnit vil det blive undersøgt, hvordan EU-retten beskytter gravide kvinder mod afskedigelse for at udlede, om dette kan have betydning for beskyttelsen af mænd ved fertilitetsbehandling.

3.3. Beskyttelsen af gravide kvinder

I direktiv 2006/54/EF foreskriver artikel 28, at kvinder kan nyde en særlig beskyttelse i forbindelse med graviditet, uden at denne beskyttelse er i strid med direktivet. I denne sammenhæng er det også relevant at nævne artikel 2, stk. 3, fra direktiv 76/207/EØF, der foreskrev, at ligebehandlingsdirektivet ikke er til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab. Efter ændringsdirektiv 2002/73/EF trådte i kraft, blev artikel 2, stk. 3, erstattet af artikel 2, stk. 7, der foreskrev, at ligebehandlingsdirektivet gælder med forbehold af bestemmelser vedrørende beskyttelse kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.⁷⁷ På baggrund af disse bestemmelser kan det udledes, at hensigten med alle tre direktiver har været, at særligt kvinder skal være beskyttet i forbindelse med graviditet. Den særlige beskyttelse af kvinder er relevant at undersøge nærmere, fordi fertilitetsbehandling er nært forbundet med graviditet.

⁷⁷ Jf. artikel 1, nr. 2 i direktiv 2002/73/EF

En af hensigterne med at ændre direktiv 76/207/EØF var at indsætte definitioner af direkte og indirekte forskelsbehandling i direktivet.⁷⁸ Definitionerne blev indsat i ligebehandlingsdirektivets artikel 2. Ifølge artikel 2, stk. 7, i direktiv 2002/73/EF omfatter direkte forskelsbehandling ulige behandling af kvinder i forbindelse med graviditet som omhandlet i direktiv 92/85/EØF.⁷⁹ Ligebehandlingsdirektivet henviser således til bestemmelserne i graviditetsdirektivet.⁸⁰ Eftersom graviditetsdirektivet også beskytter kvinder mod afskedigelse, bør denne beskyttelse undersøges nærmere. Hvad angår besvarelsen af problemformuleringen er undersøgelsen relevant, fordi den kan bidrage til forståelsen af, hvor skillelinjen går mellem beskyttelsen af kvinder i forbindelse med henholdsvis graviditet og fertilitetsbehandling. Formålet med at belyse den særlige beskyttelse af kvinder er at fastlægge, i hvilke perioder der er særlige hensyn at tage til gravide kvinder for at forstå, i hvilke perioder mænd kan være beskyttet ved fertilitetsbehandling.

Direktiv 92/85/EØF indeholder i artikel 10, stk. 1, et forbud mod afskedigelse af gravide arbejdstagere fra graviditetens indtræden. Det afgørende for afskedigelsesbeskyttelsen i forbindelse med graviditeten er, at graviditeten faktisk er indtrådt, men direktivet definerer ikke, hvornår graviditeten anses for at være indtrådt. Sammenlignet med direktiv 2006/54/EF, beskytter direktiv 92/85/EØF gravide kvindelige lønmodtagere mod afskedigelse, hvorimod direktiv 2006/54/EF beskytter mandlige og kvindelige lønmodtagere mod afskedigelse i de tilfælde, hvor de forskelsbehandles på grund af køn. Trods denne forskel står graviditetsdirektivet i forbindelse med det emne, der behandles i specialet. Som tidligere nævnt forklares det ikke i bemærkningerne til ligebehandlingsloven, i hvilke tilfælde afskedigelsesbeskyttelsen finder anvendelse i øvrigt på grund af graviditet. Det tidspunkt, hvor afskedigelsesbeskyttelsen i graviditetsdirektivet anses for indtrådt, kan derfor muligvis have betydning for, hvornår afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 finder anvendelse. Hvornår graviditeten anses for indtrådt ifølge graviditetsdirektivet, er fastslået af EU-Domstolen i en sag, der vil blive analyseret i det følgende afsnit.

⁷⁸ Direktiv 2002/73/EF, 6. betragtning

⁷⁹ Direktiv 2002/73/EF, 12. betragtning

⁸⁰ Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF)

3.4. Domstolenes fortolkning af afskedigelsesbeskyttelsen

Ligebehandlingslovens § 9 omfatter ikke ifølge sin ordlyd de tilfælde, hvor lønmodtagere undergår fertilitetsbehandling. Forarbejderne til ligebehandlingslovens § 9 angiver heller ikke, at formålet med bestemmelsen er at beskytte mandlige eller kvindelige lønmodtagere mod afskedigelse i forbindelse med fertilitetsbehandling. Af den grund vil det blive belyst, om anvendelsesområdet for ligebehandlingslovens § 9 kan udvides til at omfatte et tilfælde, der hverken fremgår af bestemmelsens ordlyd eller nævnes i lovens forarbejder.

I barselsvejledningen, der blev udgivet af Moderniseringsstyrelsen og Centralorganisationernes Fællesudvalg i april 2012, forklarer fællesudvalget omfanget af beskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9. I barselsvejledningen forklares det, at lønmodtagere ikke må afskediges på grund af fertilitetsbehandling, idet fællesudvalget henviser til Højesterets dom i U 2003.603 H.⁸¹ Eftersom en vejledning ikke kan udvide anvendelsesområdet for en lov, vil det blive undersøgt, om retsstillingen også kan udledes af retspraksis.⁸² Den relevante retspraksis vil blive analyseret for at fastslå, om domstolene har udvidet anvendelsesområdet for ligebehandlingslovens § 9.

3.4.1. Afskedigelsesbeskyttelse ved fertilitetsbehandling

Sagen i U 2003.630 H handler om en kvindelig lønmodtager, der bliver afskediget få dage efter, at hun drøfter sin forestående hospitalsindlæggelse med henblik på foretagelse af graviditetsfremmende foranstaltninger med sin arbejdsgiver. Arbejdsgiveren begrundede opsigelsen i, at der har været samarbejds- og kommunikationsvanskeligheder mellem den kvindelige lønmodtager og ham selv. Kommunikationsvanskelighederne skyldes ifølge arbejdsgiverens forklaring, at den kvindelige lønmodtager ikke nævnte den forestående hospitalsindlæggelse den dag, hvor hendes prøveperiode udløb.

Den kvindelige lønmodtager påstår principalt, at opsigelsen strider mod ligebehandlingslovens § 9. Subsidiært påstår hun, at opsigelsen strider mod ligebehandlingslovens § 4, der vedrører ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår. På grundlag af de fremførte beviser bedømmer landsretten i lighed med byretten, at arbejdsgiveren ikke har bevist, at der har været samarbejds- og kommunikationsvanskeligheder mellem lønmodtageren og ham selv. Landsretten vurderer, at opsigelsen er begrundet i arbejdsgiverens kendskab til kvindens forestående

⁸¹ Barselsvejledning, april 2012, s. 25, afsnit 1.1.6.3, paragraf 8

⁸² Evald 2016, s. 35

hospitalsindlæggelse. Landsretten er enige med byretten i, at ligebehandlingslovens § 4 finder anvendelse i sagen. I byrettens dom bliver ligebehandlingslovens § 9 fortolket i overensstemmelse med graviditetsdirektiv 92/85/EØF og ligebehandlingsdirektiv 76/207/EØF, og på grundlag af fortolkningen af bestemmelsen vurderer byretten, at en afskedigelse på grund af graviditetsfremmende foranstaltninger ikke er omfattet af afskedigelsesbeskyttelsen.

I modsætning til byretten og landsretten vurderer flertallet af højesteretsdommerne, at ligebehandlingslovens § 9 finder anvendelse. I dommens præmisser udtaler fire af dommerne: ”*Ligebehandlingslovens § 9 omhandler forbud blandt andet mod afskedigelser »på grund af graviditet«.* Efter formålet med bestemmelsen må den efter vores opfattelse forstås således, at den tillige omfatter forbud mod afskedigelser, som er begrundet i, at den afskedigede forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning.” I denne præmis angiver Højesteret, at ligebehandlingslovens § 9 skal fortolkes på den måde, at forbuddet mod afskedigelse på grund af graviditet omfatter lønmodtagere, der modtager fertilitetsbehandling. Afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 er ifølge flertallet af højesteretsdommerne ikke betinget af, at lønmodtageren har opnået graviditet. Denne fortolkning af ligebehandlingslovens § 9 har Højesteret ikke fastslået før afgørelsen i U 2003.630 H.

Fire ud af fem højesteretsdommere kommer frem til den førnævnte fortolkning af ligebehandlingslovens § 9 på baggrund af en formålsfortolkning af bestemmelsen. I præmissen henviser dommerne til, at samme fortolkning er lagt til grund i forarbejderne til lov nr. 440 af 7. juni 2001. I denne lov indsættes en ny bevisbyrderegel i ligebehandlingslovens § 16 a. Denne lovbestemmelse vil ikke blive behandlet nærmere i denne forbindelse. Det bemærkes blot, at Højesterets formålsfortolkning af ligebehandlingslovens § 9 ikke er baseret på de forarbejder til ligebehandlingslovens § 9, der blev inddraget i afsnit 3.1.1. Højesteret baserer derimod sin fortolkning af § 9 på forarbejderne til § 16 a. For at forstå sammenhængen mellem ligebehandlingslovens § 9 og § 16 a, for så vidt angår afskedigelser på grund af fertilitetsbehandling, vil ligebehandlingslovens § 16 a blive behandlet i kapitel 4.

Alle fem højesteretsdommere er enige om, at arbejdsgiveren forskelsbehandler den kvindelige lønmodtager på grund af køn i strid med ligebehandlingsloven. Ikke desto mindre er en af dommerne enige i landsrettens dom, der stadfæster byrettens dom. Denne modstridende opfattelse fra en ud af fem højesteretsdommere giver dissens i Højesterets afgørelse i sagen. Den dissenterende dommer udtaler i præmisserne: ”*Jeg finder det overvejende betænkeligt – i strid med en naturlig sproglig for-*

ståelse af ligebehandlingslovens § 9 (på grund af graviditet) og uden sikre holdepunkter i forarbejderne for en udvidende fortolkning – at anse § 9 for anvendelig i en situation som den foreliggende, hvor lønmodtageren ikke er gravid, men forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning.”

Den dissenterende dommer vurderer ud fra en ordlydsfortolkning såvel som en formålsfortolkning af ligebehandlingslovens § 9, at bestemmelsen ikke kan udvides til at omfatte lønmodtagere, der ikke har opnået graviditet. Dissensen i Højesterets afgørelse er ikke udtryk for, at resultatet i dommen er forkert, eftersom det er en ny retsopfattelse, som flertallet af højesteretsdommerne kommer frem til.⁸³ Dommen kan således have en stærk præjudikatsværdi trods dissensen.

Flertallet af højesteretsdommerne angiver i præmisserne, hvordan de vurderer, at ligebehandlingslovens § 9 skal fortolkes. I modsætning til præmisserne i byrettens dom, er Højesterets præmis ikke formuleret ud fra sagens konkrete omstændigheder. Præmissen indeholder en generel opfattelse af, hvordan højesteretsdommerne vurderer, at lignende sager skal bedømmes. Præmissen fastslår, at ligebehandlingslovens § 9 kan udvides til at omfatte kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling. På denne måde ændrer Højesteret den gældende retstilstand på området, ifølge hvilken lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, er beskyttet efter ligebehandlingslovens § 4.⁸⁴ Det er muligt, at Højesterets dom i U 2003.630 H kan udgøre en præcedens for lignende sager. Hvordan domstolene bedømmer lignende tilfælde i fremtidige sager, vil vise, om dommen har præjudikatsvirkning.⁸⁵

3.4.2. EU-Domstolens fortolkning af afskedigelsesbeskyttelsen

Efter Højesterets afgørelse i U 2003.630 H, har EU-Domstolen afsagt en dom vedrørende et lignende tilfælde. Der er tale om en præjudiciel afgørelse, som EU-Domstolen har afsagt på baggrund af en anmodning indgivet af den øverste domstol i Østrig. Den østrigske domstol anmoder EU-Domstolen om at afklare fortolkningen af artikel 2, litra a, i graviditetsdirektivet 92/85/EØF, jf. præmis 1. Artikel 2, litra a, foreskriver, at en gravid arbejdstager er enhver arbejdstager, som er gravid, og som underretter arbejdsgiveren om sin tilstand i overensstemmelse med national ret. Selvom EU-Domstolen ikke sammenligner sine afgørelser med afgørelser fra de nationale domstole, er det relevant at undersøge, hvordan EU-Domstolen bedømmer en sag lignende sagen i U 2003.630 H, fordi forbuddet mod

⁸³ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2016, s. 247

⁸⁴ Marstal 2011, s. 17

⁸⁵ Blume 2016, s. 307

forskelsbehandling på grund af køn, som ligebehandlingslovens § 9 skal forstås i overensstemmelse med, er stadfæstet i EU-retten.

Sagen C-506/06 (Sabine Mayr mod Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG) handler om Sabine Mayr, der blev afskediget, imens hun var sygemeldt for at undergå fertilitetsbehandling, jf. præmis 17 og 18. Direktiv 92/85/EØF indeholder i artikel 10, stk. 1, et forbud mod afskedigelse af gravide arbejdstagere, som dette begreb er defineret i artikel 2, litra a, fra graviditetens indtræden, jf. præmis 11. På afskedigelsestidspunktet var Sabines æg blevet befrugtet ved en IVF-behandling, men hendes befrugtede æg var ikke blevet sat op i hendes livmoder, jf. præmis 20 og 21. Det præjudicielle spørgsmål var, om en kvinde er gravid i graviditetsdirektivets forstand på det tidspunkt, hvor hendes æg er blevet befrugtet med sædceller uden for hendes livmoder, jf. præmis 28. EU-Domstolen udtaler, at en kvindelig arbejdstager er gravid i graviditetsdirektivets forstand, når graviditeten er påbegyndt, jf. præmis 37. Graviditeten er ifølge EU-Domstolen ikke påbegyndt, når en kvindens kunstigt befrugtede æg endnu ikke er opsat i hendes livmoder, jf. præmis 41. Præmissen har den betydning, at artikel 10, stk. 1, ikke kan udvides til at omfatte kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling.

I sagen C-506/06 udtaler EU-Domstolen sig om, hvorvidt en kvindelig lønmodtager forskelsbehandles på grundlag af køn, hvis arbejdsgiveren begrundet afskedigelsen i hendes fertilitetsbehandling. I den konkrete sag vurderer EU-Domstolen, at afskedigelsen af Sabine Mayr udgør en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi de indgreb, som Sabine fik foretaget som led i sin fertilitetsbehandling, kun vedrører kvinder direkte, jf. præmis 50. De indgreb, som EU-Domstolen taler om, er udtagning af kvindens æg og opsætning af de befrugtede æg i hendes livmoder. Når kvindens udtagne æg er blevet befrugtet af sædceller, og de befrugtede æg er klar til at blive sat op i hendes livmoder, vedrører behandlingen ifølge EU-Domstolen ikke manden. Hvis arbejdsgiveren afskediger en kvinde på dette stadie af en fertilitetsbehandling, og afskedigelsen begrundes i fertilitetsbehandlingen, er begrundelsen således rettet mod kvindens behandling. Eftersom Sabine blev afskediget få dage før den planlagte opsætning af æg i hendes livmoder, vurderer EU-Domstolen, at hun forskelsbehandles direkte på grundlag af sit køn. Afskedigelsen er ifølge EU-Domstolen i strid med den særlige beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet, der tilsigtes med artikel 2, stk. 3, i ligebehandlingsdirektiv 76/207/EØF, jf. præmis 51. EU-Domstolen fastslår, at det er i strid med ligebehandlingsprincippet, som princippet er fastsat i artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv

76/207/EØF, hvis en kvindelig lønmodtager afskediges på grund af sin fertilitetsbehandling, jf. præmis 52.

Hvad angår mandlige lønmodtagere, udtaler EU-Domstolen, at begge køn kan være midlertidigt forhindrede i at udføre deres arbejde på grund af behandlinger, som de skal undergå, jf. præmis 50. EU-Domstolen uddyber ikke, om afskedigelse på grund af fertilitetsbehandling kan udgøre forskelsbehandling på grund af køn, for så vidt angår mænd. Eftersom EU-Domstolen sonderer mellem mænd og kvinder i forbindelse med fertilitetsbehandling, er det muligt, at EU-Domstolen opfatter fertilitetsbehandling som behandling for hver af kvinden og manden på forskellige stadier i fertilitetsbehandlingen. EU-Domstolen tager imidlertid ikke stilling til, om mænd kan være beskyttet på nogle af de andre stadier af fertilitetsbehandlingsforløbet.

For at sammenfatte EU-Domstolens afgørelse i sagen C-506/06, fastslår EU-Domstolen på den ene side, at kvinder, der undergår fertilitetsbehandling, ikke nyder den samme beskyttelse efter artikel 10, stk. 1, i direktiv 92/85/EØF, som gravide kvinder gør. På den anden side lægger EU-Domstolen op til, at problemstillingen kan løses efter direktiv 76/207/EØF. I afgørelsen fremhæver EU-Domstolen, at fertilitetsbehandlingen i den konkrete sag er på et så fremskredent stadie, at en afskedigelse på dette stadie udgør forskelsbehandling af kvinder på grund af køn i henhold til artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF. Omvendt udtaler EU-Domstolen sig ikke om, hvorvidt mænd kan forskelsbehandles på grund af køn, hvis fertilitetsbehandlingen er på et tidligere stadie.

Ruth Nielsen antager, at de danske domstole ville have behandlet en sag lignende sagen i C-506/06 efter ligebehandlingslovens § 9.⁸⁶ Hvis dansk ret skal forstås i overensstemmelse med EU-retten, har EU-Domstolens dom den virkning, at omfanget af beskyttelsen af kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, er blevet indskrænket. I Højesterets dom i U 2003.630 H, bestemmer Højesteret, at beskyttelsen mod afskedigelse på grund af graviditet i ligebehandlingslovens § 9 kan udvides til at omfatte afskedigelser på grund af fertilitetsbehandling, men Højesteret klarlægger ikke, hvornår i fertilitetsbehandlingsforløbet afskedigelsesbeskyttelsen indtræder. Hvis ligebehandlingslovens § 9 skal forstås i overensstemmelse med EU-Domstolens dom vedrørende direktiv 76/207/EØF, er en kvindelig lønmodtager beskyttet mod forskelsbehandling fra det tidspunkt, hvor hendes æg udtages med henblik på at blive kunstigt befrugtet med sædceller og sat op i hendes livmoder. Hvis

⁸⁶ Ruth Nielsen, Ligebehandlingsloven med kommentarer, 2019, s. 280

ligebehandlingslovens § 9 fortolkes på denne måde, gælder afskedigelsesbeskyttelsen ikke i forbindelse med de indledende undersøgelser, der skal klarlægge årsagen til den ufrivillige barnløshed, samt hvilken behandlingsmetode der skal anvendes, eller den hormonbehandling, som kvinder modtager for at stimulere ægløsning.

Det bemærkes, at artikel 27 i det omarbejdede direktiv 2006/54/EF foreskriver, at medlemsstaterne kan vedtage eller opretholde bestemmelser, som er gunstigere for beskyttelsen af ligebehandlingsprincippet end beskyttelsen fastsat i direktivets bestemmelser. Direktiv 2006/54/EF er ifølge ordlyden af artikel 27 ikke til hinder for, at nationale bestemmelser, der gennemfører ligebehandlingsprincippet, giver mænd og kvinder en bedre beskyttelse, end direktivet gør. I betragtning af at bestemmelserne i direktiv 2006/54/EF er minimumsbestemmelser, må EU-Domstolens fortolkning af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF i sagen C-506/06 kunne ændres i dansk retspraksis, hvis beskyttelsen er bedre. Direktiv 2006/54/EF er således ikke til hinder for, at afskedigelsesbeskyttelsen af kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, kan gælde i videre omfang end fastsat af EU-Domstolen. Af den grund er det også muligt, at afskedigelsesbeskyttelsen kan gælde for mandlige lønmodtager i forbindelse med fertilitetsbehandling.

I det følgende afsnit vil det blive undersøgt, om mandlige lønmodtagere er beskyttet mod afskedigelse i forbindelse med fertilitetsbehandling ifølge dansk retspraksis, og hvilken betydning Højesterets dom i U 2003.630 H har for mænds retstilling ved fertilitetsbehandling. Derefter vil omfanget af afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 blive undersøgt med udgangspunkt i dansk retspraksis.

3.4.3. Afskedigelsesbeskyttelse af mænd ved fertilitetsbehandling

I dansk retspraksis har Vestre Landsret afgjort en sag vedrørende beskyttelsen af en mand, der deltog i fertilitetsbehandling. U 2009.323 V handler om en mandlig lønmodtager, der bliver afskediget cirka 5 måneder efter, at han påbegynder fertilitetsbehandling sammen med sin partner. Arbejdsgiveren begrundede afskedigelsen med, at der mangler arbejdsopgaver som følge af den faldende ordrettilgang på afskedigelsestidspunktet. Den mandlige lønmodtager påstår principalt, at han har ret til godtgørelse efter ligebehandlingsloven, fordi begrundelsen for afskedigelsen ifølge ham er hans fravær som følge af hans deltagelse i fertilitetsbehandling. Den mandlige lønmodtager støtter sin påstand på det faktum, at arbejdsgiveren er bekendt med, at han har haft fri en til to gange om måneden for at deltage

i handlingerne. Et andet faktisk forhold er, at lønmodtageren var fraværende fra arbejdet 5 dage før afskedigelsen på grund af sin deltagelse i fertilitetsbehandling.

I sagen vurderer byretten, at den mandlige lønmodtager ikke blev forskelsbehandlet i strid med ligebehandlingslovens § 9, da han blev afskediget i forbindelse med sin deltagelse i fertilitetsbehandlingen. Byrettens begrundelse er, at afskedigelsen sker flere måneder efter, at lønmodtageren påbegynder fertilitetsbehandling sammen med sin partner. I sin afgørelse lægger byretten også vægt på, at arbejdsgiveren var bekendt med, at den mandlige lønmodtager havde fri en til to gange om måneden for at deltage i fertilitetsbehandlingerne. På grundlag heraf kan det udledes, at det afgørende for byrettens bedømmelse af sagen er, at den mandlige lønmodtager ikke blev afskediget i tidsmæssig tilknytning til, at arbejdsgiveren blev gjort bekendt med, at han deltog i fertilitetsbehandlingerne.

I en af byrettens præmisser i sagen henviser byretten til Højesterets dom i U 2003.603 H. I denne præmis udtaler byretten: *”Det fremgår af Højesterets dom refereret i UfR 2003.630 H, at afskedigelse af en kvinde, på grund af at hun modtager fertilitetsbehandling, er i strid med ligebehandlingslovens § 9. Det må som følge heraf ligeledes være i strid med ligebehandlingslovens § 9, hvis en mand afskediges som følge af sin deltagelse i fertilitetsbehandling.”* På baggrund af Højesterets dom i U 2003.603 H kommer byretten frem til, at mænd er beskyttet på samme måde som kvinder i forbindelse med fertilitetsbehandling. I præmissen inddrager byretten ikke faktiske forhold fra sagen. Den generelle formulering af præmissen viser, at det er byrettens vurdering, at ligebehandlingslovens § 9 skal fortolkes på denne måde i lignende sager vedrørende mænd i fertilitetsbehandling. Det er relevant at bemærke, at byretten henviser til Højesterets dom i U 2003.603 H, fordi denne henvisning er med til at bekræfte, at Højesterets dom i denne sag er et præjudikat. Dommens præjudikatsværdi forstærkes, fordi dommen anses som gældende ret på området, eftersom den bliver lagt til grund for byrettens afgørelse i U 2009.323 V.

Sammenlignes byrettens dom i U 2009.323 V med Højesterets dom i U 2003.603 H, er det tydeligt at se, at byretten bedømmer sagen i overensstemmelse med Højesterets praksis på området. I U 2009.323 V deltager den mandlige lønmodtager i fertilitetsbehandlingerne i flere måneder, før han bliver afskediget. I modsætning hertil bliver den kvindelige lønmodtager i U 2003.603 H afskediget få dage efter, at hun oplyser sin arbejdsgiver om, at hun skal indlægges med henblik på at modtage fertilitetsbehandling. Byrettens begrundelse for ikke at tage den mandlige lønmodtagers påstand til

følge i U 2009.323 V er, at arbejdsgiveren har kendt til fertilitetsbehandlingerne i flere måneder og tilmed har givet lønmodtageren fri til at deltage i behandlingerne. På baggrund af disse oplysninger beslutter byretten, at den mandlige lønmodtager ikke er blevet forskelsbehandlet, fordi afskedigelsen ikke på samme måde som i U 2003.603 H ligger i umiddelbar forlængelse af, at arbejdsgiveren får kendskab til fertilitetsbehandlingen.

De faktiske forhold i U 2009.323 V adskiller sig ikke kun fra forholdene i U 2003.603 H på de ovennævnte punkter. I U 2003.603 H vedkendte arbejdsgiveren sig, at hans egentlige begrundelse for at afskedige den kvindelige lønmodtager var hendes forestående fertilitetsbehandling. I U 2003.603 H var der således ikke tvivl om arbejdsgiverens begrundelse for at afskedige den kvindelige lønmodtager på det valgte tidspunkt. Anderledes forholdt det sig i U 2009.323 V, fordi arbejdsgiveren i denne sag fastholdt sin forklaring om, at arbejdsmanglen var årsagen til afskedigelsen. Den mandlige lønmodtagers synspunkt var, at der ikke forelå saglige begrundelser for, at han skulle afskediges frem for en af de andre lønmodtagere. Ifølge den mandlige lønmodtagers forklaring var den eneste forskel på ham og de andre lønmodtagere, at han var i fertilitetsbehandling på afskedigelsestidspunktet. Den mandlige lønmodtager kunne ikke overbevise dommerne i byretten, men landsretten besluttede sig for at ændre byrettens dom.

I Vestre Landsret er dommerne uenige i byrettens afgørelse i sagen. Landsretten vurderer, at den mandlige lønmodtager er blevet forskelsbehandlet i strid med ligebehandlingslovens § 9. I modsætning til byretten lægger landsretten afgørende vægt på, at den mandlige lønmodtager var i et uafsluttet fertilitetsbehandlingsforløb på afskedigelsestidspunktet. Landsretten finder ikke perioden mellem påbegyndelsen af fertilitetsbehandlingen og afskedigelsen afgørende for bedømmelsen af sagen. Det forhold, at arbejdsgiveren har kendt til fertilitetsbehandlingen i en periode uden at afskedige lønmodtageren, er ifølge landsretten ikke tilstrækkeligt bevis for, at arbejdsgiveren kan modbevise lønmodtagers påstand. Selvom byretten og landsretten kommer frem til forskellige resultater i sagen, er alle præmisserne i både byrettens og landsrettens dom konkret formuleret ud fra sagens faktiske omstændigheder, bortset fra den ene præmis i byrettens dom, der fastsætter, at ligebehandlingslovens § 9 gælder for mænd, der deltager i fertilitetsbehandling. Det er væsentligt at bemærke, at landsretten ikke modsiger byretten, for så vidt angår fortolkningen af ligebehandlingslovens § 9 med henvisning til Højesterets dom i U 2003.603 H.

Præmissen i byrettens dom har den virkning, at der er fastsat en retningslinje for afskedigelsesbeskyttelsen af mænd i forbindelse med fertilitetsbehandling i dansk retspraksis. Hvorvidt dommen kan skabe præcedens for lignende sager i fremtiden, er ikke til at udlede af dommen selv. Dommen i U 2009.323 V har ikke den samme stærke præjudikatsværdi som Højesterets dom i U 2003.603 H, på trods af at U 2009.323 V er en nyere dom. Det er ikke muligt at forudsige, om Højesteret vil bedømme en lignende sag på samme måde. På trods heraf er der udstukket en retningslinje i dansk retspraksis, der beskytter mænd på samme måde som kvinder i forbindelse med fertilitetsbehandling i henhold til ligebehandlingslovens § 9.⁸⁷ Eftersom Højesteret endnu ikke har prøvet en lignende sag, fastsætter dommen i U 2009.323 V mænds retsstilling vedrørende beskyttelse mod afskedigelse på grund af fertilitetsbehandling. Det nærmere omfang af afskedigelsesbeskyttelsen af lønmodtagere fastsættes imidlertid ikke i de nævnte domme. Hvordan dansk retspraksis forholder sig hertil, vil blive undersøgt i det følgende afsnit.

3.4.4. Omfanget af afskedigelsesbeskyttelsen

EU-Domstolen fastsætter i sagen C-506/06, at princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til afskedigelse, der i gældende ret er fastsat i artikel 14, stk. 1, i direktiv 2006/54/EF, beskytter kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, fra det tidspunkt, hvor kvindens æg er blevet udtaget med henblik på, at æggene skal befrugtes kunstigt med sædceller. Ifølge EU-Domstolen kan bestemmelsens anvendelsesområde ikke udvides til at omfatte behandling på et tidligere stadium i fertilitetsbehandlingsforløbet end ægudtagningen.

Udover ægudtagning, kunstig befrugtning og ægopsætning kan et fertilitetsbehandlingsforløb omfatte hormonbehandling af kvinden som en behandlingsmetode i sig selv eller som en del af en IVF-behandling eller ICSI-behandling.⁸⁸ Forud for påbegyndelse af fertilitetsbehandling skal der også foretages en række undersøgelser, så årsagen til den ufrivillige barnløshed kan klarlægges. På grundlag af EU-Domstolens afgørelse i sagen C-506/06 kan det udledes, at en afskedigelse i forbindelse med de indledende undersøgelser eller hormonbehandlingen af kvinder ikke kan udgøre forskelsbehandling på grund af køn i henhold til EU-rettens ligebehandlingsprincip. De nationale domstole er imidlertid ikke begrænset af EU-Domstolens fortolkning af afskedigelsesbeskyttelsen i ligestillingsdirektivet, hvis der er vedtaget nationale bestemmelser, som er gunstigere for beskyttelsen af ligebehand-

⁸⁷ Marstal og Mogensen 2015, s. 125

⁸⁸ Se nærmere herom i kapitel 2

lingsprincippet end bestemmelserne i direktivet.⁸⁹ Af den grund er det relevant at undersøge dansk retspraksis vedrørende ligebehandlingslovens § 9. Efter EU-Domstolens afgørelse i C-506/06 har Højesteret forholdt sig til, hvornår afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 indtræder i et fertilitetsbehandlingsforløb. Højesteret har taget stilling til denne problemstilling i U 2012.2133 H.

U 2012.2133 H handler om en kvindelig lønmodtager, der bliver afskediget et par uger efter, at hendes læge henviser hende til undersøgelse og behandling på en fertilitetsklinik. Faktum angående den kvindelige lønmodtagers fertilitetsbehandling er, at kvinden fik en lægehenvi- sning til en fertilitetsklinik med henblik på yderligere undersøgelse af hendes fertilitetsproblemer den 12. november 2008. Den 28. november 2008 blev den kvindelige lønmodtager afskediget med den begrundelse, at der var arbejdsmangel på grund af produktionsnedlæggelse. På afskedigelsestidspunktet var kvinden således ikke påbegyndt i behandling hos fertilitetsklinikken. I sagen oplyses det, at den kvindelige lønmodtager ikke påbegyndte hormonbehandling eller fik opsat de befrugtede æg i sin livmoder før henholdsvis den 9. februar 2009 og den 30. marts 2009. Hormonbehandlingen og de kirurgiske indgreb blev således først foretaget det efterfølgende år. I sagen påstår den kvindelige lønmodtager principalt, at hun er blevet afskediget i strid med ligebehandlingslovens § 9, fordi afskedigelsen var begrundet i hendes fertilitetsbehandling.

I landsrettens dom i sagen vurderer landsretsdommerne, at den kvindelige lønmodtager ikke var omfattet af ligebehandlingslovens § 9, da hun blev afskediget i november måned. I afgørelsen begrundes landsretten sit synspunkt i en af præmisserne: *”Der er ikke i forarbejderne til ligebehandlingsloven eller retspraksis støtte for, at afskedigelsesvæ- rnet i ligebehandlingslovens § 9 skal udvides til at omfatte en periode, der ligger forud for det tidspunkt, hvor en egentlig fertilitetsbehandling er indledt.”* Landsretten træffer denne beslutning på grundlag af en formålsfortolkning af ligebehandlingslovens § 9 og en gennemgang af retspraksis vedrørende afskedigelsesbeskyttelsen i bestemmelsen. I præmissen fastsætter landsretten et generelt synspunkt, der ikke er formuleret på baggrund af de faktiske omstændigheder i sagen. Af den grund giver præmissen en forklaring på, hvordan bestemmelsen skal fortolkes. Ifølge landsretten kan ligebehandlingslovens § 9 ikke fortolkes udvidende, for så vidt angår perioden forud for påbegyndelse af fertilitetsbehandling.

⁸⁹ Jf. artikel 27 i direktiv 2006/54/EF

Landsretten uddyber sit synspunkt i en anden præmis: *”På tidspunktet for opsigelsen var der ikke indledt en egentlig behandling, der havde aktualiseret en mulighed for, at A kunne blive gravid. Under disse omstændigheder var A derfor ikke omfattet af ligebehandlingslovens § 9, da hun blev afskediget.”* I modsætning til den førnævnte præmis, er denne præmis konkret formuleret ud fra sagens omstændigheder. På trods af formuleringen fastsætter landsretten i denne præmis, at den behandling, der skal være indledt på afskedigelsestidspunktet, skal have aktualiseret en mulighed for, at kvinden kan blive gravid. I den konkrete sag var den kvindelige lønmodtager i gang med at få foretaget de indledende undersøgelser, da hun blev afskediget. Landsretten vurderer således, at ligebehandlingslovens § 9 ikke omfatter den periode, hvor de indledende undersøgelser bliver foretaget. Landsretten oplyser dog ikke noget om, hvornår en egentlig behandling er indledt.

I Højesterets dom i U 2012.2133 H er dommerne uenige om, hvorvidt ligebehandlingslovens § 9 kan omfatte perioden forud for indledningen af en egentlige behandling. Alle fem højesteretsdommere foretager vurderingen med henvisning til Højesterets dom i U 2003.603 H. Fire af fem højesteretsdommere forstår Højesterets dom i U 2003.603 H på samme måde, som landsretten fortolker ligebehandlingslovens § 9 i U 2012.2133 H. Flertallet af højesteretsdommerne vurderer således, at en lønmodtager forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning, når egentlig behandling er indledt. En af fem dommere vurderer derimod, at afskedigelsesbeskyttelsen indtræder på et tidligere tidspunkt: *”Efter min opfattelse må beskyttelsen mod afskedigelse efter ligebehandlingslovens § 9 som udgangspunkt indtræde fra det tidspunkt, hvor kvinden henvises til sygehus eller fertilitetsklinik med henblik på at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning, idet kvinden allerede fra dette tidspunkt forsøger at blive gravid ved hjælp af kunstig befrugtning som fastslået i [U 2003.603 H].”* Denne dommer vurderer, at afskedigelsesbeskyttelsen gælder fra det tidspunkt, hvor der foreligger en lægehenvi-
sning.

Til trods for dommernes uenighed om forståelsen af U 2003.603 H og fortolkningen af ligebehandlingslovens § 9, stemmer alle dommerne for at stadfæste landsrettens dom, hvori arbejdsgiveren frifindes, fordi afskedigelsen var begrundet i driftsmæssige hensyn. Det bemærkes, at resultatet af dommen ikke er afgørende i denne sammenhæng. Det afgørende er, hvordan omfanget af afskedigelsesbeskyttelsen fastsættes i dommen. Eftersom dette ikke fremgår af Højesterets dom i U 2012.2133 H, er det nødvendigt at inddrage retslitteratur, der har undersøgt, hvornår der kan være tale om en egentlig behandling, der har aktualiseret en mulighed for, at lønmodtageren kan blive gravid.

Mikael Marstal og Ulrik Mogensen gennemgår retspraksis efter Højesterets dom i U 2012.2133 H.⁹⁰ På baggrund af deres gennemgang konkluderer forfatterne, at der er indledt en egentlig behandling, der har aktualiseret en mulighed for, at lønmodtageren kan blive gravid, når hormonbehandling indledes med henblik på behandling hos en fertilitetsklinik.⁹¹ Retspraksis efter Højesterets dom i U 2012.2133 H lægger således ikke op til, at afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 indtræder allerede på det tidspunkt, hvor der foreligger en lægehenvi- sning til fertilitetsbehandling på en fertilitetsklinik, som den dissentierende højesteretsdommer i U 2012.2133 H vurderede. Forfatterne bemærker, at retspraksis ikke klart fastsætter det præcise tidspunktet, hvor afskedigelsesbeskyttelsen indtræder, men at dommene hjælper med at danne et overblik over, hvornår afskedigelsesbeskyttelsen i hvert fald indtræder.⁹² Forfatterne mener derfor ikke, at retstilstanden er klarlagt i retspraksis.

Mikael Marstal og Ulrik Mogensen gennemgår kun domme omhandlende afskedigelse af kvindelige lønmodtagere. For så vidt angår afskedigelsesbeskyttelsen af mænd, skriver forfatterne, at beskyttelsesperioden efter ligebehandlingslovens § 9 indtræder på samme tidspunkt for mænd og kvinder.⁹³ I forlængelse heraf understreger forfatterne, at det samme gælder, for så vidt angår beskyttelsen af mænd i forbindelse med fertilitetsbehandling.⁹⁴ Selvom retslitteraturen ikke er en retskilde, og omfanget af beskyttelsen for mænd i forbindelse med fertilitetsbehandling ikke er fastlagt klart i retspraksis, bidrager retslitteraturen til forståelsen af, hvordan retsstillingen er på området. Af den grund er det tænkeligt, at de danske domstole vil beskytte mandlige lønmodtagere i samme omfang som kvindelige lønmodtagere ved fertilitetsbehandling, om end dette ikke kan konstateres med sikkerhed.

3.5. Delkonklusion

Ligebehandlingslovens § 9 foreskriver, at lønmodtagere er beskyttet mod afskedigelse, når de fremsætter krav om at udnytte deres ret til fravær eller er fraværende fra deres arbejde på grund af graviditet. Ligebehandlingslovens § 9 forstås at beskytte både mandlige og kvindelige lønmodtagere i graviditetsperioden, fordi bestemmelsen ikke son- drer mellem køn. En ordlydsfortolkning klarlægger imidlertid ikke, om bestemmelsen omfatter lønmodtagere, der forsøger at opnå graviditet ved hjælp

⁹⁰ Marstal og Mogensen 2015, s. 90 ff.

⁹¹ Marstal og Mogensen 2015, s. 93

⁹² Marstal og Mogensen 2015, s. 90

⁹³ Marstal og Mogensen 2015, s. 123

⁹⁴ Marstal og Mogensen 2015, s. 124

af fertilitetsbehandling. Derudover er det eneste, der kan udledes af forarbejderne til ligebehandlingslovens § 9, at formålet med at vedtage afskedigelsesbeskyttelsen var at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder ved at lovfæste en ret for alle lønmodtagere til fravær i forbindelse med graviditet. Ligebehandlingsprincippet er traktatfæstet i EU-retten, og for så vidt angår ligebehandlingsprincippet med hensyn til beskæftigelse og arbejdsvilkår, gennemfører direktiv 2006/54/EF et forbud mod forskelsbehandling på grund af køn vedrørende afskedigelse. Ligestillingsdirektivet gælder dog med forbehold af afskedigelsesbeskyttelsen af gravide kvinder i direktiv 92/85/EØF.

EU-Domstolen fastslår i sagen C-506/06, at afskedigelsesbeskyttelsen i graviditetsdirektivet ikke omfatter kvinder, der undergår fertilitetsbehandling. Den særlige beskyttelse af gravide kvinder kan således ikke udvides til at omfatte kvinder, der ikke har opnået graviditet. Til gengæld bedømmer EU-Domstolen sagen i C-506/06 efter ligestillingsdirektivet. I dansk retspraksis er det fastlagt i U 2003.630 H og U 2009.323 V, at ligebehandlingslovens § 9 gælder for både mandlige og kvindelige lønmodtagere, der forsøger at blive gravide ved hjælp af fertilitetsbehandling. Højesterets dom i U 2003.603 H bliver anvendt til at bedømme lignende sager efter afsigelsen af dommen og anses således for at være et præjudikat. I U 2012.2133 H begrænses omfanget af afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 til at omfatte en egentlig fertilitetsbehandling, og det konkluderes i retslitteraturen, at en egentlig behandling indledes ved hormonbehandling. Eftersom U 2009.323 V er den eneste dom, der handler om afskedigelsesbeskyttelsen af en mandlig lønmodtager, og Højesteret ikke har taget stilling til, hvorvidt eller i hvilket omfang ligebehandlingslovens § 9 ifølge Højesteret beskytter mandlige lønmodtagere i forbindelse med fertilitetsbehandling, kan det ikke konkluderes med sikkerhed, om mandlige og kvindelige lønmodtagere er beskyttet i samme omfang. Ikke desto mindre anerkendes det i retslitteraturen, at mænd er beskyttet mod afskedigelse ved fertilitetsbehandling, og retsstillingen i U 2009.323 V anses som gældende ret på området.

4. Ligebehandlingslovens bevisbyrderegler

4.1. Bevisbyrdereglerne i et historisk perspektiv

Ligebehandlingsloven indeholder sine egne bevisbyrderegler. For så vidt angår ligebehandlingslovens § 9, bestemmer ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, at arbejdsgiveren bærer bevisbyrden for, at afskedigelsen ikke er begrundet i lønmodtagerens graviditet, såfremt afskedigelsen finder sted under graviditeten.⁹⁵ Ud fra en naturlig forståelse af, hvornår en kvinde anses for at have opnået graviditet, finder bestemmelsen anvendelse, når kvindens æg bliver befrugtet med sædceller. Ved fertilitetsbehandling sker den kunstige befrugtning af kvindens æg uden for hendes livmoder på et sent stadie af fertilitetsbehandlingsforløbet.⁹⁶ Hvorvidt en kvinde anses for gravid i henhold til ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, når kvindens æg er blevet kunstigt befrugtet med sædceller, er ikke til at udlede af bestemmelsens ordlyd. Retspraksis fastslår, at ligebehandlingslovens § 9 gælder fra det tidspunkt, hvor der er indledt en egentlig fertilitetsbehandling, der har aktualiseret en mulighed for, at kvinden kan blive gravid, jf. U 2012.2133 H. Hvorvidt den særlige beskyttelse i bevisbyrdereglen også kan strække sig så vidt, klarlægges ikke i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4. For at forstå formålet med at vedtage bevisbyrdereglen inddrages forarbejderne til ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 i fortolkningen af bestemmelsen.

Ligebehandlingslovens § 16 blev skrevet ind i ligebehandlingsloven, da barselloven og ligebehandlingsloven blev sammenskrevet i 1989.⁹⁷ Det fremgår af bemærkningerne til ligebehandlingslovens § 16 i lovforslaget, at afskedigelser, der foretages uden for de nævnte perioder i bestemmelsen, er underlagt dansk rets almindelige regler om bevisbyrde.⁹⁸ Den almindelige bevisbyrderegulering i dansk ret er ligefrem bevisbyrde.⁹⁹ Almindeligvis er det således lønmodtageren, der bærer bevisbyrden for, at en afskedigelse er usaglig. Formålet med at skrive reglen om den omvendte bevisbyrde ind i ligebehandlingslovens § 16 var at vedtage en bedre beskyttelse af gravide lønmodtagere mod afskedigelse, end den beskyttelse der følger af dansk rets almindelige regler.¹⁰⁰ I betænkningen over lovforslaget understreger Arbejdsmarkedsudvalget, at den omvendte bevisbyrde gælder under hele graviditeten.¹⁰¹ Derudover bemærkede den daværende arbejdsminister, Henning Dyremose, under

⁹⁵ Lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011

⁹⁶ Se nærmere herom i kapitel 2

⁹⁷ Lov nr. 244 af 19. april 1989

⁹⁸ L 64, bemærkninger til lovforslagets § 16, afsnit 4

⁹⁹ Marstal og Mogensen 2015, s. 42

¹⁰⁰ L 64, almindelige bemærkninger, afsnit 12

¹⁰¹ Betænkning til L 64, bemærkninger til ændringsforslag nr. 4, afsnit 1

andenbehandling af lovforslaget, at ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 gælder for både mænd og kvinder, fra det tidspunkt graviditeten er indtruffet.¹⁰² På baggrund af disse oplysninger kan det udledes, at den omvendte bevisbyrde finder anvendelse, når det kan konstateres, at graviditeten er indtruffet, og at bevisbyrdereglen gælder, indtil graviditeten ophører.

Det fastslås i ligebehandlingslovens forarbejder, at ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 er med til at sikre ligestilling for både mandlige og kvindelige lønmodtagere under graviditeten. Derudover står der i bestemmelsen, at den omvendte bevisbyrde finder anvendelse, når det kan bevises, at lønmodtageren er blevet gravid. Bevisbyrdereglen gælder derfor først for mandlige og kvindelige lønmodtagere, når kvinden er gravid. Ud fra de ovennævnte bemærkninger til ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, kan det således ikke udledes, at bestemmelsen finder anvendelse i den periode, hvor lønmodtagere forsøger at blive gravide ved hjælp af fertilitetsbehandling. Selvom beskyttelsen mod afskedigelse på grund af graviditet i ligebehandlingslovens § 9 omfatter mandlige og kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, er formålet med ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 ikke at omfatte lønmodtagere i det samme tilfælde.

4.2. Ligebehandlingslovens § 16 a

Indtil 2001 indeholdt ligebehandlingsloven ikke andre bestemmelser om bevisbyrdefordelingen mellem arbejdsgiveren og lønmodtagerne end § 16. En anden bevisbyrderegel blev indsat i ligebehandlingslovens § 16 a ved vedtagelsen af lov nr. 440 af 7. juni 2001. Ligebehandlingslovens § 16 a foreskriver, at hvis en lønmodtager, der anser sig for krænket i medfør af ligebehandlingslovens § 9, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.¹⁰³ I modsætning til reglen om den omvendte bevisbyrde i § 16, stk. 4, medfører bevisbyrdereglen § 16 a, at bevisbyrden deles mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren. Hvis lønmodtageren kan påvise de faktiske omstændigheder, vendes bevisbyrden, hvorefter arbejdsgiveren skal bevise, at afskedigelsen var saglig. For at fastslå om bestemmelsen kan anvendes i de tilfælde, hvor en lønmodtager undergår fertilitetsbehandling, er det først og fremmest nødvendigt at fortolke bestemmelsens ordlyd.

¹⁰² Folketingstidende 1988-89, Folketingets Forhandlinger, Arbejdsministerens bemærkninger ved 2. behandling af L 64, sp. 8345, afsnit 3

¹⁰³ Lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011

Ligebehandlingslovens § 16 a angiver, at bestemmelsen finder anvendelse på lønmodtagere i de tilfælde, som ligebehandlingslovens § 9 specifikt nævner. Det vil sige i de tilfælde, hvor en lønmodtager har fremsat krav om at udnytte retten til fravær eller har været fraværende efter barsellovens §§ 6-14 eller i øvrigt på grund af graviditet, barsel eller adoption. På den ene side kan det ikke udledes af bestemmelsens ordlyd, at den også gælder i de tilfælde, hvor en lønmodtager er blevet afskediget på grund af sin fertilitetsbehandling. På den anden side må den naturlige forståelse af bestemmelsens ordlyd være, at bestemmelsen gælder for både mandlige og kvindelige lønmodtagere på samme måde som ligebehandlingslovens § 9, fordi bestemmelsen ikke sondrer mellem mandlige og kvindelige lønmodtagere. Hvis en mandlig lønmodtager således kan påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at han er blevet udsat for direkte eller indirekte forskelsbehandling, nyder han den beskyttelse, at arbejdsgiveren herefter bærer bevisbyrden. Bevisbyrdereglen i ligebehandlingslovens § 16 a gør det nemmere for mandlige lønmodtagere at løfte bevisbyrden sammenlignet med den almindelige bevisbyrderegel i dansk ret, men bestemmelsen beskytter ikke mandlige lønmodtagere i samme omfang, som reglen om omvendt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 beskytter gravide lønmodtagere.

Ligebehandlingslovens § 16 a definerer ikke, hvad faktiske omstændigheder kan være. Det kan kun udledes, at der skal være tale om omstændigheder, der kan udgøre forskelsbehandling på grund af køn i henhold til ligebehandlingslovens § 9. Arbejdsgiveren skal således have forskelsbehandlet mandlige og kvindelige lønmodtagere på grund af graviditet, barsel eller adoption, førend ligebehandlingslovens § 16 a kan finde anvendelse. Eftersom en fortolkning af bestemmelsens ordlyd ikke giver nærmere afklaring på, hvorvidt bestemmelsen omfatter lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, vil bestemmelsens forarbejder blive undersøgt med henblik på at forstå formålet med at indsætte § 16 a i ligebehandlingsloven.

4.2.1. Formålet med reglen om delt bevisbyrde

Som tidligere nævnt blev reglen om delt bevisbyrde i § 16 a indsat i ligebehandlingsloven ved vedtagelsen af lov nr. 440 af 7. juni 2001. Det fremgår af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, at ligebehandlingslovens § 16 a gennemfører artikel 4, stk. 1, i direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn.¹⁰⁴ Af den grund vil bevisbyrdedirektiv 97/80/EF blive inddraget i fortolkningen af ligebehandlingslovens § 16 a. For-

¹⁰⁴ Lovforslag nr. 78 fremsat den 1. november 2000, almindelige bemærkninger, afsnit 1, paragraf 1

målet med bevisbyrdedirektivet er at dele bevisbyrden mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren, så beviskravene til lønmodtageren lempes.¹⁰⁵ Direktiv 97/80/EF blev ophævet i forbindelse med omarbejdelsen af de bestemmelser, der har til formål at gennemføre ligebehandlingsprincippet, i det omarbejdede direktiv 2006/54/EF.¹⁰⁶ Efter direktiv 2006/54/EF trådte i kraft, står bestemmelsen om delt bevisbyrde i artikel 19, stk. 1, i dette direktiv.¹⁰⁷

Direktiv 97/80/EF foreskrev i artikel 4, stk. 1, at den, der betragter sig som krænket, skal fremføre faktiske omstændigheder. I direktiv 2006/54/EF er ordlyden af bestemmelsen blevet ændret på den måde, at den, der betragter sig som krænket, skal påvise faktiske omstændigheder. Da det blev foreslået, at § 16 a skulle indsættes i ligebehandlingsloven i 2001, var hensigten, at bestemmelsen skulle formuleres på den måde, at faktiske omstændigheder skulle fremføres. I betænkningen over lovforslaget understregede Arbejdsmarkedsudvalget imidlertid, at lovforslaget ikke havde til hensigt at ændre domstolenes praksis på området, hvorefter den person, der anser sig for krænket, skal underbygge sin påstand.¹⁰⁸ Ordet fremfører blev således ændret til påviser i lovteksten for at understrege den betydning, som bevisførelsen har i sagerne.¹⁰⁹ Af betragtningerne til det omarbejdede direktiv fremgår der ikke andet om bevisbyrdereglen, end at de nationale instanser skal vurdere de faktiske omstændigheder i overensstemmelse med national lovgivning og praksis.¹¹⁰ Af den grund kan ændringen af teksten i bevisbyrdereglen i den danske udgave af artikel 19, stk. 1, i direktiv 2006/54/EF muligvis anses som en naturlig følge af, at den danske lovregel om delt bevisbyrde har denne ordlyd.

Bevisbyrdedirektivet lægger op til, at det er de nationale domstole, der skal vurdere de faktiske omstændigheder i overensstemmelse med national lovgivning og praksis. I denne sammenhæng fremhæves det i bemærkningerne til ligebehandlingslovens § 16 a, at der ikke findes praksis for, hvad der kan anses for at være faktiske omstændigheder i dansk ret.¹¹¹ Af den grund gives der i lovforslaget eksempler herpå. Angående ligebehandlingslovens § 9, vurderes det i bemærkningerne til lovforslaget, at § 16 a kan ændre retsstillingen for lønmodtagere i de situationer, hvor en arbejdsgiver er bekendt med, at en kvindelig lønmodtager undergår fertilitetsbehandling.¹¹² Ligebehandlingslovens

¹⁰⁵ L 78, almindelige bemærkninger, afsnit 4, paragraf 6

¹⁰⁶ Jf. artikel 34, stk. 1 i direktiv 2006/54/EF

¹⁰⁷ Se sammenligningstabellen i bilag II til direktiv 2006/54/EF

¹⁰⁸ Betænkning til L 78, bemærkninger til nr. 1-4, 6 og 7, afsnit 1 og 2

¹⁰⁹ Betænkning til L 78, bemærkninger til nr. 1-4, 6 og 7, afsnit 5

¹¹⁰ Direktiv 2006/54/EF, 30. betragtning

¹¹¹ L 78, bemærkninger til § 1, nr. 3, afsnit 2

¹¹² L 78, bemærkninger til § 1, nr. 3, eksempler til ligebehandlingslovens § 9, afsnit 3

§ 16 a vil således umiddelbart finde anvendelse i sager om forskelsbehandling efter ligebehandlingslovens § 9, hvor en kvindelig lønmodtager undergår fertilitetsbehandling. Det fremgår imidlertid ikke af bemærkningerne til ligebehandlingslovens § 16 a, at bestemmelsen har til hensigt at gælde for mænd i samme situation. Ikke desto mindre kommer lovforslaget blot med eksempler på, hvad der kan anses for at være faktiske omstændigheder. Det er således tænkeligt, at reglen om delt bevisbyrde vil blive anvendt i sager vedrørende mænd. For at finde ud af om de danske domstole kan tænkes at anvende bestemmelsen i sager, hvor mandlige lønmodtagere er blevet afskediget i forbindelse med fertilitetsbehandling, er det nødvendigt at inddrage domstolenes praksis.

4.3. Domstolenes fortolkning af reglen om delt bevisbyrde

4.3.1. Anvendelse af delt bevisbyrde i sager om ligebehandlingslovens § 9

I U 2003.603 H blev ligebehandlingslovens § 16 a anvendt for første gang i en højesteretssag omhandlende afskedigelse i forbindelse med fertilitetsbehandling. I forarbejderne til ligebehandlingslovens § 16 a var forventningen, at den nye bevisbyrde-regel kunne ændre retsstillingen i sager, hvor en lønmodtager afskediges i forbindelse med fertilitetsbehandling. Efter Højesterets dom i U 2003.603 H, er retsstillingen blevet ændret. I U 2003.603 H tog Højesteret ikke stilling til, om den kvindelige lønmodtager havde påvist de faktiske omstændigheder, som der kræves i henhold til ligebehandlingslovens § 16 a, fordi der ikke var bevismæssig tvivl om, at begrundelsen for afskedigelsen var den forestående fertilitetsbehandling.¹¹³ På trods heraf kan dommen have betydning for afgørelsen af lignende sager i fremtiden, fordi dommen anerkender, at den delte bevisbyrde kan anvendes i de tilfælde, hvor en lønmodtager anser sig for krænket efter ligebehandlingslovens § 9, fordi den pågældende er blevet afskediget i forbindelse med fertilitetsbehandling. Det anerkendes også i retslitteraturen, at ligebehandlingslovens § 16 a finder anvendelse i de tilfælde, hvor en kvindelig lønmodtager, der undergår fertilitetsbehandling, omfattes af beskyttelsen i lovens § 9.¹¹⁴ U 2003.603 H handler som nævnt om en kvindelig lønmodtager, så det er også relevant at inddrage sagen i U 2009.323 V om den mandlige lønmodtager i denne forbindelse.

I U 2009.323 V påstår den mandlige lønmodtager, at han har krav på en godtgørelse fra sin arbejdsgiver efter ligebehandlingslovens § 16, stk. 2 og 3. Disse bestemmelser fastsætter, at arbejdsgiveren skal betale en godtgørelse, hvis en lønmodtager afskediges i strid med ligebehandlingslovens § 9,

¹¹³ Ruth Nielsen, *Ligebehandlingsloven med kommentarer*, 2019, s. 280

¹¹⁴ Marstal og Mogensen 2015, s. 93 f.

uden at afskedigelsen underkendes, og at godtgørelsen fastsættes under hensyn til lønmodtagerens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt. Den mandlige lønmodtager støtter sin principale påstand om en godtgørelse på, at begrundelsen for at afskedige ham frem for en af de andre lønmodtagere var, at han var i et fertilitetsbehandlingsforløb på afskedigelsestidspunktet. Den mandlige lønmodtager gør gældende, at der ikke foreligger en saglig begrundelse for afskedigelsen, og han påstår, at afskedigelsen er i strid med afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9. Den mandlige lønmodtager prøver at vende bevisbyrden ved at argumentere for, at begrundelse for afskedigelsen var hans deltagelse i et fertilitetsbehandlingsforløb, og at denne begrundelse strider mod ligebehandlingslovens § 9. Den mandlige lønmodtagers synspunkt er, at det forhold, at han blev afskediget på et tidspunkt, hvor han deltog i et fertilitetsbehandlingsforløb, udgør en faktisk omstændighed, som giver anledning til at formode, at han er blevet udsat for forskelsbehandling i henhold til ligebehandlingslovens § 16 a.

I byrettens dom i U 2009.323 V forklarer byretten, at ligebehandlingslovens § 16 a finder anvendelse i den konkrete sag, fordi den mandlige lønmodtager og hans partner ikke har opnået graviditet på afskedigelsestidspunktet. Byretten vurderer, at den mandlige lønmodtager ikke har påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Byretten begrundet sin afgørelse i arbejdsgiverens kendskab til fertilitetsbehandlingerne. Byretten vurderer, at den omstændighed, at den mandlige lønmodtager deltager i et fertilitetsbehandlingsforløb, ikke er tilstrækkelig til at bevise, at han er blevet krænket efter ligebehandlingslovens § 9. Af den grund vender byretten ikke bevisbyrden i henhold til ligebehandlingslovens § 16 a.

I modsætning til byretten vurderer landsretten, at den omstændighed, at den mandlige lønmodtager har haft fri fra sit arbejde til at deltage i et fertilitetsbehandlingsforløb, der var uafsluttet på afskedigelsestidspunktet, udgør en faktisk omstændighed efter ligebehandlingslovens § 16 a. Som følge heraf vender landsretten bevisbyrden, hvorefter arbejdsgiveren skal bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket. I den konkrete sag opfylder arbejdsgiveren ikke bevisbyrdekravet, og han skal derfor betale en godtgørelse. Størrelsen af godtgørelsen har dog ikke betydning i denne sammenhæng.

Landsrettens dom i U 2009.323 V er med til at bekræfte, at reglen om delt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16 a bliver anvendt af domstolene i sager, hvor arbejdsgiveren er bekendt med, at lønmodtageren undergår fertilitetsbehandling på afskedigelsestidspunktet. Før landsrettens afgørelse i

U 2009.323 V, har domstolene ikke anvendt reglen om delt bevisbyrde i en sag, hvor en mandlig lønmodtager er blevet afskediget på et tidspunkt, hvor han deltog i et fertilitetsbehandlingsforløb. Landsrettens dom i U 2009.323 V har derfor den virkning, at bevisbyrdereglenes anvendelsesområde udvides i forhold til det anvendelsesområde, som forarbejderne til ligebehandlingslovens § 16 a specifikt nævnte, og i forhold til det anvendelsesområde, der kunne udledes af retspraksis før dommens afsigelse. Af den grund fastslår dommen fastslår ikke kun, at anvendelsesområdet for afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 kan udvides til at omfatte mandlige lønmodtagere. Dommen fastslår også, at ligebehandlingslovens § 16 a finder anvendelse i de samme tilfælde, på trods af at forarbejderne kun specifikt nævner kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling. Hvis retsstillingen for henholdsvis mandlige og kvindelige lønmodtagere ved fertilitetsbehandling sammenlignes på baggrund af domstolenes afgørelser i U 2003.603 H og U 2009.323 V, beskyttes mænd og kvinder tilsyneladende på samme måde.

I landsrettens dom i U 2009.323 V forklarer landsretten ikke, hvorfor den delte bevisbyrde anvendes i det konkrete tilfælde. I byrettens præmisser fremføres det, at ligebehandlingslovens § 16 a finder anvendelse, fordi den mandlige lønmodtager og hans partner ikke har opnået graviditet på afskedigelsestidspunktet. Hvis byrettens præmis skal forstås som gældende ret, skal ligebehandlingslovens § 16 a anvendes i sager om afskedigelse i forbindelse med fertilitetsbehandling, når kvinden ikke har opnået graviditet efter forsøg herpå ved hjælp af fertilitetsbehandling, uanset om sagen handler om afskedigelse af en mandlig eller kvindelig lønmodtager. Eftersom byretten i en af sine andre præmisser henviser til U 2003.630 H, antages det, at byretsdommerne baserer deres vurdering på Højesterets dom i denne sag. Byretten anvender således U 2003.630 H til at støtte sit udsagn om, at mænd er beskyttet efter ligebehandlingslovens § 16 a i forbindelse med fertilitetsbehandling, og byretten anerkender herved, at U 2003.603 H fastlægger gældende ret på området. U 2009.323 V har imidlertid ikke samme præjudikatsværdi som U 2003.603 H. Højesteret fastlægger retsstillingen for kvinder ved fertilitetsbehandling i U 2003.603 H, men mænds retsstilling ved fertilitetsbehandling fastlægges ikke af Højesteret i U 2009.323 V. Den retsstilling, der fastslås i U 2009.323 V, kan således blive ændret af Højesteret i en lignende sag i fremtiden. Indtil videre anvendes Højesterets dom i U 2003.630 H dog til at støtte den fastlagte retstilling i U 2009.323 V.

I U 2009.323 V forklarer landsretten ikke, fra hvilket tidspunkt i fertilitetsbehandlingsforløbet bevisbyrdereglen begynder at gælde for mandlige lønmodtagere. Det eneste, der kan konstateres på bag-

grund af dommen, er, at ligebehandlingslovens § 16 a finder anvendelse i sager om afskedigelse af mandlige lønmodtagere på grund af fertilitetsbehandling. For så vidt angår kvindelige lønmodtagere, er der afsagt domme om den tidsmæssige udstrækning af bestemmelsens anvendelsesområde efter afsigelsen af dommen i U 2009.323 V. Disse domme kan bidrage til forståelsen af, hvornår reglen om delt bevisbyrde generelt set kan anvendes i sager om afskedigelse på grund af fertilitetsbehandling. En analyse af disse domme kan derfor muligvis bringe klarhed over, om bevisbyrdereglen gælder i samme udstrækning for både mandlige og kvindelige lønmodtagere, eller om der er hensyn at tage til det ene køn frem for det andet i denne forbindelse

4.3.2. Skillelinjen mellem ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 og § 16 a

Sagen i U 2011.17 V handler om en kvindelig lønmodtager, der bliver afskediget tre dage efter, at hendes kunstigt befrugtede æg er blevet sat op i hendes livmoder. Faktum i sagen er, at den kvindelige lønmodtager påbegyndte sit andet fertilitetsbehandlingsforløb cirka 10 måneder forinden, at hun blev afskediget. Den kvindelige lønmodtager havde forud for ægoplægningen haft to forgæves ægoplægningsforsøg i fertilitetsbehandlingsforløbet. På afskedigelsestidspunktet har den kvindelige lønmodtager ikke fået konstateret sin graviditet hos sin læge, men cirka 14 dage efter det tredje ægoplægningsforsøg konstaterer hendes læge, at hun har opnået graviditet som følge af fertilitetsbehandlingen. Eftersom æggene blev sat op i kvinden, før hun blev afskediget, mener den kvindelige lønmodtager, at hun var gravid på afskedigelsestidspunktet, og at afskedigelsen skete i strid med ligebehandlingslovens § 9. På grundlag heraf mener kvinden, at arbejdsgiveren i medfør af ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 skal bevise, at afskedigelsen ikke er begrundet i hendes graviditet, og at ligebehandlingsprincippet ikke blev krænket ved afskedigelsen.

Byretten og landsretten kommer i sagen frem til, at ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, hvor den kvindelige lønmodtager har fået opsat de befrugtede æg i sin livmoder, men ikke har fået konstateret sin graviditet på afskedigelsestidspunktet. Landsrettens begrundelse for ikke at anvende reglen om omvendt bevisbyrde i den konkrete sag er: ”*En forudsætning for at anse en situation for omfattet af bevisbyrdereglen i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4, må være, at det er muligt at konstatere, at der foreligger en graviditet på opsigelsestidspunktet.*” Landsretten lægger vægt på, at det er oplyst i sagen, at graviditeten kan konstateres cirka 14 dage efter ægoplægningen. Eftersom den kvindelige lønmodtager blev afskediget tre dage efter ægoplægningen, har det således ikke været muligt at konstatere graviditeten på afskedigelsestidspunktet. Landsretten

beslutter sig for at anvende reglen om delt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16 a, fordi den kvindelige lønmodtager ikke er gravid i henhold til ligebehandlingslovens § 9 på afskedigelsestidspunktet. Resultatet i landsrettens dom er, at ligebehandlingslovens § 16 a finder anvendelse, når lønmodtageren er under fertilitetsbehandling, men kun indtil graviditeten kan konstateres cirka 14 dage efter ægoplægningen. I den mellemliggende periode kan reglen om omvendt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 således ikke anvendes.

I U 2011.17 V konstaterer lægen ved en blodprøve cirka 14 dage efter ægoplægningen, at den kvindelige lønmodtager har opnået graviditet som følge af det tredje ægoplægningforsøg. Den kvindelige lønmodtager havde to forgæves ægoplægningforsøg, før det lykkedes hende at blive gravid ved hjælp af fertilitetsbehandlingen, så fertilitetsbehandling er ikke en garanti for at opnå graviditet. Ikke desto mindre er den kvindelige lønmodtagers æg i den konkrete sag blevet kunstigt befrugtet med sædceller uden for hendes livmoder, inden hun får opsat æggene i sin livmoder tre dage før afskedielsen. Det er således allerede befrugtede æg, der overføres til hendes livmoder. I præmisserne udtaler landsretten sig om det forhold, at den kvindelige lønmodtager i sagen modtager reagensglasbehandling: *”Det er oplyst, at det ca. 14 dage efter ægoplægningen kan konstateres, om et æg har sat sig fast i livmoderslimhinden, således at der er indtrådt graviditet. Dette adskiller sig for så vidt ikke fra tilfælde, hvor fertilitetsbehandlingen sker ved insemination, eller hvor undfangelsen sker ved samleje. Også i disse tilfælde vil graviditetens indtræden først kunne konstateres efter en vis kortere tid.”* Landsretten fastholder, at reagensglasbehandling svarer til andre former for forsøg på at opnå graviditet. Det forhold, at det er befrugtede æg, der sættes op i kvindens livmoder, ændrer ikke på, hvor sandsynligt det er, at der opnås graviditet. Dette forhold har således ingen betydning for landsrettens resultat. På baggrund heraf kan det konstateres, at ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 ikke kan anvendes i perioden fra ægoplægningen til konstateringen af graviditeten, heller ikke selv om den kvindelige lønmodtager viser sig at have opnået graviditet som følge af fertilitetsbehandlingen.

Efter landsretten konkluderer, at ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 ikke omfatter perioden, inden graviditeten er konstateret, bedømmer landsretten sagen efter ligebehandlingslovens § 16 a. Ifølge landsrettens præmisser, udgør arbejdsgiverens kendskab til den kvindelige lønmodtagers ægoplægning en omstændighed, der i henhold til ligebehandlingslovens § 16 a er egnet til at skabe en formodning for, at der er udøvet forskelsbehandling. Denne formodning afkræfter landsretten imidlertid med henvisning til de grunde, som byretten anfører i sin afgørelse i sagen. I modsætning til landsretten

vurderer byretten, at der ikke er påvist faktiske omstændigheder, som det kræves for at vende bevisbyrden efter ligebehandlingslovens § 16 a. Byretten begrundet sin afgørelse med, at arbejdsgiveren og den kvindelige lønmodtager har indgået en aftale om refusion af sygedagpenge efter sygedagpengelovens § 56 på grund af kvindens fertilitetsbehandling, og at kvinden har fået fri til at tage til behandlingerne. § 56-aftalen blev indgået, da kvinden påbegyndte sit andet fertilitetsbehandlingsforløb. Landsretten er enig med byretten i, at disse faktiske omstændigheder afkræfter formodningen om, at der skulle være udøvet forskelsbehandling. Landsretten stadfæster byrettens dom, for så vidt angår den del af dommen, der fastsætter, at afskedigelsen er begrundet i virksomhedens økonomiske forhold. I den konkrete sag er afskedigelsen således ikke i strid med ligebehandlingsprincippet.

Det fastlægges i landsrettens dom i U 2011.17 V, at arbejdsgiverens kendskab til lønmodtagerens fertilitetsbehandling udgør en faktisk omstændighed, som giver anledning til at formode, at der udøvet forskelsbehandling i henhold til ligebehandlingslovens § 9. Derudover fastslår landsretten, at reglen om delt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16 a kan udstrækkes til at omfatte perioden indtil cirka 14 dage efter oplægningen af befrugtede æg i en kvindes livmoder. Beskyttelsen af lønmodtagere i perioden fra ægoplægningen til graviditeten er konstateret hos en læge er ikke bedre end beskyttelsen under selve fertilitetsbehandlingen.

Et andet spørgsmål er, fra hvilket tidspunkt i fertilitetsbehandlingsforløbet reglen om delt bevisbyrde gælder for lønmodtagere i fertilitetsbehandling. Det er relevant at finde ud af, hvornår ligebehandlingslovens § 16 a tidligst finder anvendelse, fordi dansk rets almindelige regel om ligefrem bevisbyrde gælder før dette tidspunkt.¹¹⁵ Det er således afgørende for beskyttelsen af lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, hvor langt beskyttelsen i ligebehandlingslovens § 16 a kan udstrækkes i fertilitetsbehandlingsforløbet. For at besvare dette spørgsmål inddrages dommen i U 2012.2133 H.

4.3.3. Udstrækningen af beskyttelsen i ligebehandlingslovens § 16 a

Dommen i U 2012.2133 H er relevant at inddrage i forbindelse med behandlingen af ligebehandlingslovens § 16 a, fordi landsretten i sin afgørelse i denne sag fastlægger den tidsmæssige udstrækning af afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9. Som tidligere nævnt afhænger anvendelsen af reglen om delt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16 a af, om lønmodtageren er omfattet af beskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9. Det må antages, at ligebehandlingslovens § 16 a finder an-

¹¹⁵ L 64, bemærkninger til lovforslagets § 16, afsnit 4

vendelse i en periode tilsvarende det tidsmæssige anvendelsesområde for ligebehandlingslovens § 9, når sagen handler om en lønmodtager, der er blevet afskediget i forbindelse med sin fertilitetsbehandling. Højesterets dom i U 2012.2133 H er blevet analyseret i forbindelse med undersøgelsen af udstrækningen af afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9. Af den grund vil faktum i sagen ikke blive gennemgået på samme måde i denne sammenhæng.

I U 2012.2133 H blev den kvindelige lønmodtager afskediget, inden hun påbegyndte hormonbehandling. På afskedigelsestidspunktet var kvinden i gang med de indledende undersøgelser hos sin egen læge. I sagen vurderer landsretten, at ligebehandlingslovens § 9 skal fortolkes på den måde, at afskedigelsesbeskyttelsen indtræder, når der er indledt en egentlig behandling, der har aktualiseret muligheden for, at lønmodtageren kan blive gravid. Landsretten konkluderer, at afskedigelsesbeskyttelsen ikke kan finde anvendelse i den periode, hvor lønmodtageren bliver undersøgt af en læge for at klarlægge årsagen til den ufrivillige barnløshed og hvilken behandlingsmetode, der vil være mest effektiv for lønmodtageren. Flertallet af højesteretsdommerne er enige med landsretten i denne fortolkning af ligebehandlingslovens § 9, og alle højesteretsdommerne stemmer for at stadfæste landsrettens dom, hvorefter arbejdsgiveren bliver frifundet, fordi afskedigelsen er begrundet i driftsmæssige hensyn.

I sagen påstår den kvindelige lønmodtager, at afskedigelsen var begrundet i fertilitetsbehandlingen. På denne måde prøver hun at påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at afskedigelsen var begrundet i fertilitetsbehandlingen. Den kvindelige lønmodtager argumenterer for, at arbejdsgiveren er bekendt med hendes fertilitetsbehandling, fordi hun indgår en aftale med arbejdsgiveren efter sygedagpengelovens § 56, fordi hun har fravær fra arbejdet på grund af behandling mod barnløshed som følge af lidelsen endometriose. Den kvindelige lønmodtager forklarer, at aftalen efter sygedagpengelovens § 56 blev indgået den 13. november 2008. Eftersom den kvindelige lønmodtager blev afskediget den 28. november 2008, mener hun, at der er en sammenhæng mellem § 56-aftalen og afskedigelsen. På grundlag af arbejdsgiverens kendskab til fertilitetsbehandlingen mener den kvindelige lønmodtager, at hun har påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling på grund af køn i henhold til ligebehandlingslovens § 16 a. I landsrettens præmisser udtaler dommerne, at en aftale om fravær i henhold til sygedagpengelovens § 56 umiddelbart før opsigelsen ikke er tilstrækkeligt bevis til at afkræfte, at afskedigelsen var begrundet i driftsmæssige hensyn. Højesteret udtaler sig ikke om forholdet i sine præmisser, men højesteretsdommerne tilkender, at de er enige i landsrettens afgørelse.

I hverken landsrettens eller Højesterets præmisser omtales ligebehandlingslovens § 16 a. Både landsretten og Højesteret vurderer, at ligebehandlingslovens § 9 ikke finder anvendelse i den konkrete sag, fordi den kvindelige lønmodtager ifølge domstolenes fortolkning af ligebehandlingslovens § 9 ikke er påbegyndt en egentlig behandling, der beskytter hende mod at blive afskediget. Af den grund er dommerne ikke gået skridtet videre til at bedømme beviserne i sagen ud fra en af bevisbyrdereglerne i ligebehandlingsloven. Selvom afskedigelsen ikke skete i strid med ligebehandlingslovens § 9, fastslår domstolene i U 2012.2133 H, at afskedigelsesbeskyttelsen ikke gælder i perioden, før kvinden påbegynder egentlig behandling. Som tidligere nævnt konkluderer Mikael Marstal og Ulrik Mogensen efter at have gennemgået praksis efter afsigelsen af Højesterets dom i U 2012.2133 H, at en egentlig behandling i hvert fald er indledt fra det tidspunkt, hvor lønmodtageren påbegynder hormonbehandling.¹¹⁶ På baggrund heraf antages en lønmodtager at være beskyttet mod afskedigelse, når hormonbehandling påbegyndes, inseminering foretages, eller reagensglasbehandling indledes. For så vidt angår beskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9, finder reglen om delt bevisbyrde i ligebehandlingslovens § 16 a anvendelse fra det tidspunkt, hvor en af disse behandlingsmetoder påbegyndes.

4.4. Delkonklusion

Ligebehandlingslovens § 16 a angiver ikke, om den delte bevisbyrde kan finde anvendelse i sager om afskedigelse på grund af fertilitetsbehandling, eller hvad faktiske omstændigheder kan være. Ifølge forarbejderne til ligebehandlingslovens § 16 a er forventningen til reglen om den delte bevisbyrde, for så vidt angår ligebehandlingslovens § 9, at bestemmelsen vil ændre retsstillingen for kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling. I en af betragtningerne til direktiv 97/80/EF står det skrevet, at de nationale instanser skal vurdere, hvad der udgør faktiske omstændigheder i overensstemmelse med national lovgivning og praksis.

Den delte bevisbyrde blev anvendt i U 2009.323 V. I U 2009.323 V bedømmer landsretten, at det forhold, at den mandlige lønmodtager deltog i et uafsluttet fertilitetsbehandlingsforløb på afskedigelsestidspunktet, udgør en faktisk omstændighed. Resultatet i U 2009.323 V blev truffet med henvisning til U 2003.630 H, hvorved domstolen anerkender Højesterets dom i U 2003.630 H som gældende ret. I U 2009.323 V og U 2011.17 V har arbejdsgiverne kendskab til lønmodtagernes fertilitetsbehandlingsforløb i flere måneder inden afskedigelsen, men resultaterne i dommene er forskellige. Dette forhold er dog ikke ensbetydende med, at retsstillingen for mænd og kvinder er forskellig. Forskellen

¹¹⁶ Marstal og Mogensen 2015, s. 93

viser snarere, at bevisførelsen har stor betydning for afgørelsen af sagerne, som det også blev understreget i forarbejderne til ligebehandlingslovens § 16 a.

På baggrund af domsanalyserne antages det, at ligebehandlingsloven § 16 a gælder i samme udstrækning som ligebehandlingslovens § 9, for så vidt angår afskedigelse på grund af fertilitetsbehandling. Sagerne i U 2011.17 V og U 2012.2133 H omhandler kvindelige lønmodtagere, men afskedigelsesbeskyttelsen anerkendes i retslitteraturen at gælde i samme udstrækning for mænd og kvinder.¹¹⁷ Det samme antages at gælde med hensyn til ligebehandlingslovens § 16 a, selvom der ikke er taget direkte stilling hertil i retspraksis. Som nævnt i kapitel 3 fastsætter direktiv 2006/54/EF, at kvinder kan være beskyttet i forbindelse med graviditet, men direktiv 92/85/EØF omfatter ikke kvinder, der undergår fertilitetsbehandling. I U 2011.17 V og U 2012.2133 H nævnes det heller ikke, at der er et særligt hensyn at tage til kvinder, der undergår fertilitetsbehandling, for så vidt angår ligebehandlingslovens § 16 a. Af den grund kan det konkluderes, at mænd og kvinder skal behandles lige i disse tilfælde.

I U 2011.17 V afkræftes formodningen om, at der skulle være udøvet forskelsbehandling på grund af køn, med henvisning til en § 56-aftale. I U 2012.2133 H er en § 56-aftale ikke tilstrækkelig til at bevise, at afskedigelsen ikke var begrundet i driftsmæssige hensyn. De kvindelige lønmodtagere prøver i begge sager at bevise, at en § 56-aftale kan udgøre en faktisk omstændighed, som giver anledning til at formode, at afskedigelsen er i strid med ligebehandlingslovens § 9. Selvom lønmodtagerne ikke får medhold i de konkrete sager, er det relevant at undersøge, om sygedagpengelovens § 56 kan have betydning for beskyttelsen af mandlige lønmodtagere ved fertilitetsbehandling.

¹¹⁷ Marstal og Mogensen 2015, s. 124

5. Retten til dagpenge under fravær

I afsnit 3.1.1. om formålet med afskedigelsesbeskyttelsen blev det oplyst, at betænkning nr. 846 om barselsorlov danner grundlag for barselloven.¹¹⁸ Fællesudvalgets overvejelser i denne betænkning giver et indblik i, hvilke emner fællesudvalget har valgt at inddrage i deres arbejde med at sikre gravide kvinder en bedre beskyttelse, samtidig med at ligestillingen mellem mænd og kvinder fremmes. Et af fællesudvalgets synspunkter var, at det er urimeligt for gravide kvinder, at arbejdsfravær, der står i forbindelse med graviditeten, ikke behandles efter de samme regler som almindelig sygdom, når det drejer sig om udbetaling af sygedagpenge.¹¹⁹ I betragtning af, at fællesudvalget anfører, at arbejdsfravær i forbindelse med graviditet ikke blev anset som almindelig sygdom i 1978, er det relevant at undersøge, om arbejdsfravær i forbindelse med fertilitetsbehandling behandles anderledes end andre typer fravær. I forbindelse med fertilitetsbehandling kan både mandlige og kvindelige lønmodtagere have behov for at være fraværende fra deres arbejde for at tage til fertilitetsbehandlingerne.

Formålet med at behandle reglerne om sygefravær er at belyse, om lønmodtagere er dårligere beskyttet i forbindelse med fravær på grund af fertilitetsbehandling på den måde, at disse lønmodtagere ikke har ret til fravær med løn eller dagpenge. I denne sammenhæng er det også relevant at undersøge, om mænd og kvinder er beskyttet i samme omfang, eftersom de kvindelige lønmodtagere i U 2011.17 V og U 2012.2133 H kunne fremføre en aftale efter sygedagpengelovens § 56 som et bevis til støtte for deres påstande om godtgørelse på grund af afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9. Disse undersøgelser vil bidrage til forståelsen af, hvilken betydning sygedagpengelovens § 56 kan have for beskyttelsen af mandlige lønmodtagere ved fertilitetsbehandling.

5.1. Fravær på grund af fertilitetsbehandling

I barselloven er lønmodtagere sikret ret til fravær og ret til barselsdagpenge under fravær i forbindelse med graviditet, fødsel og adoption.¹²⁰ På samme måde som ligebehandlingslovens § 9 specifikt nævner, at afskedigelsesbeskyttelsen omfatter fravær på grund af graviditet, nævner barsellovens § 1 graviditet i sin ordlyd. Det er allerede blevet konstateret, at ligebehandlingslovens § 9 beskytter mandlige lønmodtagere ved fertilitetsbehandling, selvom bestemmelsen ifølge sin ordlyd kun omfatter afskedigelser, der begrundes i graviditet. Spørgsmålet er herefter, om beskyttelsen i barselloven

¹¹⁸ L 202, almindelige bemærkninger, afsnit 1

¹¹⁹ Betænkning nr. 846 (1978), s. 20

¹²⁰ Jf. § 1 i lovbekendtgørelse nr. 106 af 2. februar 2020

også gælder for mandlige lønmodtagere i forbindelse med fertilitetsbehandling, eller om mænd i disse tilfælde ikke har ret til fravær og dagpenge under fravær i samme omfang som gravide kvinder efter barselsloven.

Hvad angår retten til fravær i forbindelse med graviditet, foreskriver barselslovens § 6, at gravide kvinder har ret til fravær fra arbejdet på grund af graviditeten. Ifølge bestemmelsens stk. 3, har gravide kvinder også ret til fravær i forbindelse med forebyggende graviditetsundersøgelser, som finder sted i arbejdstiden. Det fremgår tydeligt af bestemmelsen, at mandlige lønmodtagere ikke er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde, fordi det direkte står skrevet, at det er gravide kvinder, der har ret til fravær efter bestemmelsen. Barselslovens § 6 forklarer dog ikke, hvornår en kvinde anses for at være gravid. En sædvanlig forståelse af ordet er, at graviditeten skal kunne konstateres ved en graviditetstest eller en blodprøve. Eftersom kvinder ikke anses som gravide i henhold til ligebehandlingslovens § 9, når de undergår fertilitetsbehandling, må barselsloven sædvanligvis forstås på samme måde, for så vidt angår fortolkningen af ordet graviditet. En betingelse for at opnå ret til fravær i forbindelse med graviditet efter barselsloven er således, at graviditeten faktisk er indtruffet. Eftersom lønmodtagere ikke har opnået graviditet, når de undergår fertilitetsbehandling, konstateres det, at barselsloven ikke gælder for lønmodtagere i forbindelse med fertilitetsbehandling.

Det fremgår af retslitteraturen, at lønmodtageres fravær i forbindelse med fertilitetsbehandling omfattes af reglerne i sygedagpengeloven.¹²¹ På grundlag heraf kan det umiddelbart antages, at fravær i forbindelse med fertilitetsbehandling i hvert fald i nogle tilfælde kan betragtes som sygefravær. Arbejdsfravær på grund af fertilitetsbehandling behandles umiddelbart på samme måde som andet sygefravær, men det kan ikke konstateres uden at gennemgå de bestemmelser i sygedagpengeloven, der har betydning for retten til fravær og retten til sygedagpenge under fravær. Sygedagpengeloven foreskriver, at et af formålene med loven er at yde økonomisk kompensation ved fravær på grund af sygdom.¹²² En naturlig forståelse af dette formål må være, at en lønmodtager kan have ret til økonomisk kompensation efter sygedagpengeloven som følge af arbejdsfravær på grund af fertilitetsbehandling, hvis årsagen til fertilitetsbehandlingen er lønmodtagerens sygdom.

¹²¹ Agnete Lied Andersen og Mads Krarup, Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge, 2017, s. 113

¹²² Jf. § 1, nr. 1 i lovekendtgørelse nr. 107 af 2. februar 2020

Sygedagpengelovens § 7, stk. 1 foreskriver, at retten til sygedagpenge er betinget af, at lønmodtageren er uarbejdsdygtig på grund af egen sygdom. Det fremgår klart af bestemmelsen, at en lønmodtager kun kan modtage sygedagpenge, hvis lønmodtageren selv lider af en sygdom. Denne betingelse kan gøre det problematisk for lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, at opnå ret til sygedagpenge. Som tidligere nævnt kan fertilitetsbehandling være nødvendig for at opnå graviditet på grund af fertilitetsproblemer hos den ene partner eller hos begge partnere. Der forekommer også tilfælde, hvor årsagen til den ufrivillige barnløshed ikke kan konstateres på baggrund af de indledende undersøgelser. Hvis behovet for fertilitetsbehandling ikke skyldes fertilitetsproblemer hos en af partnerne, kan hverken manden eller kvinden umiddelbart opfylde betingelsen om fravær på grund af egen sygdom. Det kan desuden udledes af bestemmelsen, at lønmodtagere ikke har ret til sygedagpenge i tilfælde af en anden persons sygdom. Hvis der kan konstateres et fertilitetsproblem hos en af partnerne, har kun denne partner ret til sygedagpenge for fravær i forbindelse med fertilitetsbehandlingerne. Den anden partner, som sandsynligvis også vil have behov for at tage fri i forbindelse med fertilitetsbehandlingerne, nyder ikke samme økonomiske beskyttelse efter sygedagpengeloven.

Sygedagpengelovens § 7, stk. 1 fastslår, at lønmodtageren skal være syg på en måde, der gør den pågældende uarbejdsdygtig. I bestemmelsen gives der ikke konkrete eksempler på, i hvilke tilfælde sygdom kan gøre en lønmodtager uarbejdsdygtig. På trods heraf anføres det i bestemmelsen, at vurderingen skal ske på baggrund af en samlet vurdering af sygdommen og dens indvirkning på den sygemeldtes arbejdsevne. I sygedagpengelovens § 7, stk. 3 forklares det yderligere, at vurderingen af uarbejdsdygtigheden som udgangspunkt skal foretages i forhold til beskæftigelsen før sygemeldingen. Uarbejdsdygtigheden skal således ikke forstås i generel forstand i forhold til alle former for beskæftigelse. Uarbejdsdygtigheden skal vurderes ud fra sygdommens påvirkning af lønmodtagerens evne til at varetage sit hidtidige arbejde.

Ordlyden af sygedagpengelovens § 7 klarlægger ikke, hvad det nærmere indhold af begrebet uarbejdsdygtighed er. Af den grund er det nødvendigt at inddrage forarbejderne til sygedagpengeloven for at undersøge, hvad der står i disse om uarbejdsdygtighed, og om fertilitetsbehandling ifølge forarbejderne kan gøre en lønmodtager uarbejdsdygtig, så lønmodtageren anses for at have en sygdom, der giver lønmodtageren ret til sygedagpenge.

I bemærkningerne til sygedagpengelovens enkelte bestemmelser anføres det angående indholdet af sygedagpengelovens § 7, stk. 1, at begrebet uarbejdsdygtighed ikke kan defineres entydigt.¹²³ I det indledende arbejde med sygedagpengelovens § 7 gives der ikke andre bemærkninger til uarbejdsdygtighedsbegrebet end denne bemærkning i lovforslaget. På sygedagpengeområdet er der dog udarbejdet vejledninger, som bidrager til at oplyse om indholdet af bestemmelserne i sygedagpengeloven, og hvordan bestemmelserne skal anvendes i praksis. For så vidt angår sygedagpengelovens § 7, anføres det i den gældende vejledning om sygedagpenge, at fertilitetsbehandling kan medføre uarbejdsdygtighed i sygedagpengelovens forstand.¹²⁴ Hvorvidt fertilitetsbehandling kan medføre uarbejdsdygtighed for både mandlige og kvindelige lønmodtagere, beskrives ikke i vejledningen. I hverken lovforslaget eller vejledningen om sygedagpenge forklares det, i hvilke tilfælde fertilitetsbehandling kan udgøre sygdom i sygedagpengelovens forstand, hvorved lønmodtageren anses for uarbejdsdygtig. Det eneste, der kan udledes, er, at vurderingen af mandlige lønmodtageres ret til sygedagpenge som følge af deres fravær på grund af fertilitetsbehandling afhænger af, om behovet for fertilitetsbehandling helt eller delvist skyldes mandens fertilitetsproblemer. I betragtning af, at vejledningen om sygedagpenge informerer om alle bestemmelserne i sygedagpengeloven, er det herefter relevant at undersøge, hvad der står i vejledningen om sygedagpengelovens § 56, som blev anvendt af de kvindelige lønmodtagere i U 2011.17 V og U 2012.2133 H.

5.2. Aftaler efter sygedagpengelovens § 56

Vejledningen om sygedagpenge oplyser, at en arbejdsgiver har mulighed for at indgå en aftale med en lønmodtager efter sygedagpengelovens § 56 i forbindelse med lønmodtagerens fravær på grund af fertilitetsbehandling.¹²⁵ Hvis en § 56-aftale indgås mellem en arbejdsgiver og en lønmodtager, kan arbejdsgiveren således få refunderet de sygedagpenge, som arbejdsgiveren har udbetalt til lønmodtageren som følge af lønmodtagerens fravær på grund af fertilitetsbehandling. Hvis det er muligt at indgå en § 56-aftale i forbindelse med fravær på grund af fertilitetsbehandling, kan det udledes, at lønmodtagere har ret til sygedagpenge som følge af denne type fravær. I U 2011.17 V og U 2012.2133 H, der blev analyseret for at fastslå udstrækningen af afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingsloven, har begge de kvindelige lønmodtagere indgået en § 56-aftale med deres arbejdsgiver. Af den

¹²³ Lovforslag nr. 154 fremsat den 2. februar 2006, bemærkninger til lovforslagets § 7, afsnit 3

¹²⁴ Vejledning nr. 9300 af 25. juni 2008, kapitel 5, afsnit 7.1, paragraf 12

¹²⁵ Vejledning nr. 9300 af 25. juni 2008, kapitel 5, afsnit 7.1, paragraf 12

grund vil det blive undersøgt, hvilken betydning § 56-aftaler tillægges i domme, der omhandler ligebehandlingslovens § 9.

5.2.1 Reglens betydning i sager om ligebehandlingslovens § 9

I U 2011.17 V anvender landsretten oplysningen om, at der er indgået en § 56-aftale mellem arbejdsgiveren og den kvindelige lønmodtager til at afkræfte formodningen om, at afskedigelsen er begrundet i fertilitetsbehandlingen. I U 2012.2133 H forsøger den kvindelige lønmodtager ved hjælp af § 56-aftalen at overbevise retten om, at hun blev afskediget i strid med ligebehandlingslovens § 9. I U 2012.2133 H kommer Højesteret frem til, at § 56-aftalen ikke kan tillægges afgørende vægt i bevisbedømmelsen, fordi de andre beviser taler imod, at afskedigelsen er begrundet i fertilitetsbehandlingen. På baggrund af de to domme kan det konstateres, at en § 56-aftale kan have betydning for udfaldet af en sag, der omhandler ligebehandlingslovens § 9.

I dommene forklares det ikke, hvornår en § 56-aftale kan indgås i forbindelse med fertilitetsbehandling. I U 2012.2133 H nævnes det blot, at den kvindelige lønmodtager indgår en § 56-aftale med sin arbejdsgiver, fordi hun har fertilitetsproblemer som følge af lidelsen endometriose. Den kvindelige lønmodtager opfylder herved betingelsen i sygedagpengelovens § 7, stk. 1 om, at lønmodtageren skal være syg på grund af egen sygdom, før lønmodtageren får ret til sygedagpenge som følge af arbejdsfravær. I U 2011.17 V nævnes det ikke, om den kvindelige lønmodtager har en lidelse, der er årsag til fertilitetsbehandlingen. Hvorvidt dette kan betyde, at sygedagpengelovens § 7, stk. 1 kan udvides til også at gælde for en lønmodtager i tilfælde af en anden person sygdom, eller om det kan betyde, at sygedagpengelovens § 56 ikke stiller samme krav som § 7 i forbindelse med refusion af sygedagpenge, kan ikke konkluderes alene på baggrund af dommene.

Sammenlignet med de ovennævnte domme, påpeger den mandlige lønmodtager i sin forklaring for landsretten i U 2009.323 V, at han ikke har frihed med løn i forbindelse med sin deltagelse i fertilitetsbehandlingerne. Den mandlige lønmodtager modtager efter sit eget udsagn hverken løn eller sygedagpenge under sit fravær på grund af fertilitetsbehandlingerne. I U 2009.323 V forklarer den mandlige lønmodtager ikke, om han lider af en sygdom, der er årsag til fertilitetsbehandlingen. Af den grund stemmer det umiddelbart overens med sygedagpengelovens § 7, stk. 1, at han ikke har ret til sygedagpenge. Hvis den kvindelige lønmodtager i U 2011.17 V imidlertid heller ikke lider af fertilitetsproblemer, men på trods heraf kan modtage sygedagpenge, er retstillingen for mandlige og

kvindelige lønmodtagere forskellig i forbindelse med fravær på grund af fertilitetsbehandling. Af den grund er det relevant at undersøge, om retten til at indgå § 56-aftaler er betinget af, at lønmodtageren selv skal være syg, på samme måde som det kræves i henhold til sygedagpengelovens § 7.

5.2.2. Betingelser for at indgå en § 56-aftale

Sygedagpengelovens § 6 foreskriver, at enten arbejdsgiveren eller kommunen skal udbetale sygedagpenge under lønmodtagerens sygefravær. Hvis en arbejdsgiver ikke udbetaler fuld løn til en lønmodtager under sygdom, har lønmodtageren ifølge sygedagpengelovens § 30 ret til sygedagpenge fra sin arbejdsgiver i 30 kalenderdage fra første fraværsdag. Sygedagpengeloven bestemmer ikke, hvorvidt lønmodtagere har ret til løn under sygdom.¹²⁶ Af den grund bliver retten til løn under sygdom ikke behandlet nærmere. Selvom den mandlige lønmodtager i U 2009.323 V hverken modtog løn eller dagpenge under sit fravær på grund af fertilitetsbehandling, kan det udledes af sygedagpengelovens § 6, at en mandlig lønmodtager kan have ret til sygedagpenge, hvis arbejdsgiveren ikke udbetaler løn under sygdom. Hvis en arbejdsgiver således udbetaler sygedagpenge til en lønmodtager, kan arbejdsgiveren få refunderet de udbetalte sygedagpenge fra kommunen ved at indgå en aftale om refusion af sygedagpenge med lønmodtageren efter sygedagpengelovens § 56. Det har således betydning for både arbejdsgiveren og lønmodtageren, om lønmodtageren falder ind under anvendelsesområdet for sygedagpengelovens § 56.

Overordnet set kan en § 56-aftale indgås mellem en arbejdsgiver og en lønmodtager, når lønmodtagerens sygdomsrisiko er væsentligt forøget på grund af en langvarig eller kronisk lidelse, lønmodtageren skal indlægges eller behandles ambulant, eller arbejdsgiveren allerede har udbetalt sygedagpenge eller løn for samme lidelse. Sammenlignet med betingelserne i sygedagpengelovens § 56, stk. 2, kan ufrivillig barnløshed skyldes en kronisk lidelse såsom endometriose hos en kvindelig lønmodtager, og de behandlinger, der kan være nødvendige for lønmodtageren at modtage for at opnå graviditet, er ambulante behandlinger. På baggrund af bestemmelsens ordlyd kan det derfor ikke udledes med sikkerhed, hvilken del af bestemmelsen der kan omfatte en lønmodtagers fertilitetsbehandling, eller om flere af dem kan afhængig af de konkrete omstændigheder i en sag.

¹²⁶ Vejledning nr. 9300 af 25. juni 2008, kapitel 10, afsnit 30.1, paragraf 4

Historisk set har reglen om refusion af sygedagpenge i sygedagpengelovens § 56 ændret sig på den måde, at bestemmelsen er en videreførelse af bemyndigelsesreglen i den dagældende sygedagpengelovs § 28 og reglen fastsat i den dagældende sygedagpengebekendtgørelses § 49.¹²⁷ Den dagældende sygedagpengelov foreskrev i § 28, at beskæftigelsesministeren fastsætter regler om arbejdsgiverens mulighed for refusion af dagpenge.¹²⁸ Det følger af forarbejderne til denne § 28, at bestemmelsen stort set svarer til § 12 i den sygedagpengelov, der var gældende førhen.¹²⁹ Før bemyndigelsesreglen blev vedtaget i § 28, fremgik reglen således af sygedagpengelovens § 12. Bemyndigelsesreglen i § 12 bestemte, at socialministeren kan fastsætte regler om arbejdsgiverens mulighed for at frigøre sig fra forpligtelsen til at udbetale dagpenge til lønmodtageren. På den ene side skal arbejdsgiveren ikke ifølge den dagældende § 12 have kommunens godkendelse for at indgå en aftale med lønmodtageren, hvilket er et krav i den gældende sygedagpengelovs § 56. På den anden side vedrører den dagældende § 12 ikke refusion af dagpenge. Selvom bestemmelsen således har ændret sig fra en regel om arbejdsgiverens mulighed for at frigøre sig fra sin forpligtelse til at udbetale dagpenge til en regel om arbejdsgiverens mulighed for at få refunderet de udbetalte dagpenge, kan bemærkningerne til den dagældende § 12 have betydning for forståelsen af sygedagpengelovens § 56. Af den grund vil forarbejderne til den dagældende sygedagpengelovs § 12 blive inddraget.

Formålet med at vedtage reglen i sygedagpengelovens § 12 var at beskytte personer med en særlig stor sygdomsrisiko mod afskedigelse som følge af deres sygefravær.¹³⁰ I samme bemærkning oplyses det, at beskyttelsen omfatter personer med visse kroniske sygdomme, men det uddybes ikke, hvilke kroniske sygdomme der er tale om. De samme bemærkninger må gøre sig gældende for bemyndigelsesreglen i den dagældende sygedagpengelovs § 28, fordi § 28 blev vedtaget på baggrund af § 12. Af den grund bidrager forarbejderne ikke til forståelsen af, hvilken del af sygedagpengelovens § 56 ferilitetsbehandling falder ind under.

I den dagældende sygedagpengebekendtgørelses § 49 står der, hvad betingelserne er for at indgå en aftale om refusion af sygedagpenge.¹³¹ Betingelserne i denne bestemmelses stk. 2 svarer til betingelserne i den gældende sygedagpengelovs § 56, stk. 2. Betingelserne har således ikke ændret sig, men er blot blevet skrevet ind i loven. Den dagældende sygedagpengebekendtgørelses § 49 giver heller

¹²⁷ L 154, bemærkninger til lovforslagets §§ 56-58, afsnit 2

¹²⁸ Lovbekendtgørelse nr. 1047 af 28. oktober 2004

¹²⁹ Lovforslag nr. 29 fremsat den 11. oktober 1989, bemærkninger til lovforslagets § 28, afsnit 1

¹³⁰ Lovforslag nr. 207 fremsat den 15. marts 1972, bemærkninger til lovforslagets § 11, afsnit 1

¹³¹ Bekendtgørelse nr. 639 af 21. juni 2005

ikke konkrete oplysninger om, hvilke tilfælde der falder ind under bestemmelsens enkelte dele, eller hvilken af bestemmelsens dele der kan omfatte fertilitetsbehandling. Af den grund vil vejledningen om sygedagpenge blive inddraget.

For så vidt angår sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 1, angiver vejledningen om sygedagpenge, at en mandlig lønmodtager ikke kan indgå en § 56-aftale med sin arbejdsgiver, hvis fertilitetsbehandlingerne kun er begrundet i partnerens kroniske sygdom.¹³² Vejledningen nævner kun et eksempel på et tilfælde, der kan omfattes af § 56, stk. 2, nr. 1. På baggrund af dette eksempel kan det udledes, at i hvert fald § 56, stk. 2, nr. 1 indeholder et krav om fravær på grund af egen sygdom. Vejledningen forklarer ikke nærmere om, hvilke tilfælde der kan eller ikke kan omfattes af de andre dele af sygedagpengelovens § 56, stk. 2. I vejledningen står der således ikke noget om, hvorvidt fertilitetsbehandling kan omfattes af § 56, stk. 2, nr. 2. Ankestyrelsens principafgørelse 89-17 handler dog om denne problemstilling.

5.2.3. § 56-aftaler ved fravær på grund af fertilitetsbehandling

I principafgørelse 89-17 vurderer Ankestyrelsen, at en kvindelig lønmodtager ikke opfylder betingelserne for at indgå en aftale vedrørende refusion af sygedagpenge efter sygedagpengelovens § 56. Ankestyrelsen begrundet sin afgørelse med, at den kvindelige lønmodtager ikke har en væsentlig større sygdomsrisiko som følge af barnløsheden, hvilket er en betingelse for at kunne indgå en § 56-aftale i medfør af sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 1. I afgørelsen bemærker Ankestyrelsen, at Vejledning om sygedagpenge nr. 9300 af 25. juni 2008 ikke medfører, at fravær på grund af fertilitetsbehandling er omfattet af sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 1, selvom vejledningen giver et konkret eksempel herpå. Ankestyrelsen understreger, at barnløshed kan skyldes en langvarig eller kronisk lidelse, men i den konkrete sag lægger Ankestyrelsen vægt på, at lønmodtagerens arbejdsfravær ikke skyldes uarbejdsdygtighed på grund af den lidelse, der ligger til grund for lønmodtagerens barnløshed. Ifølge Ankestyrelsen er den kvindelige lønmodtager derimod fraværende fra arbejdet for at modtage behandling for at opnå graviditet. Ankestyrelsen beslutter, at aftaler vedrørende fertilitetsbehandling skal vurderes efter sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 2, fordi denne del af bestemmelsen specifikt nævner behandling.

¹³² Vejledning nr. 9300 af 25. juni 2008, kapitel 21, afsnit 56.1, paragraf 2

I principafgørelse 89-17 beslutter Ankestyrelsen, at arbejdsgiveren og den kvindelige lønmodtager ikke kan indgå en § 56-aftale på grund af lønmodtagerens fertilitetsbehandling. I den konkrete sag lægger Ankestyrelsen afgørende vægt på, at fertilitetsbehandlingen ikke er besluttet på ansættelsestidspunktet. I sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 2 er det en betingelse, at behandlingen skal være besluttet på ansættelsestidspunktet. Trods den direkte ordlyd af sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 2, henviser Ankestyrelsen til principafgørelse 82-14, idet Ankestyrelsen anfører, at denne principafgørelse anvendes i afgørelsen af sagen i principafgørelse 89-17. På grund af denne henvisning vil Ankestyrelsens principafgørelse 82-14 blive behandlet for at fastslå, hvilken betydning denne principafgørelse har på retsområdet.

I principafgørelse 82-14 foreligger en situation, hvor en lønmodtager ønsker at indgå en § 56-aftale med sin arbejdsgiver på grund af behandling for barnløshed, som ikke skyldes den pågældende lønmodtagers egne sygelige forhold. Det principielle spørgsmål er, om en lønmodtager har ret til at indgå en § 56-aftale ved fertilitetsbehandling, når behovet for behandling skyldes partnerens sygelige forhold. I den konkrete sag ændrer Ankestyrelsen kommunens afslag på anmodningen om at få godkendt en § 56-aftale. Kommunen henviser i sin afgørelse til, at en § 56-aftale kun kan godkendes for den af partnerne, der har sygelige forhold. Kommunen lægger således vægt på, at fertilitetsbehandlingen skal være begrundet i lønmodtagerens egen sygdom. I modsætning til kommunen lægger Ankestyrelsen vægt på, at lønmodtageren er i et behandlingsforløb på et sygehus, og at behandlingen er besluttet på ansættelsestidspunktet. Hvis lønmodtageren er i lægeligt anbefalet behandling, er Ankestyrelsens vurdering, at lønmodtageren kan indgå en § 56-aftale med sin arbejdsgiver, uanset om behandlingen skyldes lønmodtagerens egen sygdom. Det afgørende for Ankestyrelsen i afgørelsen af denne sag er, at betingelserne i sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 2 er opfyldt.

Hvad angår fertilitetsbehandling, fastslår principafgørelse 82-14, at en lønmodtager kan få godkendt en § 56-aftale, hvis lønmodtageren er under behandling. Det er således uden betydning for retten til at indgå en § 56-aftale efter sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 2, om lønmodtageren har sygelige forhold. På den ene side kan det udledes, at der ikke er et krav om behandling på grund af egen sygdom i sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 2, selvom det er en betingelse for at få udbetalt sygedagpenge i henhold til sygedagpengelovens § 7. På den anden side har Ankestyrelsens afgørelse i sagen den virkning for lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling, at § 56-aftaler kun kan indgås af den af partnerne, der bliver behandlet som led i fertilitetsbehandlingen.

I de fleste tilfælde af fertilitetsbehandling er det kvinden, der modtager selve behandlingen. Det er kvinden, der kan modtage hormonbehandling, og det er kvinden, der får udtaget æg og opsat æg efter den kunstige befrugtning. Manden kan levere sæd til den kunstige befrugtning, men selv ikke dette er en nødvendighed for at gennemføre en fertilitetsbehandling, fordi manden kan have en så lav sædkvalitet, at parret anvender doneret sæd for at opnå graviditet. Eftersom Ankestyrelsen fastslår i principafgørelse 89-17, at en lønmodtager, der modtager fertilitetsbehandling, omfattes af sygedagpengelovens § 52, stk. 2, nr. 2, kan en mandlig lønmodtager kun indgå en § 56-aftale med sin arbejdsgiver, hvis han modtager behandling. Hvis en mandlig lønmodtager derimod lider af sygelige forhold, som er skyld i parrets ufrivillige barnløshed, kan han ikke indgå en § 56-aftale med sin arbejdsgiver. Den mandlige lønmodtager har dog i disse tilfælde ret til sygedagpenge. Omvendt har principafgørelse 82-14 umiddelbart den virkning, at kvindelige lønmodtagere både kan indgå en aftale efter sygedagpengelovens § 56, stk. 2, nr. 2, når de selv er syge, og når de blot modtager behandling, fordi mandens sygelige forhold er årsag til den ufrivillige barnløshed.

5.3. Delkonklusion

Både mandlige og kvindelige lønmodtagere har ret til sygedagpenge som følge af deres arbejdsfravær på grund af fertilitetsbehandling, hvis de har sygelige forhold, som er årsag til, at det er nødvendigt for dem at modtage behandling for at opnå graviditet. Der skelnes ikke mellem mænd og kvinder, for så vidt angår retten til sygedagpenge i forbindelse med fertilitetsbehandling, fordi både mænd og kvinder kan have sygelige forhold, der er årsag til den ufrivillige barnløshed. For så vidt angår lønmodtagerens mulighed til at indgå en § 56-aftale med arbejdsgiveren, som giver arbejdsgiveren ret til refusion af de udbetalte sygedagpenge, har Ankestyrelsens principafgørelser umiddelbart den virkning, at kvindelige lønmodtagere har adgang til at indgå § 56-aftaler i større omfang end mandlige lønmodtagere. Kvinder har en større adgang til at indgå § 56-aftaler, fordi kvinder i alle de nævnte former for fertilitetsbehandling skal modtage behandling, hvorimod det samme ikke er tilfældet for mænd. På baggrund heraf er kvinder nødt til at være fraværende fra arbejdet i større omfang end mænd, men ligesom det var tilfældet for den mandlige lønmodtager i U 2009.323 V, har mænd også mulighed for at deltage i fertilitetsbehandlingerne.

I U 2009.323 V deltog den mandlige lønmodtager i fertilitetsbehandlingerne uden at have indgået en § 56-aftale med sin arbejdsgiver. I U 2011.17 V og U 2012.2133 H valgte arbejdsgiverne at afskedige de kvindelige lønmodtagere, selvom der var indgået § 56-aftaler, hvorefter arbejdsgiverne ville få

refunderet de sygedagpenge, som de udbetalte til de kvindelige lønmodtagere. På baggrund af de nævnte domme er det ikke muligt at udlede, at kvinder skulle være bedre beskyttet mod afskedigelse som følge af deres adgang til at indgå § 56-aftaler. Det kan heller ikke konstateres på baggrund af sygedagpengeloven, lovens forarbejder eller praksis på området, at der skulle være et særligt hensyn at tage til det ene køn frem for det andet i tilfælde af fravær på grund af fertilitetsbehandling. På grundlag af Ankestyrelsens principafgørelser er der dog umiddelbart forskel på mandlige og kvindelige lønmodtageres adgang til at indgå § 56-aftaler. Der er imidlertid ikke nogen af retskilderne, der støtter, at forskellen skulle have den virkning, at retsstillingen for mænd og kvinder, for så vidt angår afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9, er forskellig på grund af deres adgang til at indgå aftaler om refusion af sygedagpenge efter sygedagpengelovens § 56. Det er heller ikke muligt at udlede på baggrund af de nævnte domme, at mænd ville være bedre beskyttet ved fertilitetsbehandling, hvis mænd havde adgang til at indgå § 56-aftaler på grund af deres deltagelse i fertilitetsbehandlingerne.

6. Konklusion

For at besvare problemformuleringen og underspørgsmålene, er de fastlagte retsstillinger for henholdsvis mandlige og kvindelige lønmodtagere blevet sammenlignet med hinanden. Efter emnet er blevet belyst, er det blevet klart, at der ikke findes mange retskilder, der beskriver, hvordan mænd er beskyttet ved fertilitetsbehandling. Det begrænsede omfang af retskilder, der tager direkte stilling til beskyttelsen af mænd ved fertilitetsbehandling, har medført, at belysningen af emnet i stort omfang er blevet foretaget med udgangspunkt i den fastlagte retsstilling for kvinder ved fertilitetsbehandling. I denne sammenhæng har det været muligt at undersøge, om der er nogle hensyn på området for ligestilling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, der kan begrunde, at mænd og kvinder kan behandles forskelligt i forbindelse med fertilitetsbehandling.

På baggrund af en fortolkning af ligebehandlingslovens § 9, konkluderes det, at mandlige lønmodtagere er beskyttet mod afskedigelse, når de er fraværende fra deres arbejde for at deltage i fertilitetsbehandling. Vestre Landsret tog stilling til fortolkningen af ligebehandlingslovens § 9 i U 2009.323 V med henvisning til Højesterets dom i U 2003.603 H. Det følger derudover af forarbejderne til ligebehandlingslovens § 9, at formålet med bestemmelsen var at lovfæste en ret for alle lønmodtagere til fravær i forbindelse med graviditet. Ligebehandlingslovens § 1, stk. 8 foreskriver dog, at ligebehandlingsloven ikke er til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med graviditet. En tilsvarende bestemmelse findes i artikel 28 i direktiv 2006/54/EF, som henviser til beskyttelsesbestemmelserne i direktiv 92/85/EØF. Dette direktivs artikel 10, stk. 1, forbyder afskedigelse af gravide kvindelige lønmodtagere, men EU-Domstolen har besluttet i sagen C-506/06, at bestemmelsen ikke kan udvides til at omfatte kvindelige lønmodtagere, der undergår fertilitetsbehandling. Hvis ligebehandlingsloven forstås i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, er der ikke et særligt hensyn at tage til kvindelige lønmodtagere, der undgår fertilitetsbehandling. Afskedigelsesbeskyttelsen i forbindelse med fertilitetsbehandling gælder således umiddelbart for mænd og kvinder i samme omfang. De danske domstole har dog kun taget direkte stilling til udstrækningen af afskedigelsesbeskyttelsen, for så vidt angår kvinder. I U 2011.17 V og U 2012.2133 H henviser domstolene dog til Højesterets dom i U 2003.603 H, hvilket domstolen også gør i U 2009.323 V. Af den grund antages afskedigelsesbeskyttelsen også at gælde for mænd fra det tidspunkt, hvor en egentlig behandling på en fertilitetsklinik indledes, til graviditeten kan konstateres.

I sagen C-506/06 beslutter EU-Domstolen, at udtagning og opsætning af æg i forbindelse med fertilitetsbehandling kun vedrører kvinder direkte, og at afskedigelse af kvindelige lønmodtagere i forbindelse med disse indgreb udgør direkte forskelsbehandling på grund af køn efter artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF, som kan sammenlignes med artikel 14, stk. 1, i direktiv 2006/54/EF. I dansk ret har domstolene ikke taget stilling til, om afskedigelsesbeskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9 kan opdeles på samme måde i forbindelse med fertilitetsbehandling. Hvis domstolene følger EU-Domstolens praksis, vil mænd ikke være beskyttet i samme omfang som kvinder. I så fald vil retsstillingen for mænd og kvinder være forskellig ved fertilitetsbehandling.

Udover beskyttelsen i ligebehandlingslovens § 9, beskytter ligebehandlingslovens § 16 a mænd i forbindelse med fertilitetsbehandling. I sager om afskedigelse på grund af fertilitetsbehandling lægger ligebehandlingslovens § 16 a kravene til de mandlige lønmodtageres bevisbyrde. I U 2009.323 V beslutter Vestre Landsret, at den mandlige lønmodtagers deltagelse i et fertilitetsbehandlingsforløb, der var uafsluttet på afskedigelsestidspunktet, udgør en faktisk omstændighed, som giver anledning til at formode, at afskedigelsen er i strid med ligebehandlingslovens § 9. Den delte bevisbyrde antages at gælde i den samme periode, som mænd er beskyttet i henhold til ligebehandlingslovens § 9 ved fertilitetsbehandling. I U 2011.17 V og U 2012.2133 H bedømmer domstolene også sagerne om de kvindelige lønmodtagere efter ligebehandlingslovens § 16 a. I U 2012.2133 H vurderer domstolen, at en aftale om fravær efter sygedagpengelovens § 56 er et bevis, der kan støtte den kvindelige lønmodtagers påstand om en godtgørelse på grund af en afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9. Det kan således konkluderes, at en § 56-aftale kan udgøre en faktisk omstændighed, som giver anledning til at formode, at en afskedigelse er i strid med ligebehandlingslovens § 9.

Det er muligt at konkludere på baggrund af Ankestyrelsens principafgørelser 82-14 og 89-17, at lønmodtagere har ret til at indgå § 56-aftaler, hvis de modtager behandling. Kvinder modtager behandling i større omfang end mænd i forbindelse med fertilitetsbehandling. Af den grund antages det, at kvinder har ret til at indgå § 56-aftaler i forbindelse med fertilitetsbehandling i flere tilfælde end mænd. Ankestyrelsens to principafgørelser har dog ikke betydning for retten til sygedagpenge, som derimod er betinget af, at lønmodtageren er uarbejdsdygtig på grund af egen sygdom. For så vidt angår beskyttelsen efter ligebehandlingslovens § 9, har kvinder dog umiddelbart større mulighed for at påvise en faktisk omstændighed i henhold til ligebehandlingslovens § 16 a, fordi kvinder har flere muligheder for at indgå § 56-aftaler i forbindelse med fertilitetsbehandling. I U 2011.17 V og

U 2012.2133 H kunne § 56-aftalerne dog ikke overbevise dommerne om, at afskedigelserne var i strid med ligebehandlingslovens § 9. Det kan derfor ikke konkluderes på baggrund af dommene, at kvinder er bedre beskyttet end mænd på grund af muligheden for at indgå § 56-aftaler. Det kan heller ikke konkluderes, at en § 56-aftale kan have afgørende betydning for mænds beskyttelse ved fertilitetsbehandling. I hver enkelt sag om afskedigelsesbeskyttelse efter ligebehandlingslovens § 9 har beviserne således afgørende betydning for udfaldet.

Hvad angår sygedagpengelovens § 56, er forskellen på mænd og kvinders mulighed for at indgå aftaler om fravær i forbindelse med fertilitetsbehandling ikke begrundet i et hensyn til kvinder. Der tages derimod hensyn til den eller de af partnerne, der modtager behandling. Det kan konkluderes, at der er forskel på retten til at indgå § 56-aftaler for mænd og kvinder, men at forskellen ikke strider mod princippet om ligebehandling på grund af køn, fordi retten til at indgå § 56-aftaler ikke er betinget af køn. I U 2009.323 V havde den mandlige lønmodtager ikke indgået en § 56-aftale med sin arbejdsgiver, hvilket han ifølge Ankestyrelsens principafgørelser heller ikke havde ret til, fordi han ikke modtog behandling. For så vidt angår beskyttelsen af mænd ved fertilitetsbehandling efter ligebehandlingslovens § 9, afhænger beskyttelsen i henhold til denne bestemmelse ikke af, om manden modtager behandling. Dette er muligt at konkludere på baggrund af U 2009.323 V, fordi den mandlige lønmodtager i denne sag blot deltog i fertilitetsbehandlingerne. Hvis en mandlig lønmodtager er fraværende fra arbejdet for at modtage fertilitetsbehandling, er han dog umiddelbart bedre beskyttet efter ligebehandlingslovens § 9, end hvis han blot deltager i behandlingerne, fordi han i så fald har ret til at indgå en § 56-aftale, som kan udgøre en faktisk omstændighed efter ligebehandlingslovens § 16 a.

7. Litteraturliste

7.1. Love og lovbekendtgørelser

Gældende

- Lovbekendtgørelse nr. 1047 af 28. oktober 2004 – Bekendtgørelse af lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel
- Lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011 – Bekendtgørelse af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v.
- Lov nr. 217 af 5. marts 2013 – Lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v.
- Lovbekendtgørelse nr. 902 af 23. august 2019 – Bekendtgørelse af lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v.
- Lovbekendtgørelse nr. 106 af 2. februar 2020 – Bekendtgørelse af lov om ret til orlov og dagpenge ved barsel
- Lovbekendtgørelse nr. 107 af 2. februar 2020 – Bekendtgørelse af lov om sygedagpenge

Historiske

- Lov nr. 161 af 12. april 1978 – Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v.
- Lovbekendtgørelse nr. 101 af 6. marts 1987 – Bekendtgørelse af lov om barselorlov m.v.
- Lov nr. 244 af 19. april 1989 – Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v.
- Lov nr. 440 af 7. juni 2001 – Lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v., lov om lige løn til mænd og kvinder, lov om børnepasningsorlov, lov om ligestilling af kvinder og mænd og lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger
- Lov nr. 1313 af 27. november 2013 – Lov om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v., vævsloven, børneloven, lov om børns forsørgelse og retsplejeloven

7.2. Traktater

- Traktaten om Den Europæiske Union
- Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

7.3. Direktiver

Gældende

- Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (Graviditetsdirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (omarbejdning)

Historiske

- Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (Ligebehandlingsdirektivet)
- Rådets direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grund af køn (Bevisbyrdedirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23. september 2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår

7.4. Bekendtgørelser

- Bekendtgørelse nr. 639 af 21. juni 2005 – Bekendtgørelse om dagpenge ved sygdom eller fødsel

7.5. Forarbejder

Lovforslag

- Lovforslag nr. 207 fremsat den 15. marts 1972 – Forslag til lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel
- Lovforslag nr. 148 fremsat den 10. januar 1978 – Forslag til lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v. (L 148)
- Lovforslag nr. 202 fremsat den 6. maj 1980 – Forslag til lov om barselorlov m.v. (L 202)

- Lovforslag nr. 64 fremsat den 26. oktober 1988 – Forslag til lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v. (L 64)
- Lovforslag nr. 29 fremsat den 11. oktober 1989 – Forslag til lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel
- Lovforslag nr. 5 fremsat den 2. oktober 1996 – Forslag til lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v. (L 5)
- Lovforslag nr. 78 fremsat den 1. november 2000 – Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v., lov om lige løn til mænd og kvinder, lov om børnepasningsorlov, lov om ligestilling af kvinder og mænd og lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger (L 78)
- Lovforslag nr. 154 fremsat den 2. februar 2006 – Forslag til lov om sygedagpenge (L 154)

Betænkninger

- Betænkning nr. 846 (1978) – Betænkning om barselorlov afgivet af et af Ligestillingsrådet og Børnekommissionen nedsat fællesudvalg og kommenteret af de to organer
- Betænkning til L 64 afgivet af Arbejdsmarkedsudvalget den 29. marts 1989 – Betænkning over Forslag til lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v.
- Betænkning til L 78 afgivet af Arbejdsmarkedsudvalget den 16. maj 2001 – Betænkning over Forslag til lov om ændring af lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov m.v., lov om lige løn til mænd og kvinder, lov om børnepasningsorlov, lov om ligestilling af kvinder og mænd og lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger

Folketingets forhandlinger

- 2. behandling af L 64: Folketingstidende 1988-89, Folketingets Forhandlinger, sp. 8340-8347

Redegørelser

- ”Redegørelse om kunstig befrugtning”, Det Ethiske Råd, 1995
- ”Kunstig befrugtning – Etisk set”, Det Ethiske Råd, 2004

7.6. Vejledninger

- Vejledning nr. 9300 af 25. juni 2008 om sygedagpenge
- Barselsvejledning udgivet af Moderniseringsstyrelsen og Centralorganisationernes Fællesudvalg (CFU), april 2012
- Vejledning nr. 9351 af 26. maj 2015 om sundhedspersoners og vævscentres virksomhed og forpligtelser i forbindelse med assisteret reproduktion

7.7. Retspraksis

Dansk retspraksis

- U 2003.603 H
- U 2009.323 V
- U 2011.17 V
- U 2012.2133 H

EU-Domstolens praksis

- Sag C-506/06, Sabine Mayr mod Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG

7.8. Ankestyrelsens principafgørelser

- Principafgørelse 82-14
- Principafgørelse 89-17

7.9. Litteratur

- Andersen, Agnete Lied og Krarup, Mads, *Barselsregler – fleksibilitet, fravær og dagpenge*, Karnov Group, 3. udgave, 1. oplag, 2017
- Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 1. oplag, 2016 (Blume 2016)
- Evald, Jens, *Juridisk teori, metode og videnskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 3. oplag, 2016 (Evald 2016)
- Hartlev, Mette m.fl., *Sundhed og Jura*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 1. oplag, 2017 (Hartlev 2017)
- Marstal, Mikael, *Lønmodtageres beskyttelse mod opsigelse ved graviditet, barsel og adoption*, Thomson Reuters, 1. udgave, 1. oplag, 2011 (Marstal 2011)

- Marstal, Mikael og Mogensen, Ulrik, *Lønmodtageres opsigelsesbeskyttelse*, Karnov Group, 1. udgave, 1. oplag, 2015 (Marstal og Mogensen 2015)
- Nielsen, Ruth, *EU-arbejdsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 1. oplag, 2019
- Nielsen, Ruth, *Ligebehandlingsloven med kommentarer*, Karnov Group, 1. udgave, 1. oplag, 2019

7.10. Øvrigt

- <https://ast.dk/afgorelser> (senest set den 13. maj 2020)
- <https://www.rigshospitalet.dk/afdelinger-og-klinikker/julianemarie/fertilitetsklinikken/undersoegelse-og-behandling/Sider/aarsager-til-barnloeshed.aspx> (senest set den 13. maj 2020)