

Udskriftsdato: 19. december 2025

KEN nr 9792 af 30/09/2020 (Gældende)

Ligebehandlingsnævnets afgørelse om handicap - afskedigelse - er handicap - kommuner - medhold

Ministerium: Social- og Boligministeriet

Journalnummer: 19-34996

Ligebehandlingsnævnets afgørelse om handicap - afskedigelse - er handicap - kommuner - medhold

J.nr. 19-34996

Den 1. november 2011 tiltrådte en pædagogmedhjælper en stilling hos en kommune. Den 9. marts 2017 indgik pædagogmedhjælperen og kommunen en § 56 aftale, da pædagogmedhjælperen led af hortons hovedpine. Den 27. april 2017 blev hun sygemeldt med stress og depression, som kunne have en uheldig effekt på hortons lidelse. Det fremgår af statusattesten af den 31. oktober 2017, at der var tale om en stationær og varig lidelse, samt af pædagogmedhjælperen ikke kunne raskmeldes fuldt ud grundet de mange hovedpineanfald. Pædagogmedhjælperen blev afskediget den 28. februar 2018. På tidspunktet for afskedigelsen var hun deltidssygemeldt med 18 timer om ugen. Nævnet vurderede, at pædagogmedhjælperen havde et handicap. Det fremgår af afskedigelsesbrevet, at hun blev afskediget på grund af længerevarende sygefravær uden udsigt til at komme tilbage på fuld tid. Nævnet vurderede på den baggrund, at pædagogmedhjælperen havde påvist faktiske omstændigheder, der tydede på, at hun havde været udsat for forskelsbehandling på grund af handicap. Kommunen havde oplyst, at det ville have været muligt at omplacere pædagogmedhjælperen til en 18 timers stilling. Kommunen undersøgte ikke konkret denne mulighed eller indgik i dialog med pædagogmedhjælperen om eventuelt nedsat tid på 18 timer ugentligt, som hendes læge anså for passende. Nævnet vurderede på den baggrund, at kommunen ikke havde løftet bevisbyrden for, at de havde levet op til deres tilpasningsforpligtelse.

Pædagogmedhjælperen fik derfor medhold i klagen og blev tildelt en godtgørelse på 190.000 kr.

Klagen angår påstået forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med, at klager blev afskediget fra sin stilling som pædagogmedhjælper.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse

Det var i strid med forskelsbehandlingsloven, at klager blev afskediget fra sin stilling som pædagogmedhjælper.

Indklagede skal inden 14 dage betale en godtgørelse til klager på 190.000 kr. med procesrente fra den 16. juni 2019, hvor klagen er modtaget i Ligebehandlingsnævnet.

Sagsfremstilling

Klager blev den 1. november 2011 ansat i den indklagede kommune, som to-kulturel medarbejder i skolefritidsordningen på Skole A, med en ugentlig arbejdstid på 35 timer.

Fra den 13. juni 2016 blev klagers stilling ændret til pædagogmedhjælper med en ugentlig arbejdstid på 30 timer. Klagers arbejdssted blev desuden ændret til Skole B.

Den 9. marts 2017 indgik klager og indklagede en aftale efter sygedagpengelovens § 56. Af kommunens afgørelse af 24. marts 2017 til indklagede fremgår blandt andet:

”Afgørelse om bevilling af § 56 aftale vedrørende kronisk sygdom

Der er d. 24. Marts 2017 truffet afgørelse om bevilling af en § 56-aftale i forbindelse med [klagers], langvarige eller kroniske lidelse.

Begrundelse

Aftalen er bevilget med baggrund i følgende lidelser: Hortons Hovedpine

§ 56 aftalen er godkendt for perioden 09-03-2017 til 08-03-2019.

I forbindelse med godkendelse af § 56 aftalen, skal I være opmærksomme på følgende:

Aftalen vedrører kun fravær pga. den eller de lidelser, som er omfattet af aftalen.

I kan søge om refusion for de uger, hvor det samlede fravær pr. uge, er på 4 timer eller mere.

Aftalen er tidsbegrænset, og der skal ansøges om ny aftale efter udløb.

Aftalen kan ikke benyttes til fast ugentlig nedsættelse af arbejdstiden.

Eventuel behandling skal så vidt muligt foregå uden for den normale arbejdstid.

...”

Klager sygemeldte sig den 27. april 2017. Af referat fra sygefraværssamtale den 24. maj 2017 fremgår blandt andet:

”...

Resume:

...

[Klager] har været sygemeldt fra d. 27.4-17

[Klager] har tidligere fået tilbudt "tidlig indsats", hvor hun ikke har taget initiativ til at starte. Da hun nu starter hos psykolog, kan det ikke anbefales at gøre begge dele på en gang.

...

Lægelige/andre specialist oplysninger:

...

Læge har sygemeldt [klager] med stress og begyndende depression. d.15.5.17 fortæller [klager] at lægen har tilbudt psykologsamtaler

Lægen oplyser til [klager], at stress og depression kan have en uheldig effekt på Hortons lidelse(svær hovedpine), som [klager] har. [Klager] har§ 56 på disse sygedage.

Lægen har ikke anbefalet [klager] andet end at hun selv skal mærke efter, hvad hun kan/ikke kan p.t.

...

Konklusion på sygefraværssamtalen:

Det aftales at [klager] starter op i uge 22 + 23 i 9 timers raskmelding:

Man (8-11)

ons-fre (13-16)

der aftales opfølgningssamtale d. 7.6.17 kl. 11.30-12”

Den 26. juni 2017 blev der afholdt sygefraværssamtale mellem klager og indklagede. Af referat fra sygefraværssamtalen fremgår blandt andet:

”Resume:

...

[Klager] har tidligere fået tilbudt "tidlig indsats", hvor hun ikke har taget initiativ til at starte. Da hun nu starter hos psykolog, kan det ikke anbefales at gøre begge dele på en gang.

[Klager] føler sig istand til at starte i en delvis sygemelding.

...

[Klager] er kommet i gang i klassen og har deltaget i et teammøde.

Hun er godt tilpas med tiden, men er meget brugt. ”

Til samtalen blev der udarbejdet en langsigtet plan, hvor klager fra uge 26-36 skulle gå fra 12 timer ugentligt til en fuld raskmelding.

I forbindelse med lukning af Skole B, blev klager administrativt overflyttet til Skole C. Hun arbejdede dog fortsat på tilbageværende opgaver på Skole B.

Den 13. september 2017 blev der igen afholdt sygefraværssamtale. Af referat fra samtalen fremgår blandt andet:

”Resume:

...

Derefter en genoptrappingsperiode fra uge 26-36, hvor hun langsom kom tilbage på 30 timer pr. uge.

I genoptræningsperioden og i september har [klager] imidlertid haft adskillige hele sygedage, med Hortons

lidelse.

[Klager] har haft migræne siden 9 års alderen, men har først for 2 år siden fået stillet diagnose Hortons lidelse på sine voldsomme hovedpiner.

Hun er blevet udredt på Hovedpinecenteret i [by], hvorfra hun fortsat følges.

Hun får forebyggende medicin, samt ilt og stærk medicin ved anfald.

[Klager] har desuden Morbus Cron.

[Klager] har oplevet et pludseligt vægttab på 16 kg omkring årsskiftet 2016/17.

[Klager] oplever hun har lært at leve med daglige stærke hovedpiner

Status pt:

Der er sket en ændring i retning af at hun nu har typisk 2 dage med Hortons- og det kan forekomme, at der være 3-4 dage(strækker sig ud over weekenden)

[Klager] er yderst pligtopfyldende og har en stor loyalitet overfor arbejdet, hvilket gør at hun stresser yderligere og føler hun svigter sine kollegaer.

[Klager] oplever en sammenhæng mellem Hortons anfald og stress.

Hun er godt tilpas med selve arbejdets indhold og opgaver.

Oplever at hun har mere behov for at trække sig i sociale sammenhænge, at holde pauser alene.

Tænker selv at smerterne er årsagen til dette.

...

[navn] fra [faglig organisation] ønsker fokus på at [klager] er en pligtopfyldende person, der er meget loyal overfor arbejdsstedet. Hun ønsker at [klager] sætter fokus på at lytte til egne behov og forholder sig til sin stress og hvad der påvirker denne.

Hun ønsker fokus på hvad jobcenteret kan tilbyde.

Medarbejderens forventninger:

[Klager] ønsker at arbejde, hun ønsker at være almindelig og atgøre alt hvad hun kan.

Hun udtrykker, at det er svært at erkende, at hun har behov for hjælp.

Hun er bange for at miste sit arbejde, som hun er meget glad for.

Hun er bekymret for sin økonomiske situation.

[Klager] udtrykker at i den periode, hvor hun i den delvise raskmeldingsperiode, kom på arbejde mandags-fre

i 18 timer, gik det bedre. Hun havde en dag imellem arbejdsdagene, som var god for hende.

...

Jobcenter (hvis der er repræsentant med på mødet)

...

[Person fra jobcenter] vil tage kontakt til jobcenterets administration, da hendes delvise sygemelding, må forlænges.

Der er brug for en lægefaglig vurdering fra overlæge på [hospital].

Der orienteres om, hvad en personlig assistent er. Dette tilbud kan [klager] ikke forholde sig til.

[Klagers] dagpengesag skal revurderes d.30.11.17.

Genoptrappingsplan (hvis det er aftalt at en sådan skal laves)

I et forsøg på at fastholde [klager] til arbejdet lægges flg plan:

At [klager] bliver delvis sygemeldt, sådan at hun arbejder 18 timer pr. uge på man-ons- fredage.

At [klager] tager imod jobcenteret tilbud om afklarende samtale v psykolog

At [klager] undersøger, hvad overlægen i [hospital] mener om realiteten af at arbejde 30 timer pr. uge.

I forhold til arbejdspladsen

[Leder] Udtrykker bekymring for [klager].

Oplever at [klager] er i en spiral, hvor smerterne /stressen bliver værre.

Hensynet til [klager] og til kollegaerne og arbejdets stabilitet nærmer sig en grænse. På langt sigt er det derfor ikke holdbart, at [klager] har 1-2 sygedage pr uge, som det har været i det sidste ½ år. ”

Den 31. oktober 2017 blev der udarbejdet en statusattest for klager af klagers læge. Heraf fremgår følgende:

”Aktiv diagnoseliste for patient

Diagnose

- Hortons hovedpine (DG440)
- Migræne uden aura (DG430)
- Hovedpine forårsaget af lægemiddel IKA (DG444)

Ad diagnose: Det attesteres herved at denne pt. lider af Hortons hovedpine, hyppig migræne uden aura samt kronisk spændingshovedpine. Hortons hovedpine ytrer sig med svære smerteanfald ledsaget af tåre- og næseflåd, og optræder hyppigst i aften- og nattetimerne af 1-3 timers varighed pr. anfald, men der kan komme gentagne anfald i løbet af døgnet.

Migrænen ytrer sig ved også ved svære hovedpineanfald, men de er ledsaget af kvalme og opkastningstendens samt lys- og lydfølsomhed, og kræver absolut ro i helt op til 2 døgn pr. anfald. Den kroniske spændingshovedpine er af lettere karakter, men er konstant til stede døgnet rundt.

Ad behandling: Den nuværende behandling er justeret nogenlunde, men med 2 slags forebyggende medicin og anfaldsmedicin i form af indsprøjtninger eller tabletter. Vi justerer hele tiden den forebyggende behandling i relation til effekt og bivirkninger, men vi kan ikke forvente hel anfaldsfrihed.

Ad prognosen: Det er tvivlsomt, da der er tale om varigt sygdomstilfælde, der har været i årevis, og den medicinske behandling kan mindske, men ikke helbrede hovedpineanfaldene. På nuværende tidspunkt skønnes tilstanden stationær og varig, og justering af behandlingen

virker primært ved at bedre pt.s livskvalitet og nattesøvn, men vi næppe kan forvente yderligere anfaldsreduktion.

Ad konkret tidshorisont: Lige nu kan det ikke forventes, at pt. kan raskmeldes til fuld tid, da der er migræneanfald ca. 3 dage pr. uge og 5-10 Horton-anfald pr. uge plus den konstante spændingshovedpine, men det anbefales, at pt. vurderes mht. fleksjob, da den nuværende arbejdstid på 18 timer er meget passende med 6 timer hver 2. dag, 3 dage ugentl., således at pt. har mulighed for at hvile sig på fridagene, hvis nattesøvnen har været svært kompromitteret.

Ad skånehensyn: Det er vigtigt, at pt. har mulighed for at kunne trække sig tilbage i ro og fred, hvis der er et anfald på vej på arbejdspladsen, og at der evt. er mulighed for kunne indtages ilt på maske, hvilket har en god effekt på Horton-anfaldene.

Ad andre forhold/funktionsniveau: Pt. lider desuden af inflammatorisk tarmsygdom, og er i vedvarende medicinsk behandling herfor. Kombineret med ovennævnte hovedpinesygdom er der tale om en kompleks situation, der påvirker erhvervsevnen.

Ad uarbejdsdygtig: Pt. er ikke uarbejdsdygtig i ethvert erhverv. og pt. vil meget gerne fastholdes i den nuværende job, som hun er meget glad for.

Såfremt der er brug for yderligere oplysninger, er de velkommen til at kontakte ut. ”

Den 8. november 2017 blev der afholdt sygefraværssamtale igen. Af referat fra samtalen fremgår blandt andet:

”19.10 har [klager] fået Blokade i nakken i [hospital], formålet var at "tage toppen af Hortons anfald"-det-

te har dog ikke haft den store effekt.

Jobcenter og [klager] har modtaget den rekvirerede status attest fra Overlæge i Glostrup. Af den fremgår at

[klager] har en stationær varig lidelse. ...

Jobcenter har drøftet sagen med ekstern lægekonsulent

Det betyder, at [klager] nu overgår fra Fastholdelsesteamet til udredningsteamet i jobcenteret og en række handlinger bliver sat i gang, herunder

- en generel helbredelses attest

- at [klager] skal afklares indenfor 69 uger
- at der udarbejdes en AVP i nuværende arbejde, herunder hvordan
- at skånehensyn og effektivitet på arbejde er.

Overlæge i [hospital] anbefaler, at [klager] vurderes mht fleksjob, da hendes nuværende arbejdstid på 18 timer er meget passende (6 timer pr. dage Man-ons-fre), sådan at der er en restitutionsdag mellem hver arbejdsdag.

...

[Klagers] egen vurdering er, at skånehensyn sagtens kan forenes med hendes opgaver.

...

Skånehensyn:

Vigtigt at [klager] kan trække sig tilbage i ro og indtage ilt på maske i forbindelse med anfald.

Dette har [klager] dog endnu ikke haft behov for, da hendes anfald typisk kommer udenfor dagtimerne.

...

[Klager] er fortsat delvis sygemeldt, sådan at hun arbejder 18 timer pr. uge på man-ons- fredage. ”

Den 17. november 2017 meddelte jobcentret, at klagers sygedagpenge blev forlænget med 69 uger, med henblik på at klarlægge klagers arbejdsevne.

Af referat fra sygefraværssamtale mellem klager og indklagede den 29. november 2017 fremgår blandt andet:

”[Indklagede] udtrykker bekymring omkring [klagers] årvagenhed og overbliksniveau, når hun på dage har det

svært enten efter mange anfald eller dage med massiv svær hovedpine.

[Indklagede] udtrykker bekymring omkring om [klager] kan tage ansvar for at færdes alene med et barn udenfor skolen. Dette mener [klager] absolut hun kan. Hun har i øvrigt altid en telefon med sig. [Klager] forsikrer, at hun er fuld ud istand til at have overblik og er ansvarlig, når hun er på arbejde. [Klager] oplyser, at hun p.t ikke længere får morfinlignede medicin, men udelukkende stærk migræne

medicin. Hun har ikke bivirkninger af forebyggende medicin. ”

Den 17. januar 2018 blev der afholdt teammøde. Af referatet fremgår det, at teamet udtrykte bekymring for klagers arbejde. De oplevede, at hun stadig havde en del hele sygedage. De mærkede manglende

stabilitet, hvilket betød en stigende grad af pædagogisk utilfredsstillende arbejde. Det lange fravær gav en sårbarhed i hele teamet. Det fremgår desuden, at:

”Teamet har længe trukket på deres medmenneskelighed og forståelse for [klagers] situation, men deres frustrationstærskel er blevet lavere. De oplever en svingende tilstand hos [klager].

Jævnligt klare hun opgaverne, men lige så jævnligt oplever de, at [klager] bliver meget spørgende, forvirret, mister tydelig givet information. De oplever også at [klager] glemmer ting; at hun f.eks. ikke kan huske, hvad der aftales på teammøde dagen i forvejen.

Hele Teamet er begyndt at kommunikere med hinanden i en messenger omkring sygemeldinger. Dermed er de flexible i at møde tidligere ind, for at hjælpe hinanden, når [klager] har hele sygedage. Dette lægger et yderligere pres på deres timer og afvikling af deres ekstra timer.

De ytre stor forståelse for [klagers] situation, men er meget ærlige i deres ytringer.”

Den 2. februar 2018 blev den sidste sygefraværssamtale afholdt. Der er ikke et referat af mødet. På mødet blev det besluttet, at klager skulle indstilles til afskedigelse på baggrund af hendes længerevarende sygefravær.

Den 8. februar 2018 modtog klager en partshøring om uansøgt afskedigelse, hvoraf det blandt andet fremgår:

”Efter indstilling fra skolens ledelse skal det hermed meddeles, at [indklagede]

påtænker at afskedige dig fra stillingen som pædagogmedhjælper ved [Skole C] Afdeling Nord, [indklagede].

Begrundelsen herfor er længerevarende sygdomsfravær samt, at der ikke er udsigt til, at du vil blive i stand til at genoptage dit arbejde fuldt ud.

Ledelsen ser stor forskel hos dig, hvor du nogle dage er positiv, klar og skarp, mens din hukommelse og overblik andre dage ses påvirket, så deltaljerne glipper. Dine

kollegaer har lignende observationer.

Desuden opleves dit fremmøde ustabilt af såvel ledelse som kollegaer, hvilket resulterer i en stigende sårbarhed i kollegaernes hverdag, ligesom det påvirker børnenes hverdag og den pædagogiske struktur.

Dette er uforeneligt med den daglige drift af arbejdsstedet, hvorfor [indklagede] påtænker at afskedige dig.

Kopi af fraværsudskrift vedlagt.

Du afskediges med 5 måneders varsel, jf. funktionærlovens § 2, til fratræden den 31.

juli 2018.

...”

Klager besvarede partshøringsbrevet den 16. februar 2018.

Den 28. februar 2018 blev klager meddelt afskedigelse med samme begrundelse, som anført i partshøringsbrevet af 8. februar 2018.

Den 4. april 2018 indgik klager og indklagedes faglige organisation i forhandling om afskedigelsen.

Klagen blev modtaget i Ligebehandlingsnævnet den 16. juli 2019.

Klager fremsatte i klagen en påstand om betaling af en godtgørelse på 257.023 kr. svarende til 12 måneders løn.

Parternes bemærkninger

Klager gør gældende, at hun blev afskediget på grund af handicap i strid med forskelsbehandlingsloven.

Det er ubestridt, at klager har et handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven. Dette bekræftes af statusreferat af 31. oktober 2017. Dette bekræftede ledelsen hos indklagede ligeledes i referatet fra sygefraværssamtalen den 8. november 2017.

Efter vedvarende migræne over en lang årrække, blev klager henvist til hospitalets hovedpinecenter for udredning. Klager blev diagnosticeret med lidelsen Hortons hovedpine. Hovedpinen er meget intens og beskrives som en brændende og borende smerte bag det ene øje og kan i perioder med stress udløse både depression og angst.

På grund af lidelsen havde klager en del sygefravær.

Klager sygemeldte sig den 27. april 2017, da hun i en periode havde følt sig stresset på arbejdspladsen. Klagers Hortons hovedpine anfald var hyppige, og hun var presset af dårlig samvittighed over for arbejdspladsen og kollegaerne. Det fremgår ligeledes af referatet af sygefraværssamtalen den 13. september 2017, at klager var pligtopfyldende og derfor blev presset yderligere.

Klager var fuldtidssygemeldt på afskedigelsestidspunktet, da hendes lidelse - Hortons hovedpine - blev forværret ved afskedigelsen og udløste anfald af migræne. Den udløste ligeledes en let depression som følge af klagers diagnose.

I perioden fra den 13. september 2017 til den 8. november 2017 havde klager alene 3 hele sygedage, og udtrykte, at det gik bedre med 18 timer fordelt på 3 dage om ugen.

Indklagede var bekendt med klagers handicap og skulle have truffet hensigtsmæssige foranstaltninger i forhold til klagers konkrete behov. Det er ikke dokumenteret, at det ville være en uforholdsmæssig stor byrde at fastholde klager i stillingen.

Efter den 8. november 2017 ændrede indklagedes holdning til klager sig. Muligvis da det gik op for indklagede, at klager aldrig ville kunne bestride en stilling på fuld tid. Derfor anfægtede ledelsen uventet klagers faglighed ved at udtrykke bekymring for hendes overblik, årvågenhed og færden med børn alene. Dette var ubegrundet og havde ikke tidligere være drøftet.

På mødet den 2. februar 2018 oplyste klagers leder, at hun havde ændret opfattelse i forhold til hendes tidligere bekymring omkring klagers medicinforbrug, og at klager var alene med børnene. Det havde været svært for klager at håndtere, at lederen var af den opfattelse, at klager ikke kunne passe sit arbejde. Lederen havde tidligere tilkendegivet overfor klager at ”vi nødig skulle have en negativ avisomtale om, at [klager] var faldet om på gaden med et barn, pga. [klagers] medicinforbrug”.

Klager forstår ikke det grundlag, hun blev opsagt på. Det er klagers opfattelse, at det var hendes kroniske lidelse, hvor klager og indklagede var i gang med at aftale fastholdelsesfleksjob, der var årsagen til afskedigelsen.

Klager anser sig selv som fagligt dygtig og ansvarsfuld. Klager havde arbejdet med børn i mange år, og der var aldrig blevet stillet tvivl om klagers faglighed eller personlighed. Klager gjorde sig umage med at være en god og glad kollega og forsøgte at skabe en rar og humoristisk atmosfære.

Klager havde været ansat hos indklagede siden januar 2011. Der var intet i klagers personalemappe, der pegede i retning af en generel ustabil medarbejder. Det var tværtimod imponerende, at hun kunne passe sit arbejde med de diagnoser, hun har.

Det fremgår af afskedigelsen, at klagers hukommelse og overblik nogle dage sås påvirket, samt at klagers kollegaer havde set lignende. Klager tager dette som et udtryk for, at klagers leder havde set dette ske. Klager og klagers leder sås praktisk talt aldrig dagligt, og klager mødte ikke sin leder, imens hun udførte sit arbejde. Det teammødenotat af 17. januar 2017, som indklagede i den forbindelse henviser til, er ikke underskrevet, ligesom det ikke fremgår, hvem notatet omhandler. Hverken klager eller de navngivne kollegaer blev partshørt, hvorfor notatet skal betragtes som ugyldigt.

Indklagede har på møde den 4. april 2018 anført, at mødedeltagerne havde læst referatet igennem, men ikke ønskede at underskrive det, da det ikke var dem, der havde skrevet det. Notatet omhandler nærmere utilfredse medarbejdere på grund af sårbarheden ved at have en kollega på deltid, snarere end klagers svingende tilstand, hvorfor medarbejderne ikke ønskede at underskrive notatet.

Det er lederen hos indklagede, der har udarbejdet notatet, men lederens navn fremgår ikke at notatet, hverken som deltager eller ved underskrift.

Klagers kollegaer havde overfor klager ikke givet udtryk for samme bekymring som klagers leder. De oplyste tværtimod, at der var skabt ro omkring klagers fravær, efter der var udarbejdet en fast aftale om, hvornår klager var der, og hvornår der var en fast vikar på.

Indklagede baserede afskedigelsen på formodninger og observationer, der ikke var dokumenteret.

Indklagede gør ligeledes gældende, at klager ikke længere var egnet i stillingen. Klager er uforstående overfor, hvorfor lederen ikke har indkaldt klager til samtale angående lederens bekymring inden afskedi-

gelsen. Der har ikke tidligere være klaget over klagers arbejde, hvorfor hun utvivlsomt må være egnet i stillingen.

Såfremt klager havde udvist en bekymrende adfærd, havde ledelsen indkaldt klager til en samtale og drøftet denne adfærd.

Indklagede kunne have fastholdt klager i stillingen men manglede vilje hertil, da det stod klart, at klager aldrig ville komme til at arbejde fuld tid.

Indklagede afskedigede klager uden grund. Parterne havde aftalt, at klager skulle udredes i forhold til muligt fastholdelsesfleksjob, men klager blev afskediget inden udredningen var påbegyndt.

Klager er uforstående overfor, hvorfor hun blev afskediget midt i en proces, hvor den aftalte APV ikke var færdiglavet. Klagers sagsbehandlere på jobcentret og virksomhedskonsulenten har givet udtryk for, at de finder sagsgangen og ledelsens beslutning meget besynderlig.

Den eneste grund til, at klager blev afskediget, må være på grund af de gener, der opstår ved at have en medarbejder ansat med et handicap.

Klagers personalemappe er mangelfuld og misvisende idet klagers partshøringsbrev af 16. februar 2018 ikke fremgår af sagsakterne. Det nævnte notat af 17. januar 2017 er ikke underskrevet ligesom der ikke var partshørt. Sygefraværssamtalerne af 28. juni 2017, 24. maj 2017, 13. september 2017, 29. september 2017 og 8. november 2018 var ikke underskrevet eller tilskrevet med kommentarer, som klager bad om. Referaterne blev underskrevet ved samtale den 2. februar 2018, men findes ikke i personalemappen. Nogle af referaterne blev efterfølgende sendt i underskrevet stand.

Klager var både kompetent, egnet og disponibel og kunne varetage centrale funktioner i stillingen med enkelte skånehensyn såsom arbejdstidsnedsættelse, fleksjob, en § 56 aftale samt muligheden for at trække sig, hvis hun fik et anfald.

Disse tiltag kunne arbejdsgiveren imødekomme uden uforholdsmæssig stor byrde.

Indklagede gør gældende, at klager ikke var disponibel i sin stilling på 30 timer om ugen, da hun på opsigelsestidspunktet ikke kunne arbejde mere end 18 timer ugentligt. Ved vurderingen af, om en arbejdstager er kompetent, egnet og disponibel, har det betydning, om den pågældende ved hjælp af tilpasningsforanstaltninger kan blive kompetent, egnet og disponibel hertil. Der henvises til C-335/11 og C337/11, hvoraf det fremgår, at en medarbejder anses som disponibel, selv om den pågældende ikke er i stand til at arbejde med samme belastning som andre ansatte eller som tidligere i samme stilling. En medarbejder betragtes således som disponibel, også ved en arbejdstidsnedsættelse.

Indklagede gør gældende, at de ikke var berettiget til at tilbyde fleksjob. Fleksjob blev dog drøftet den 8. november 2017. Processen vedrørende fleksjob var således i gang på afskedigelsestidspunktet.

Indklagede gør gældende, at klager ikke havde anmodet om nedsat tid, men at dette kunne have været muligt på Skole C eller en af de øvrige skoler i kommunen. Det stod klart efter de lægelige oplysninger

dateret den 31. oktober 2017, at klager ikke kunne bestride en stilling på 30 timer længere. Derfor blev fleksjob drøftet. Naturligvis ville klager have accepteret en stilling på nedsat arbejdstid.

Det fremgår af referaterne fra sygefraværssamtalerne, at klager var meget glad for sit arbejde og bange for at miste det. Det kan derfor undre, at klager blev afskediget, hvis det var muligt at tilbyde hende en stilling på 18 timer ugentligt.

Indklagede traf nogle generelle tilpasninger på arbejdspladsen. Dette er dog ikke tilstrækkeligt for at opfylde tilpasningsforpligtelsen, idet de foretagne tilpasninger skal være hensigtsmæssige foranstaltning i betragtning af de konkrete behov, den pågældende person har. Der henvises til U. 2010.1748. V, hvor en arbejdsgiver trods fleksjob og nedsat tid, ikke havde imødekommet medarbejderens konkrete behov ved for eksempel at tilpasse arbejdsmonstre og fordele arbejdsopgaver anderledes.

Der henvises ligeledes til Vestre Landsrets dom af 30. september 2019 (BS-36216/2018-VLR), hvor arbejdsgiveren ikke havde forsøgt at afdække medarbejderens behov.

Indklagede gør gældende, at afskedigelsen af klager, ikke var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Afskedigelsen af klager var fuldt saglig, da klager på opsigelsestidspunktet havde været sygemeldt i mere end 343 dage med helt eller delvist fravær.

Ved fratrædelsen havde klager mere end 450 sygedage med helt eller delvist fravær.

I perioden fra den 27. april 2017 løber klagers fravær op på 58 fulde fraværsdage og 197 delvise fraværsdage grundet sygdom. Siden klager startede på skolen den 13. juni 2016, har det været en ansættelse præget af fravær og manglende stabilitet. Klager havde således 32 fulde fraværsdage grundet sygdom i perioden 13. april 2016 til 26. april 2017 fordelt over 18 perioder.

Til sygefraværssamtalen den 2. februar 2018, blev klager meddelt, at der blev indledt en uansøgt afskedigelse på grund af det længerevarende sygefravær og den manglede udsigt til, at klager kunne genoptage arbejdet. Der var ligeledes lang udsigt til en afklaring af, om klager kunne tilkendes fleksjob. Da arbejdspladsen i stigende grad blev presset, så ledelsen ingen anden udvej.

Klager blev fuldtidssygemeldt den 16. februar 2018. Det fremgår af en mulighedserklæring, indklagede indhentede af klagers egen læge, at det ikke kunne forventes, at klager ville vende tilbage til sit nuværende arbejde.

Der er ikke ny viden i teammøde notatet af 17. januar 2018. Klager var blevet gjort bekendt hermed til sygefraværssamtalerne. De nævnte medarbejdere i notatet blev partshørt, men ønskede ikke at underskrive notatet, da de ikke selv havde skrevet det. Medarbejderne kan ikke rejse en kritik over for ledelsen, og så trække den tilbage efterfølgende. Ledelsen har pligt til at handle på alle oplysninger, hvorfor kollegaernes udtalelser er indgået i det samlede vurderingsgrundlag. Klager anfægter referatet fra teammødet den 17. januar 2018, da notatet ikke er underskrevet. Indklagede har på møde den 4. april 2018 anført, at mødedeltagerne havde læst referatet igennem, men ikke ønskede at underskrive det, da det ikke var dem der havde skrevet det.

Indklagede har mange medarbejdere ansat med en § 56 aftale eller fleksjob, hvorfor dette ikke var årsagen til afskedigelsen. Årsagen var alene klagers længerevarende sygefravær, samt at der ikke var udsigt til, at klager genoptog arbejdet på fuld tid. Dette var uforeneligt med arbejdsstedet samtidig med, at lederen så, at arbejdsstedet i stigende grad blev presset af situationen.

Indklagede forsøgte forskellige tiltag for at fastholde klager i stillingen, herunder en genoptrappingsplan over 11 uger til klagers fulde timetal på 30 timer. Efter en kort periode på en højere timetal, vendte klager tilbage til 18 timer ugentligt. Klager forblev således delvis sygemeldt. Ved sygefraværssamtalen den 13. september 2017 oplyste lederen på skolen, at hensynet til klager på den ene side og kollegaerne på den anden side samt arbejdets stabilitet nærmere sig en grænse.

Klagers dagpengerefusion var ikke tilstrækkelig til, at indklagede kunne have en vikar for alle de timer, hvor klager var sygefraværende. Der blev derfor trukket ekstra meget på det øvrige personale. Af teammødenotatet af 17. januar 2018 fremgår, at klagers fravær påvirkede det pædagogiske arbejde, og det gav sårbarhed i teamet. Dette skal ses i sammenhæng med, at klager arbejdede med handicappede og meget sårbare børn, der havde behov for forudsigelighed og tryghed.

Klager var derfor ikke disponibel i sin stilling på 30 timer om ugen, da klager på opsigelsestidspunktet fortsat ikke kun arbejde mere end 18 timer om ugen. Klager var ligeledes fuldt sygemeldt på opsigelsestidspunktet.

Klager var ligeledes ikke længere egnet i stillingen, da klager, selv med reduceret timetal, ikke kunne udføre de væsentligste funktioner i stillingen. Det fremgår af notat af 17. januar 2018 som giver et tydeligt indblik i, hvor presset teamet var.

Indklagede forsøgte at tilpasse arbejdsopgaverne, så de passede til klagers behov. Dette ses vanskeliggjort af klagers tilstand, idet blandt andet hukommelsen var påvirket.

Klager havde mulighed for at trække sig, idet der var et personalerum. Såfremt der var behov for yderligere mulighed for tilbagetrækning, har det ikke været bragt på banen, hvorfor indklagede ikke har haft mulighed for at forholde sig til det.

Klager gør gældende, at hun kunne vende tilbage i stillingen med enkelte skånehensyn som nedsat tid. Klager bad på intet tidspunkt om nedsat arbejdstid.

Indklagede er en stor organisation, og det kan ikke afvises, at klager kunne have været omplaceret til en stilling på 18 timer. Det har dog ikke været italesat fra klagers side, at det var et ønske fra hende.

Det var ikke indklagedes opfattelse, at klager var interesseret i en ansættelse på 18 timer ugentligt, da klager selv skulle finansiere lønnedgangen på 12 timer om ugen. Klager havde også tidligere i forløbet givet udtryk for, at hun var bekymret for sin økonomiske situation. Dette fremgår af referat af 13. september 2017. Indklagede gør ligeledes opmærksom på, at såfremt tilbuddet om en 18 timers stilling blev fremsat for klager uden forudgående tilkendegivelse, ville det svare til en afskedigelse.

Indklagede vurderer, at klager ikke var kompetent, egnet og disponibel til at udføre væsentlige funktioner i sin stilling, ej heller selv hvis timetallet var nedsat til 18 ugentlige timer.

Det at klager i opsigelsesperioden oplevede en forværring af sin lidelse, hvilket medførte, at klager blev fuldtidssygemeldt, viser blot, at en løsning med 18 timer ugentligt ikke havde været en reel løsning.

Indklagede havde gjort, hvad man kunne for at tilgodese de skånehensyn de var bekendt med. Indklagede havde indgået en § 56 aftale, og klager havde mulighed for at trække sig. Der blev kort drøftet muligheden for personlig assistance, hvilket blev afvist af klager. Indklagede var ligeledes klar til at undersøge muligheden for fleksjob, men efter et år med helt eller delvist sygefravær, kunne indklagede ikke længere vente på afgørelsen om fleksjob.

Der er ingen garantier forbundet med en proces omkring afklaring af et fastholdelsesfleksjob, hverken i forhold til om klager var berettiget til fleksjob, eller om det rent driftsmæssigt kunne lade sig gøre på arbejdsstedet. Så længe skolen kunne se klager i et fleksjob, medvirkede de til afklaringen. Da dette ikke var tilfældet længere, blev klager afskediget.

Indklagede kunne ikke tilbyde fleksjob som et skånehensyn, da det ikke er indklagede, der kan vurdere, om klager var berettiget til fleksjob.

Indklagede havde imødekommet de skånehensyn, som klager havde, og klager kunne stadig ikke arbejde 30 timer om ugen, som var hendes ansættelsesgrad, sammenholdt med hensynet til eleverne var der ikke en anden mulighed end af opsige samarbejdet.

Indklagede bør ikke kunne forudse klagers behov for at leve op til tilpasningsforpligtelsen, når klager ikke selv har kunnet pege på yderligere tilpasningsforpligtelser, der var nødvendige for at varetage stillingen.

Klager har således ikke påvist faktiske omstændigheder, hvorfor sagen bør afvises af ligebehandlingsnævnet.

Ligebehandlingsnævnets bemærkninger og konklusion

Ligebehandlingsnævnet behandler klager over forskelsbehandling på grund af handicap efter lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (forskelsbehandlingsloven).

Det fremgår af forskelsbehandlingsloven, at en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår.

Ved forskelsbehandling forstås enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af handicap.

Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af handicap behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer med handicap ringere end andre personer, medmindre den

pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opnå det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Hvis en person, der anser sig for krænket, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

Handicap

Begrebet "handicap" i forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende EU-direktiv skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens og Højesterets praksis.

Handicapbegrebet omfatter herefter langvarige begrænsninger som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere.

Det beror på en vurdering af samtlige sagens omstændigheder, herunder navnlig oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner, om arbejdstageren på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling må anses for handicappet i direktivets og dermed forskelsbehandlingslovens forstand.

Der henvises bl.a. til EU-Domstolens domme af 11. april 2013 i sagerne C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), 1. december 2016 i C-395/15 (Daouidi) og 9. marts 2017 i C-406/15 (Milkova) samt Højesterets domme af 22. november 2017 i sagerne 300/2016 og 305/2016 trykt i UfR2018. 830H og UfR2018. 853H.

Klager skal godtgøre, at hun på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, herunder at funktionsbegrænsningen var af langvarig karakter.

Klager var henholdsvis fuldtidssygemeldt og deltidssygemeldt fra den 27. april 2017 frem til afskedigelsen den 28. februar 2018. Det fremgår af statusattest af 31. oktober 2017, at klager led af Hortons hovedpine, og at der var tale om en stationær og varig lidelse. Det fremgår ligeledes, at klager ikke kunne raskmeldes fuldt ud grundet de mange hovedpineanfald.

Klager var fortsat deltidssygemeldt på tidspunktet for afskedigelsen, og der var påbegyndt undersøgelse af mulighed for fleksjob.

På denne baggrund vurderer nævnet, at klager har godtgjort, at hun på afskedigelsestidspunktet havde sådanne langvarige begrænsninger, der hindrede hende i, at deltage i arbejdslivet fuldt ud på lige fod med andre arbejdstagere, at hun som følge af sine lidelser havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Påvisning af faktiske omstændigheder

Det fremgår af forskelsbehandlingsloven, at en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle lønmodtagere ved afskedigelse.

Det er klager, der skal påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at hendes handicap har været medvirkende årsag til afskedigelsen.

Klager blev afskediget på grund af længerevarende sygefravær uden udsigt til at komme tilbage til fuld tid.

Efter oplysninger fra statusattest fra lægen af 31. oktober 2017 samt referat fra sygefraværssamtalerne, skyldtes sygemeldingen klagers lidelse i form af Hortons hovedpine og migræne.

Klager har derfor påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at hendes handicap har haft betydning for afskedigelsen.

Tilpasningsforpligtelsen

Det er en forudsætning for indklagedes tilpasningsforpligtelse, at indklagede på afskedigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at klager havde et handicap i lovens forstand. Klager har bevisbyrden herfor.

Klager havde forud for afskedigelsen fremlagt en statusattest fra sin læge. Heraf fremgår det, at klager led af Hortons hovedpine, samt at tilstanden var stationær og havde varet i årevis. Det fremgår desuden, at lægen fandt, at en arbejdsuge på 18 timer var passende.

Nævnet vurderer derfor, at indklagede på afskedigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at klager har et handicap i lovens forstand.

Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til at udøve beskæftigelse. Det gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde, som ikke i tilstrækkeligt omfang lettes gennem offentlige foranstaltninger.

Hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger kan eksempelvis være tilpasning af arbejdspladsen, arbejds-mønstre eller opgavefordelingen eller nedsættelse af arbejdstiden. Ved vurderingen af, om relevante tilpasningsforanstaltninger vil indebære en uforholdsmæssig stor byrde, tages der navnlig hensyn til de omkostninger, der vil være forbundet hermed, virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentligt tilskud eller anden støtte.

Indklagede har bevisbyrden for, at forpligtelsen til at foretage rimelig tilpasning er opfyldt.

Der stilles ikke krav om fortsat ansættelse af en person, der - uanset rimelige tilpasningsforanstaltninger - ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen.

Nævnet finder efter en samlet vurdering, at indklagede ikke har løftet bevisbyrden for, at tilpasningsforpligtelsen er opfyldt, eller for at klager ikke med passende tilpasningsforanstaltning ville være kompetent, egnet eller disponibel til at varetage stillingen som pædagogmedhjælper.

Nævnet lægger herved navnlig vægt på, at indklagede generelt har oplyst, at omplacering til en 18 timers stilling ville have været muligt, men ikke konkret undersøgte muligheden for eller indgik i dialog med klager om eventuelt nedsat tid på 18 timer ugentligt, som klagers læge anså for passende.

Klager får derfor medhold i klagen.

Godtgørelse

Klager tilkendes en godtgørelse, der skønsmæssigt passende kan fastsættes til 190.000 kr. svarende til omkring 9 måneders løn.

Ligebehandlingsnævnet har ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse lagt vægt på ansættelsesperiodens længde og det i øvrigt oplyste i sagen.

Indklagede skal herefter betale 190.000 kr. til klager med procesrente fra den 16. juni 2019, hvor sagen blev modtaget i Ligebehandlingsnævnet. Beløbet skal betales inden 14 dage.

Retsregler

Afgørelsen er truffet efter følgende bestemmelser:

Lov om Ligebehandlingsnævnet

- § 1, stk. 1, og stk. 3, om nævnets kompetence
- § 9, stk. 1, om klagebehandling
- § 12, stk. 1-2, om klagebehandling

Forskelsbehandlingsloven

- § 1, stk. 1-2, om lovens anvendelsesområde
- § 2 om forbud mod forskelsbehandling
- § 2 a, om tilpasning
- § 7, stk. 1, om godtgørelse
- § 7 a, om delt bevisbyrde

<19-34996>