

Notat om X-dommens konsekvenser for ATP samt syge- og barseldagpenge

1. INDLEDNING OG KONKLUSION

Beskæftigelsesministeriet har anmodet om vores vurdering af, om anvendelsen af kønsspecifikke omregningsfaktorer ved beregning af bidrag til ATP Livslang Pension (herefter "ATP") for medlemmer med ukendt arbejdstid samt beregningen af syge- og barseldagpenge for lønmodtagere med ukendt arbejdstid er kønsdiskrimination i strid med EU-retten, og om danske myndigheder har pligt til at genoptage allerede afgjorte sager på disse tre områder.

Baggrunden for denne anmodning er navnlig EU-Domstolens dom af 3. september 2014 i sag C-318/13, X, EU:C:2014:2133, hvor Domstolen fastslog, at anvendelsen af finske regler om kønsspecifikke aktuararmæssige principper ved kapitalisering af erhvervsevnetabserstatning indebærer forskelsbehandling på baggrund af køn i strid med artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (herefter "direktiv 79/7/EØF").

Denne dom gav anledning til, at de tidligere gældende regler om kapitalisering af erhvervsevnetab i arbejdsskadesikringsloven blev ændret pr. 1. marts 2015 ved bekendtgørelse nr. 199 af 25. februar 2015 om omsætning af løbende ydelser til kapitalbeløb efter lov om arbejdsskadesikring i 2015, ligesom den førte til, at Arbejdsmarkedets Erhvervssikring genoptog en række tidligere afgjorte sager, jf. Beskæftigelsesministeriets vejledende udtalelse om den bagudrettede virkning af EU-Domstolens dom i sag C-318/13 (Ligestillingsudvalget 2016-17, alm. del, bilag 24).

Beskæftigelsesministeriet har efterfølgende identificeret tre yderligere ordninger, hvor en kønsspecifik faktor også anvendes ved opgørelsen af en ydelse.

De identificerede ordninger er:

- ATP, hvor der anvendes en kønsspecifik omregningsfaktor ved fastsættelsen af arbejdstid for personer med ukendt arbejdstid til brug for bl.a. beregningen af størrelsen på de arbejdsgiverbetalte bidrag. Arbejdstiden beregnes ud fra den gennemsnitlige fortjeneste pr.

time for henholdsvis mænd og kvinder, ekskl. genetillæg, som senest offentliggjort i Dansk Arbejdsgiverforenings Lønstatistik, Strukturstatistik.

- Sygedagpenge, hvor der anvendes en kønsspecifik omregningsfaktor ved fastsættelsen af både arbejdstid og timefortjeneste for personer med ukendt arbejdstid til brug for vurderingen af berettigelsen til sygedagpenge og sygedagpengesatsens størrelse. Arbejdstiden og timefortjenesten beregnes på samme vis som for ATP.
- Barseldagpenge, hvor der i samme situationer som for sygedagpenge, anvendes en kønsspecifik omregningsfaktor ved fastsættelsen af både arbejdstid og timefortjeneste for personer med ukendt arbejdstid. Arbejdstiden og timefortjenesten beregnes på samme vis som for ATP.

I lyset af X-dommen og navnlig dens konsekvenser på erhvervsevnetabsområdet har Beskæftigelsesministeriet anmodet om vores vurdering af, hvilke konsekvenser X-dommen har for de tre ovennævnte ordninger, herunder om anvendelsen af kønsspecifikke omregningsfaktorer på de tre ordninger er i strid med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF, og om danske myndigheder i så fald har pligt til at genoptage allerede afgjorte sager på et eller flere af disse tre områder.

Det er samlet set vores konklusion, som nærmere uddybet i de følgende afsnit, at der ikke er grundlag for at fastslå, at beregningsmetoden til fastsættelse af ukendt arbejdstid for henholdsvis sygedagpenge, ATP og barseldagpenge er i strid med EU-retlige regler om forbud mod kønsdiskrimination. På den baggrund er det vores vurdering, at der ikke inden for nogen af de tre områder er grundlag for at fastslå en pligt til at genoptage allerede afgjorte sager.

2. ATP

ATP udbetales som en fast månedlig ydelse til folkepensionister på baggrund af indbetalte ATP-bidrag og er blandt andet reguleret i lovbekendtgørelse nr. 1110 af 10. oktober 2010 om Arbejdsmarkedets Tillægspension (herefter "ATP-loven"), samt bekendtgørelse nr. 1385 af 25. november 2015 om Arbejdsmarkedets Tillægspension (herefter "ATP-bekendtgørelsen").

Arbejdsgiveren betaler 2/3 af medlemmets ATP-bidrag og medlemmet 1/3, jf. ATP-lovens § 15, stk. 6. Størrelsen af ATP-bidraget er bl.a. afhængig af beskæftigelsens omfang, jf. bestemmelsens stk. 4. Det er nærmere angivet i bilag 1-6 i ATP-bekendtgørelsen, hvor mange timer en lønmodtager skal have været beskæftiget i den relevante periode, for at der enten ydes fuldt, 2/3, 1/3 eller intet bidrag.

For så vidt angår lønmodtagere med ukendt arbejdstid fremgår det af ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8, som er udstedt med hjemmel i lovens § 15, stk. 5, at arbejdstiden til brug for bl.a. fastsættelsen af størrelsen af ATP-bidraget fastsættes ved at dividere indtægten i lønperioden hos samme arbejdsgiver med en timeløn for henholdsvis mænd og kvinder. Timelønnen udgør i 2016 194,45 kr. for mænd og 175,60 kr. for kvinder og pristalsreguleres årligt.

ATP-lovens § 15, stk. 6, jf. ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8, indebærer dermed, at fastsættelsen af ATP-bidrag for personer med ukendt arbejdstid beregnes med udgangspunkt i den statistiske gennemsnitsløn for henholdsvis mænd og kvinder. Metoden til fastlæggelse af ukendt arbejdstid betyder, at en mand med samme samlede indkomst som en kvinde anses for at have arbejdet færre timer.

Anvendelsen af en kønsspecifik omregningsfaktor for lønmodtagere med ukendte arbejdstider kan tilbageføres til den tidligste ATP-lov (lov nr. 45 af 7. marts 1964 om Arbejdsmarkedets Tillægspension) § 15, stk. 4, jf. § 4, stk. 1, litra e. Det fremgår ikke af denne lovs forarbejder, hvad den nærmere begrundelse for beregningsmetoden er.

Beskæftigelsesministeren har i svar på spørgsmål nr. 25 i BEU, almindelig del, 2017-18, bilag 194, oplyst, at beregningsmetoden har til formål at sikre, at der indbetales til ATP på det mest retvisende grundlag i forhold til beregning af antal arbejdstimer i et ansættelsesforhold. Det nødvendiggør, at der i beregningen af antallet af arbejdstimer tages højde for, at kvinder gennemsnitligt har en lavere løn end mænd. Med reglerne forsøger man således at sikre de berørte kvinder samme pensionsmæssige vilkår uanset en lavere timeløn.

Vi lægger herefter til grund, at formålet med anvendelsen af de forskellige timelønssatser i beregningsmetoden efter ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8, er at sikre, at mænd og kvinder er ligestillet i forhold til muligheden for at modtage ATP-bidrag. Beregningsmetoden i ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8, er med andre ord indført for at undgå, at de strukturelle ulemper for kvinder på arbejdsmarkedet videreføres i pensionssystemet.

Efter en samlet bedømmelse er det vores vurdering, at mest taler for, at ATP udgør en lovbestemt social sikringsordning, som skal vurderes efter artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF, idet spørgsmålet dog ikke ses at være endeligt afklaret.

Selvom anvendelsen af en kønsspecifik statistik for timeløn isoleret set indebærer en forskellig behandling af mænd og kvinder, kan der argumenteres for, at den særlige ordning for beregning af ukendt arbejdstid netop ikke indebærer en *forskellig* behandling for så vidt angår adgang til eller beregning af bidrag efter ATP-loven, jf. direktiv 79/7/EØF, artikel 4, stk. 1. Den kønsspecifikke beregningsfaktor indebærer tværtimod, at mænd og kvinder – statistisk set – stilles *ens* med hensyn til opgørelsen af ukendt

arbejdstid til brug for beregning af bidragssatsen efter ATP-lovens §15, stk. 4, jf. ATP-bekendtgørelsens bilag 1-6.

EU-Domstolens dom af 3. september 2014 i sag C-318/13, X, EU:C:2014:2133, angik en regel i det finske system for erhvervsevnetabserstatning, der indebar, at kvinder modtog en større erstatning som følge af en statistisk højere levealder. Den finske regel indebar således, at en statistisk konstaterbar forskel i levealder blev *videreført* til ordningen for erhvervsevnetabserstatning. På tilsvarende vis indebar de hollandske regler, der var genstand for EU-Domstolens dom af 29. juli 2010 i sag C-577/08, Brouwer, EU:C:2010:449, at en statistisk lønforskel mellem mænd og kvinder blev *videreført* ved beregningen af alderspension, så mænd opnåede en højere pension end kvinder.

Formålet med ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8, er omvendt netop at sikre, at de statistisk konstaterbare lønforskelle på arbejdsmarkedet *ikke* videreføres i den sociale sikringsordning, som ATP-ordningen indfører. Der kan på den baggrund argumenteres med vægt for, at den kønsspecifikke beregningsfaktor i ATP-ordningen ikke indebærer forskelsbehandling af mænd og kvinder, jf. artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF, idet mænd og kvinder ikke befinder sig i sammenlignelige situationer.

Det ville forholde sig anderledes, hvis de danske regler f.eks. indebar, at mænd skulle have en større sygedagpengegodtgørelse end kvinder for at modsvare, at deres indtægt – og dermed deres indtægtstab – statistisk set var højere end kvinders. I en sådan situation ville det følge klart af X-dommens præmis 36-39 og Brouwer-dommens præmis 31, at det ikke er muligt at begrunde en mere fordelagtig behandling af mænd med det forhold, at mænd statistisk set har mere fordelagtige forhold på arbejdsmarkedet.

Der er imidlertid ikke de samme holdepunkter i retspraksis for at antage, at den omvendte situation – dvs. den, som er indført i bl.a. ATP-ordningen i Danmark, og som kønsdifferentierer med henblik på at udligne statistiske lønforskelle – ligeledes udgør forskelsbehandling, der ikke kan anses for begrundet i objektive forskelle i mænd og kvinders situation, jf. direktiv 79/7/EØF, artikel 4, stk. 1.

Samlet set vurderer vi på den baggrund, at der ikke er grundlag for at fastslå, at de danske regler for beregning af ATP-bidrag for lønmodtagere med ukendt arbejdstid er i strid med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF. Vi lægger herved navnlig vægt på, at formålet med anvendelsen af den kønsspecifikke omregningsfaktor – til forskel fra de regler, som EU-Domstolen bedømte i bl.a. X-dommen – er at sikre, at de statistisk konstaterbare lønforskelle på arbejdsmarkedet ikke videreføres i ATP-ordningen, og at der derfor ikke i eksisterende praksis er grundlag for at konkludere, at reglen indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn.

3. SYGEDAGPENGE

Retten til sygedagpenge er reguleret i lovbekendtgørelse nr. 68 af 25. januar 2019 om sygedagpenge (herefter "sygedagpengeloven"), samt bekendtgørelse nr. 1791 af 27. december 2018 om opgørelse af beskæftigelseskrav og beregning af sygedagpenge m.v. (herefter "sygedagpengebekendtgørelsen").

Det følger af sygedagpengelovens § 30, stk. 2, at lønmodtageren skal have været ansat uafbrudt i de seneste 8 uger før fraværet og i denne periode have været beskæftiget hos arbejdsgiveren i mindst 74 timer, førend lønmodtageren kan få sygedagpenge fra arbejdsgiveren. Det følger desuden af sygedagpengelovens § 32, stk. 1, nr. 1, at lønmodtageren skal være i beskæftigelse og mindst have været beskæftiget i mindst 240 timer inden for de seneste 6 afsluttede kalendermåneder forud for første fraværsdag og i mindst 5 af disse måneder have været beskæftiget i mindst 40 timer hver måned, førend lønmodtageren kan få sygedagpenge fra kommunen i de tilfælde, hvor arbejdsgiveren ikke udbetaler sygedagpenge.

Disse beskæftigelseskrav indebærer, at det er nødvendigt at opgøre, hvor mange timer lønmodtageren har arbejdet inden sygefraværet for at afgøre, om en lønmodtager er berettiget til sygedagpenge. For lønmodtagere med ukendt arbejdstid følger det af sygedagpengebekendtgørelsens § 3, stk. 2, jf. lovens § 47, stk. 2, nr. 3, at timetallet beregnes efter samme beregningsmåde som i § 2, stk. 8, i bekendtgørelse om Arbejdsmarkedets Tillægspension. Det indebærer som beskrevet ovenfor, at arbejdstiden fastsættes ved at dividere indtægten i lønperioden hos samme arbejdsgiver med en forskellig timeløn for henholdsvis mænd og kvinder.

For så vidt angår beregningsgrundlaget for sygedagpenge bestemmer lovens § 47, at satsen for fuldt uarbejdsdygtige lønmodtagere beregnes på grundlag af det ugentlige timetal under sygefraværet og den timefortjeneste, som den pågældende i gennemsnit har opnået i aktuelle ansættelsesforhold i de seneste 3 afsluttede kalendermåneder forud for første fraværsdag, efter betaling af arbejdsmarkedsbidrag.

Beregningen af sygedagpenge er således sammensat af to elementer. Først skal der opgøres en sygedagpengetimesats, det vil sige det timebeløb, som den sygemeldte er berettiget til under fravær. Dernæst skal opgøres antallet af timer, der skal udbetales sygedagpenge for. For at opgøre dette, skal man kende det antal timer, som den sygemeldte lønmodtager skulle have arbejdet i perioden med sygefraværet.

For de lønmodtagere, hvis arbejdstid ikke kendes, opstår herefter et tilsvarende problem som ved vurderingen af beskæftigelseskravet, jf. ovenfor. Derfor benytter man ifølge sygedagpengebekendtgørelsens § 11 den samme fremgangsmåde i ATP-loven og ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8, når man skal opgøre arbejdstiden til brug for selve beregningen af sygedagpengene.

Det betyder nærmere bestemt, at man også her tager udgangspunkt i den udbetalte løn og dividerer med en statistisk timeløn, der er forskellig for mænd og kvinder. Herved fremkommer det gennemsnitlige antal arbejdstimer. Timefortjenesten beregnes herefter ved at gange timetallet med timemaksimummet efter sygedagpengelovens § 50, stk. 1, jf. sygedagpengebekendtgørelsens § 11, stk. 4.

Sygedagpengelovens § 47, stk. 1 og 2, jf. ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8, indebærer, at beregningen af ukendt arbejdstid til brug for tildeling af sygedagpenge sker med udgangspunkt i den statistiske gennemsnitsløn for henholdsvis mænd og kvinder. Beregningsmetoden indebærer nærmere bestemt, at en mand med samme samlede indkomst som en kvinde antages at have arbejdet et lavere antal timer, fordi mænd statistisk set har en højere timeløn end kvinder.

Sygedagpengeordningen udgør ligesom ATP-ordningen efter vores vurdering en lovbestemt social sikringsordning, som er omfattet af direktiv 79/7/EØF.

På samme måde som gennemgået ovenfor med hensyn til ATP er det vores vurdering, at denne beregningsmetode netop ikke indebærer en forskellig behandling for så vidt angår adgang til eller beregning af ydelserne efter sygedagpengeloven, jf. direktiv 79/7/EØF, artikel 4, stk. 1. Den kønsspecifikke beregningsfaktor indebærer tværtimod, at mænd og kvinder – statistisk set – stilles ens med hensyn til opfyldelsen af beskæftigelseskravet i sygedagpengelovens § 32 og med hensyn til opgørelsen af timetallet ved beregningen af ydelserne efter § 47, og at de konstaterbare forskelle i gennemsnitsløn *ikke* videreføres i sygedagpengeordningen.

Vi vurderer derfor samlet set, at der heller ikke er grundlag for at antage, at reglerne om opgørelse af ukendt arbejdstid til brug for bedømmelsen af beskæftigelseskravet og beregningen af sygedagpengeydelserne indebærer forskelsbehandling i strid med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF.

4. BARSELSDAGPENGE

Retten til barseldagpenge er reguleret i lovebekendtgørelse nr. 67 af 25. januar 2019 om ret til orlov og dagpenge ved barsel (herefter ”barselsloven”), samt bekendtgørelse nr. 1787 af 27. december 2018 om opgørelse af beskæftigelseskrav og beregning af barseldagpenge m.v. (herefter ”barseldagpengebekendtgørelsen”).

På samme måde som sygedagpengeloven opstiller barseldagpengeloven dels regler om beskæftigelseskrav som betingelse for retten til barseldagpenge, og dels regler om udmåling af barseldagpenge. Det følger således af lovens § 27, stk. 1, nr. 1, at en lønmodtager har ret til barseldagpenge fra Udbetaling Danmark, når den pågældende dagen før fraværet eller på første fraværsdag er i beskæftigelse og har

været beskæftiget i mindst 160 timer inden for de seneste 4 afsluttede kalendermåneder forud for fraværsperioden og i mindst 3 af disse måneder har været beskæftiget i mindst 40 timer i hver måned.

Med hjemmel i barselslovens § 27, stk. 4, har beskæftigelsesministeren fastsat regler om beregning af ukendt arbejdstid i barselsdagpengebekendtgørelsens § 2, stk. 2, hvoraf fremgår, at timetal i tilfælde af manglende oplysninger herom beregnes efter ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8. Reguleringen svarer på dette punkt til sygedagpengereglerne.

For så vidt angår beregningen af barselsdagpenge følger det af barselslovens § 33, at disse beregnes på grundlag af det ugentlige timetal under fraværet og den timefortjeneste, som lønmodtageren i gennemsnit har opnået i aktuelle ansættelsesforhold i de seneste 3 afsluttede kalendermåneder forud for fraværets begyndelse, efter betaling af arbejdsmarkedsbidrag. I tilfælde af manglende oplysninger om det ugentlige timetal fastsættes dette ifølge barselsdagpengebekendtgørelsens § 8, stk. 4, efter metoden i ATP-bekendtgørelsens § 2, stk. 8.

Barselslovens § 27, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med de udstedte regler om beregning af ukendt arbejdstid i barselsdagpengebekendtgørelsen, indebærer altså på samme måde som sygedagpengereglerne, at en mandlig arbejdstager skal have en højere indkomst for at opfylde beskæftigelseskravet. Tilsvarende betyder reglerne om beregning af ukendt arbejdstid, at en mand med samme indkomst som en kvinde modtager et lavere beløb i barselsdagpenge efter lovens § 33.

Direktiv 79/7/EØF indeholder ikke efter sin ordlyd et direkte forbud mod forskelsbehandling mellem mænd og kvinder indenfor barselsdagpengeområdet. Lovbestemte ordninger om kompensation i forbindelse med barsel er ikke omfattet af den positive afgrænsning af direktivets anvendelsesområde i artikel 3. Der ses endelig ikke at være grundlag i EU-Domstolens retspraksis for at antage, at barselsordninger er omfattet af direktiv 79/7/EØF. Det følger omvendt af EU-Domstolens praksis, at lovbestemte ydelser, der har til formål at kompensere arbejdstagere, der lige har født, er omfattet af artikel 11, nr. 2, litra b, i 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 (herefter ”barselsdirektivet”), jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 27. oktober 1998 i sag C-411/96, Boyle, EU:C:1998:506, præmis 31-33.

Mandlige arbejdstagere er pr. definition udelukket fra barselsdirektivets anvendelsesområde, jf. dettes artikel 2. Det betyder, at mandlige arbejdstagere ikke har noget krav efter EU-retten på barselsorlov efter direktivets artikel 8 eller følgelig til en passende ydelse efter artikel 11, nr. 2, litra b. EU-Domstolen har endvidere (i en situation, der ikke var omfattet af barselsdirektivet) afvist, at princippet om ligeløn i TEUF artikel 157 betyder, at en mandlig arbejdstager har krav på ligestilling i forhold til ydelser i anledning af barselsorlov, jf. bl.a. dom af 16. september 1999 i sag C-218/98, Abdoulaye, EU:C:1999:424.

Det følger heraf, at mænd ikke på nuværende tidspunkt har krav efter EU-retten på at modtage en offentlig ydelse svarende til barselsdagpenge efter barselsloven. Heraf følger også, at EU-Domstolens retspraksis om ligebehandlingsprincippet i direktiv 79/7/EØF ikke kan overføres til barselsdagpenge.

På den baggrund er det vores vurdering, at der ikke er grundlag for at antage, at beregningsmetoden til fastsættelse af ukendt arbejdstid ved tilkendelse og udmåling af barselsdagpenge, som stiller mænd mindre gunstigt end kvinder for så vidt angår adgangen til barselsdagpenge, er i strid med EU-retten.

Vi bemærker endelig, at beregningsmetoden efter vores opfattelse stadig ikke vil være i strid med EU-retten, selvom mænd faktisk måtte få krav efter EU-retten på en sådan ydelse i forbindelse med implementeringen af det nye barselsdirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1158 af 20. juni 2019 om balance mellem arbejdsliv og privatliv for forældre og omsorgspersoner og om ophævelse af Rådets direktiv 2010/18/EU). I den situation vil spørgsmålet om forskelsbehandling m.v. skulle vurderes på samme måde som ovenfor vedrørende ATP og sygedagpenge. Vi henviser til afsnit 2 og 3.

Kammeradvokaten



Rass Holdgaard

Partner, Advokat (H)