

Udskriftsdato: 23. december 2025

KEN nr 9352 af 14/05/2020 (Gældende)

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

Ministerium: Social- og Boligministeriet

Journalnummer: 19-33761

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

J.nr. 19-33761

En inklusionspædagog ved den indklagede kommune fik i september 2017 konstateret immunsygdommen MBL. Sygdommen medførte, at inklusionspædagogen blev hårdere ramt af sygdom og infektioner end andre uden immunsygdommen. Nævnet vurderede, at inklusionspædagogen som følge af immunsygdommen havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Inklusionspædagogens læge anbefalede, at hendes arbejdstid blev nedsat til 30 timer om ugen, samt at hun skulle anvende håndsprit. Kommunen stillede håndsprit til rådighed og tilbød en ugentlig arbejdstid på 20 timer om ugen, idet de ikke kunne rekruttere en ekstra inklusionspædagog til syv timer om ugen. Inklusionspædagogen afslog tilbuddet. Et flertal i nævnet vurderede, at kommunen havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse ved at tilbyde en ugentlig arbejdstid på 20 timer. Der blev lagt vægt på, at kommunen ville blive pålagt en uforholdsmæssig stor byrde ved at imødekomme inklusionspædagogens ønske om ansættelse på 30 timer, samtidig med at kommunen skulle ansætte en anden inklusionspædagog til syv timer om ugen. Flertallet lagde tillige vægt på, at kommunen – efter en konkret vurdering af oplysningerne i sagen – ikke var forpligtet til at omplacere inklusionspædagogen til en anden stilling. Mindretallet vurderede, at kommunen ikke havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

Klager fik ikke medhold i klagen.

Klagen angår påstået forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med afskedigelsen af en inklusionspædagog.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse

Det var ikke i strid med forskelsbehandlingsloven, at en inklusionspædagog blev afskediget.

Sagsfremstilling

Den 2. januar 2015 tiltrådte klager en fuldtidsstilling som pædagog ved den indklagede kommune.

Den 27. januar 2016 anmodede klager om nedsættelse af arbejdstiden med to og en halv timer om ugen af personlige årsager. Dette blev accepteret, og klager arbejdede herefter 34,5 timer ugen fra den 1. februar 2016.

Den 27. marts 2017 blev klager indkaldt til sygefraværssamtale med baggrund i 27 fraværdsdage de seneste 12 måneder.

Den 3. april 2017 blev samtalen afholdt. Af referatet fra samtalen fremgår:

”...

[Leder] ville gerne have oplyst, om der er noget vi som arbejdsplads kunne gøre for at [klager]s fravær/perioder kunne blive nedbragt.

...

[Klager] oplyser, at det ikke er arbejdsrelateret sygdom, hvor skolen kan afhjælpe.

[Klager] håber, at [klager]s immunforsvar kan klare det. [Klager] vil være opmærksom på sit sygefravær.

...

[Leder] sygefraværet skal nedbringes.

...”

Den 12. september 2017 fremsendte klagers læge følgende til klager:

”Prøven var 125 µg

En koncentration mellem 100 og 500 µg er forenelig med lavt niveau af MBL under 100µ er svært nedsat så der var en god forklaring på din tendens til infektioner”

Den 17. november 2017 sendte klager en orientering til indklagede:

”I forbindelse med min sygdom er det nu kommet frem at jeg har immundefekt (MBL), som er en kronisk sygdom (genfejl), som gør at jeg har svært ved at komme mig efter sygdom. Det betyder at det der bliver en virus for andre ofte udvikler sig til en infektion i min krop.

Infektionen kan ekskalere på meget kort tid og kan i yderste konsekvens kræve en øjeblikkelig indlæggelse.

Dette kan desværre ikke forebygges men man kan symptom behandle med pencilin. Derfor hver gang jeg får den mindst sygdom i min krop skal jeg til lægen og have taget blodprøver så de kan se om mit infektionstal er forhøjet og om de hvide blodlegemer er forhøjet.

Dette er stadig meget nyt for mig selv og jeg skal finde den rigtige måde at tackle dette på.

Jeg ønsker at være åben over for jer med dette, og vil gerne snakke med jer til et møde, hvis I mener det er relevant for jer. ”

Den 4. december 2017 blev klager indkaldt til tjenstlig samtale.

Samtalen blev afholdt den 12. december 2017. Af referatet fra samtalen fremgår:

”...

[Skoleleder] meddelte, at [klager] i de sidste 12 måneder – opgjort pr. 4. december 2017 har haft 36 sygedage fordelt på 11 perioder.

[Skoleleder] henviste til tidligere samtale d. 3 april 2017, hvor der ligeledes var et omfattende sygefravær i såvel dage som perioder, hvilket ikke har ændret sig siden sidst. Siden sygefraværssamtale 3. april 2017 er der tale om 23 dage og 7 perioder.

[Skoleleder] bekræftede, at have modtaget oplysninger fra [klager] d. 17.11.17 omkring MBL – en immundefekt, som er en kronisk sygdom.

...

[Klager] oplyser, at fraværet stadig ikke arbejdsrelateret. [Klager] forklarer at hun har været tæt kontakt med læge og hospital.

Der er i sygefraværsopgørelsen tvivl om 30.11.17.

[Klager] oplyser, at [klager]s læge gerne stiller yderligere oplysninger til rådighed.

[Bisidder] oplyser om muligheden for at søge §56 med refusion fra første fraværdsdag.

...

[Skoleleder] henviste til, at [klager] tidligere har oplyst, at [klager] sygdom ikke er arbejdsrelateret, og at skolen derved ikke har kunnet hjælpe [klager].

[Skoleleder] forklarede, at [klagers] arbejde som inklusionspædagog er af en sådan karakter, at når der opstår sygdom, er vikardækning ikke mulig. Hvilket betyder, at de elever der skal profitere af inklusionspædagogens arbejde ikke modtager den nødvendige hjælp.

På den baggrund, - dit omfangsrige sygefravær og usikkerheden omkring dit fremtidige sygefravær – indstilles du til afsked.

...”

Den 15. december 2017 modtog klager brev om påtænkt afskedigelse. Af brevet fremgår bl.a.:

”Baggrund

Baggrunden for den påtænkte afsked er dit sygefravær.

Den 12. december 2017 blev der afholdt en tjenstlig samtale med deltagelse af dig og skoleleder [navn].

Din skoleleder redegjorde for det brev, du havde modtaget den 4. december 2017, og som indeholdt en udskrift over dit registrerede sygefravær. De seneste 12 måneder frem til 4. december 2017 havde du haft 36 sygefraværdsdage

fordelt på 11 perioder.

Din skoleleder henviste herefter til den samtale, som var blevet afholdt den 3. april 2017 med deltagelse af dig, [navn] samt din bisidder. Til denne samtale redegjorde din leder for dit sygefravær. De sidste 12 måneder frem til den 23. marts 2017 havde du således haft 27 sygedage fordelt på 9 måneder.

Til samtalen den 3. april 2017 spurgte din leder, om arbejdspladsen kunne gøre noget for at nedbringe dit fravær i dage og perioder. Du svarede, at du ikke led af en arbejdsrelateret sygdom, hvorfor skolen ikke kunne afhjælpe. Du tilføjede, at du håbede, at dit immunforsvar kunne klare arbejdet og at du ville være opmærksom på dit sygefravær. Hertil svarede din leder, at dit sygefravær skulle nedbringes.

Til samtalen den 12. december 2017 bekræftede din leder herefter at have modtaget det orienteringsbrev, som du sendte den 17. november 2017. I dette brev beskrev du, at du havde en immundefekt kaldet MBL.

Du oplyste herefter, at dit sygefravær stadig ikke var arbejdsrelateret. Du havde været i kontakt med både læge og hospital.

Din leder forklarede, at dit arbejde som inklusionspædagog ikke giver mulighed for vikardækning, når du er syg. Derfor får de elever, som du arbejder med, ikke den nødvendige hjælp i dine sygeperioder.

På baggrund af dit omfattende sygefravær og usikkerheden omkring dit kommende sygefravær ville du blive indstillet til afsked.

Foreløbig vurdering

Det er ledelsen ved [indklagede] og Personalejura og Forhandlings foreløbige vurdering, at din sygdom har et sådant omfang og mønster, at det er uforeneligt med ansættelsen som pædagog på [skolen].

Omfanget af dit sygefravær, kombineret med manglende udsigt til, at du snarligt vil være helbredsmæssigt i stand til at varetage dine arbejdsopgaver fuldt ud og med varighed, er ikke forenelige med de driftsmæssige forhold på [skolen], herunder behovet for stabil arbejdskraft.

På baggrund af ovenstående påtænkes du afskediget fra din stilling.

...”

Den 28. december 2017 sendte klager følgende høringssvar til den påtænkte afskedigelse:

”...

På den tjenstlige samtale fik jeg blot at vide, at dette var opfølgningssamtalen på sygefraværssamtalen den 3. april, hvilket burde have været i august måned.

Ved samtalen meddelte, ledelsen, at da fraværet ikke var arbejdsrelateret kunne de ikke hjælpe mig i forhold til at nedbringe mit fravær, og på den baggrund ville man indstille mig til afsked, da arbejdet som inklusionspædagog ikke var foreneligt med mit omfangsrige sygefravær, da de elever der skulle profitere af mit arbejde ikke modtager den nødvendige hjælp.

Ledelsen var helt afvisende over for eksempelvis at indgå aftale om en § 56 aftale.

Påstanden om at det er elevernes behov der er meget fokus på i forhold til indstillingen om afsked af mig, klinger noget hult i forhold til, at jeg i 11 uger i 2015 var taget fra min stilling som inklusionspædagog for at varetage opgaven som børnehaveklasse leder. Herudover har jeg i kortere perioder været lærervikar i indskolingen. I disse fraværsperioder er der sat vikar på i min stilling i form af studerende eller slet ikke været vikar på.

Endvidere er jeg bekendt med, at en kollega, der også er inklusionspædagog har været sygemeldt i en sammenhængende periode der er længere end mit samlede fravær, og som nu er tilbage delvist raskmeldt, uden at dette har fået samme konsekvens som for mig.

Jeg kan ikke frigøre mig fra tanken om, at et faldende børnetal på skolen og en presset økonomi kunne være den egentlige årsag til indstillingen om afsked.

På trods af at min lidelse ikke er umiddelbart arbejdsrelateret, undrer det mig at ledelsen ikke har gjort nogen overvejelser om, hvad de kunne gøre for at afhjælpe mit fravær for at undgå afsked begrundet i min kroniske lidelse f.eks i forhold til at opsætte håndspritapparat til mig og børnene, tilbyde evt. nedsat tid eller omplacering til et job med en mindre infektionsrisiko.

Jeg finder derfor, at der ikke forinden indstilling til afsked er forsøgt nogen form for dialog om, hvordan arbejdspladsen kunne medvirke til at mit fravær kunne nedbringes, ligesom den tjenstlige samtale alene er blevet iværksat som følge af mine initiativer for få en afklaring med ledelsen om, hvordan vi i fællesskab kunne have fundet frem til løsninger, der kunne nedbringe mit sygefravær i forhold til min kroniske lidelse.

Jeg skal derfor bede om, at den påtænkte afsked trækkes tilbage. ”

Den 12. januar 2018 blev der afholdt endnu en tjenstlig samtale. Af referatet fra samtalen fremgår med klagers fagforbunds tilføjelser:

”...

1)

...

Den 15. december 2017 modtog [klager] høring om påtænkt afsked med høringsfrist fredag den 29. december 2017, kl. 10:00.

Den 28. december 2017 sendte [klager] høringssvar. Heri foreslog [klager] forskellige tiltag, som kunne være gavnlige for at reducere [klagers] sygefravær.

[Skoleleder] forklarede, at ledelsen gerne vil være imødekommende, og efterkomme [klagers] ønske om at gå ned i tid, samt at stille sanitetsmidler til rådighed for at reducere sygefravær. [Skoleleder] pointerede, at det ikke er muligt at omplacere [klager] til en anden stilling, da arbejdet med børn er

[klagers] kerneopgave. [klager] har ikke i sit partshøringssvar anført, et specifikt ønske om, hvilket fremtidigt nedsat timetal hun forestillede sig.

- 2) [Skoleleder] og [klager] udarbejdede en mulighedserklæring. Denne skal færdiggøres af en læge, og returneres til [leder] senest 19. januar 2018. Der blev ikke udarbejdet eller drøftet mulighedserklæring på mødet, idet arbejdsgiver i strid med gældende regler ensidigt på forhånd havde udfyldt muligheds-erklæringens punkt 6 vedrørende arbejdsgivers [ej med i referatet].

[Skoleleder] pointerede, at en nedsættelse til 30 timer ikke er muligt, da vi skal kunne rekruttere til de ledige timer – og da [klagers] arbejdsopgaver er stærkt specialiserede, vil det være vanskeligt at få en medarbejder i kun 7 timer. Når [klager] går 17 timer ned vil institutionen i et bedre omfang kunne rekruttere kvalificerede medarbejdere.

[Skoleleder] gjorde opmærksom på, at [klager] havde modtaget løn for 37 timer.

Hvis [klager] alligevel ikke kan iagttage de tilpasningsforanstaltninger som [klager] i øvrigt selv har foreslået er der ikke anden udvej til at indlede en afskedigelsessag mod [klager].

Ovennævnte vedrørende tilpasningsforanstaltninger blev ikke nævnt på mødet, og [klager] havde i øvrigt ikke selv foreslået en foranstaltning på 20 timers ugentlig arbejdstid, dette var ensidigt fastsat af ledelsen.

...

Ledelsen og faglig organisation har ikke kunnet opnå enighed om tilpasninger iht. [klagers] egne forslag. [Klager] har foreslået nedsat tid til 30 timer og udlevering af sanitetsdispenser samt omplacering. Forslaget vedrørende § 56 erklæring blev end ikke kommenteret af ledelsen, før [bisidder] gjorde opmærksom på dette. [Leder] svarede, at dette havde de ingen interesse i, da det jo var en fremadrettet foranstaltning.

Timenedsættelse til 20 timer kunne tilbydes, hvormed skolen i bedre omfang kunne rekruttere kvalificerede medarbejdere – hvilket ikke ville være tilfældet med en nedsættelse på 7 eller 2.5 time. En minimal nedsættelse af timetallet vurderes ej heller relevant i forhold til smitterisiko. Dette blev ikke nævnt under mødet.

Ledelsen oplyser at det ikke er muligt, at omplacere [klager] til en anden stilling i [indklagede] – en omplacering vil ikke være relevant, da [klager] stadig ville skulle iagttage sin kerneopgave som (inklusionspædagog). Dette blev ikke nævnt under mødet.

Ledelsen indstiller på den baggrund at der indledes en afskedigelsessag mod [klager].

...

Ydermere var fejlagtigt angivet i punkt 3 og 4, at [klager] var fraværende på grund af sygdom. [Bisidder] meddelte, at dette ikke var acceptabelt, da mulighedserklæringen ikke var blevet drøftet, specielt i forhold til, at ledelsen ensidigt havde fastslået 20 timers ugentlig beskæftigelse fremover.

Ledelsen forespurgte hvilket timetal [klager] selv forestillede sig, og det blev oplyst at 30 timer ville opfylde behovet for skåne hensyn.

- 3) [Skoleleder] fortalte, at ledelsen kan imødekomme ønske om at [klager] går ned i tid til 20 timer med dertilhørende nedgang i løn, for at reducere smitterisikoen. [Bisidder] bemærkede, at det ikke var [klagers] ønske at gå ned på 20 timer ugentligt.

[Skoleleder] forklarede, at ledelsen i øvrigt er positivt indstillede i forhold til at stille sanitetsmidler til rådighed, så smitterisikoen kan mindskes.

- 4) [Skoleleder] ville gerne vide, om [klager] havde nogle forslag til tiltag som der kan indføres for at nedbringe [klagers] sygefravær.
- 5) [Klager] foreslog en §56, så arbejdspladsen kan modtage refusion fra første dag, optimering af rengøring. Derudover henviste [klager] til høringssvar. [Klager] udtrykker, at ledelsen ikke er lydhør og det påvirker [klager] meget psykisk. [Klager] giver udtryk for at være meget berørt af situationen og havde forventet imødekommenhed. [Bisidder] gjorde opmærksom på, at [klager] er ansat i 34,5 time.
- 6) [Skoleleder] konkluderede, at ledelsen ser positivt på at afprøve tiltag, for at reducere [klagers] sygefravær.

[Skoleleder] oplyste, at man kan acceptere at [klager] går ned i tid til 20 timer, hvilket [klager] ikke ønskede. [klager] har ikke en økonomi der kan bære at hun aflønnes med 20 timer ugentligt.

[Skoleleder] pointerede, at man vil forsøge at stille sanitetsmidler til rådighed for at reducere [klagers] sygefravær.

[Skoleleder] pointerede, at det ikke var muligt at omplacere [klager], i det [klagers] kerneopgave består i at arbejde med børn. Det blev ikke nævnt under, at grunden til, at man ikke kunne omplacere var begrundet i kerneopgaven, derimod sagde [leder] at det ikke var muligt på grund af økonomi.

[Fremgår ikke af referatet] kroniske lidelse går ind under reglerne for handicap. Ledelsen ønskede ikke at kommentere dette.

...”

Den 15. januar 2018 undersøgte klagers fagforening andre inklusionspædagogers arbejdsforhold i den indklagede kommune.

En tillidsrepræsentant-suppleant svarede samme dag, at hun ikke blev vikardækket, men at hun havde kendskab til en inklusionspædagog på nedsat tid.

En anden inklusionspædagog svarede, at hun selv arbejdede 35 timer om ugen og snart blev nedsat til 33 timer om ugen.

En tredje inklusionspædagog oplyste, at han blev vikardækket ved sygdom, og at han og hans kollegaer arbejdede mellem 20 og 37 timer om ugen.

Den 19. januar 2018 modtog klager en påtænkt afskedigelse. Det fremgår heraf bl.a.:

”Foreløbig vurdering

Det er ledelsen ved [skolen] og Personalejura og

Forhandlings foreløbige vurdering, at dit omfattende sygefravær og den manglende udsigt til stabilitet som kræves i din stilling som inklusionspædagog ikke er foreneligt med [skolens] drift - hvilket bevirker, at ledelsen ikke ser sig i stand til at fastholde dig i stillingen.

Ved denne vurdering er der særligt lagt vægt på, at du ved samtalen den 12. januar 2018 indenfor det seneste 12 måneder havde haft 31 sygefraværskdage fordelt på 9 perioder - de mange perioder har været et kontinuerligt mønster.

Derudover er der lagt vægt på, at ledelsen har forsøgt at imødekomme dine forslag til tilpasningsforanstaltninger for at fastholde dig i din stilling ved:

- at have tilbudt dig, at du kunne gå ned i tid til 20 ugentlige timer med dertilhørende lønnedgang.
- at have imødekommet at du kunne få en transportabel håndsprit dispenser.

Det er endvidere vurderet, at det vil blive en uforholdsmæssig byrdefuldt for skolen, hvis du alene gik ned med 7 ugentlige timer - fordi skolen vil have svært ved at rekruttere kvalificerede medarbejdere til de få ledige timer, yderligere er en rekruttering

vanskeliggjort fordi dine arbejdsopgaver er stærkt specialiserede.

I øvrigt vurderes det, at en nedsættelse på blot 7 ugentlige timer er minimalt, og ej et reelt tiltag i forhold til at mindske smitterisikoen og fraværsmønsteret.

Derudover vil en omplacering heller ikke være relevant da din kerneopgave er at arbejde med børn som inklusionspædagog.

På baggrund af ovenstående påtænkes du afskediget fra din stilling.

...”

Den 22. januar 2018 udfyldte klagers læge en mulighedserklæring:

”...

[Klager] er ikke sygemeldt. [Klager] lider af MBL mangel, der medfører hyppigere og længerevarende infektioner, og jeg anbefaler paragraf 56 ordning. Tilstanden er en varig lidelse.

Der er skånehensyn i form af arbejdstid på 30 timer og anvendelse af håndsprit.

NB: Side 1 er ikke underskrevet, og ikke lavet i samarbejde med medarbejder.

...”

Den 2. februar 2018 blev der afholdt forhandlingsmøde mellem indklagede og klagers fagforening. Af "Uenighedsreferat" fra mødet fremgår:

"...

Den faglige organisation oplyste, at de ikke fandt at der skulle ske afskedigelse af [klager] - der blev i denne forbindelse henvist til mulighedserklæringen af 22. januar 2018. I mulighedserklæringen af 22. januar 2018 anførte lægen, at der var skånehensyn i form af arbejdstid på 30 timer og anvendelse af håndsprit. Hertil fandt den faglige organisation, at 30 ugentlige timer ville kunne afhjælpe [klager] i behørigt omfang - da hun derved havde

mulighed for at restituere sig.

Herudover henviste den faglige organisation til, at [klager] den 27. januar 2016 havde forespurgt sin daværende leder om, om hun kunne gå ned på 34,5 ugentlige timer.

[Indklagede] oplyste til ovennævnte, at det var blevet oplyst fra arbejdsgiver, at der mellem tidligere leder og [klager] var aftalt, at [klager] kunne møde og gå senere pga. nogle personlige forhold.

Dette var nyt for den faglige organisation.

Herudover oplyste den faglige organisation, at [klager] jo var ansat i [indklagede], hvorfor [klager] bu[r]de omplaceres i en anden stilling på 30 ugentlige timer.

[Indklagede] oplyste, at lægeerklæringen alene bekræftede hvad der var blevet talt om ved den tjenstlige samtale - og at Kommunen ikke kunne imødekomme en reduktion på 7 ugentlige timer.

Det var yderligere [indklagede]s vurdering, at smitterisikoen ikke ville blive minimeret ved en ugentlig nedgang på 7 timer. Herudover oplyste [indklagede], at det generelt var vanskeligt, at rekruttere pædagoger i øjeblikket og det ville være særligt vanskeligt at rekruttere inklusionspædagoger på 7 ugentlige timer.

Herudover fandt [indklagede], at kommunen ikke var

forpligtet til en omplacering af [klager], og det gav ej heller nogen mening i forhold til smitterisikoen.

Den faglige organisation fremførte, at det efter deres opfattelse, alene var driftsmæssige hensyn, mere end hensynet til at fastholde en ansat med en kronisk lidelse der var vægtet.

Den faglige organisation var således bekendt med, at der på flere skoler var ansat inklusionspædagoger med varierende timetal 20,25,33 og 35 ugentlige timer.

Den faglige organisation fandt, at Kommunen burde forsøge de af lægen anbefalede skånehensyn for at se, om der fremadrettet ville ske

forbedringer i [klagers] fraværsmønster subsidiært forsøge omplacering af [klager] for at se, om der fremadrettet ville ske forbedringer i hendes fraværsmønster.

[Indklagede] fandt ikke, at den lægelige udtalelse

tilkendegav en reel fremadrettet stabilitet med varighed ved en mulig timenedsættelse på 30 ugentlige timer.

Der var ej heller i mulighedserklæring en beskrivelse af, om en nedsættelse af timer ville kunne have en fremadrettet gavnlig effekt i form af minimering af sygefravær.

...”

Den 5. februar 2018 blev klager afskediget.

Den 7. februar 2018 afholdt klagers fagforening og indklagede en telefonisk forhandling. Det fremgår af referatet fra mødet, at der ikke blev opnået enighed på mødet, og at klagers fagforbund tog forbehold for at videreføre sagen.

Den 13. juli 2018 fremsatte klager krav om godtgørelse for handicapdiskrimination på baggrund af sin afskedigelse.

Kravet blev afvist af indklagede den 6. september 2018.

Klagen blev modtaget i Ligebehandlingsnævnet den 5. juli 2019.

Klager fremsatte i klagen en beløbsmæssig påstand om betaling af en godtgørelse på 313.263 kr. svarende til 9 måneders løn.

Parternes bemærkninger

Klager gør gældende, at afskedigelsen af hende var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Sagen kan efter klagers opfattelse behandles af nævnet på baggrund af den omfattende skriftlige dokumentation.

Afskedigelsen blev løbende drøftet med indklagede. Indklagede kan derfor umuligt have indrettet sig på, at der ikke blev gjort yderligere i sagen.

Handicap

Klagers sygefravær udviklede sig til at blive en kronisk sygdom, og på afskedigelsestidspunktet havde klager således et handicap.

MBL-mangel er en medfødt genetisk fejl på et kromosom. Sygdommen medfører, at kroppen reagerer langsommere på virus og infektioner.

Afskedigelsen blev meddelt kort tid efter, at klager havde oplyst ledelsen om sit handicap og sine skånebehov. En anden pædagog havde været sygemeldt i længere tid uden repressalier.

Tilpasning

Klager var kompetent, egnet og disponibel og kunne varetage centrale funktioner i stillingen med enkelte skånehensyn, herunder brug af håndsprit, arbejdstidsnedsættelse og evt. § 56-aftale.

Klager er uforstående over for, at hun ikke kunne tilbydes en ugentlig arbejdstid på 30 timer, da flere andre pædagoger var ansat på disse vilkår.

Om indklagede kunne ansætte en person til de resterende 7 timer var et spørgsmål om vilje. Der findes kvalificerede studerende, der ville arbejde 7 timer om ugen, som det skete andre steder hos indklagede.

Indklagede kunne have omplaceret klager. Der var flere matchende ledige stillinger i kommunen.

I perioden fra april til juni 2015 blev klager udlånt til en stilling som børnehaveklasseleder. Smitterisikoen var mindre, da man som børnehaveklasseleder har med væsentligt færre børn at gøre. Der var - i modsætning til, hvad indklagede påstår - alene en lille økonomisk forskel i stillingerne.

Indklagede udfyldte ensidigt mulighedserklæringen uden drøftelse med klager.

Indklagede ønskede, at lægen skulle beskrive, om en nedsættelse af arbejdstiden ville have en gavnlig effekt på klagers sygefravær. Da dette ikke fremgår tydeligt af mulighedserklæringen, tillagde indklagede ikke lægens anbefalinger vægt. Dette var problematisk, idet lægens anbefalinger netop var for at minimere klagers sygefravær.

Arbejdstidsnedsættelse er i sig selv et skånehensyn, hvilket blev fastslået i Ring og Werge-sagerne (C-335/11 og C337/11).

Under mødet den 12. december 2017 tilbød kommunen ikke en arbejdstid på 20 timer. Dette blev først nævnt, da referatet blev sendt til klagers fagforening.

Indklagedes tilbud om en ugentlig arbejdstid på 20 timer var ikke et reelt tilbud om tilpasning, idet indklagede vidste, at klager ikke økonomisk kunne klare en kort arbejdsuge. Indklagedes tilpasningsforpligtelse er således ikke opfyldt. Klager henviser til Vestre Landsrets afgørelse af 12. marts 2010 i sag B-1904-08 (U. 2010.1748V).

Klager er i dag ansat i en 32 timers stilling som skolepædagog. Klager har oplevet et fald i sygefraværsdage, og arbejdstidsnedsættelsen har således virket.

Klager søgte specifikt denne stilling med baggrund i det lavere timetal og det lavere antal børn. Hun er sammen med børn i 30 timer og har 2 timer til forberedelse, hvilket er i overensstemmelse med lægens anbefalinger.

Vestre Landsrets afgørelse af 27. marts 2014 i B-0722-13 (U. 2014.1875), som indklagede har henvist til, er ikke relevant for sagen.

Klagers aftale om nedsat tid varede fra 27. januar 2016 til fratrædelse ved udgangen af juni 2018. Indklagede kan ikke konkludere, at den nedsatte tid ikke havde en mærkbar effekt på klagers sygefravær.

Indklagede påstår, at sagen skal afvises. Subsidiært skal indklagede frifindes, og mere subsidiært skal der tilkendes en efter nævnets skøn lavere godtgørelse end påstået af klager.

Afvisning

Indklagede havde indrettet sig på, at klager ikke ville gøre yderligere krav gældende.

Herudover forudsætter tilstrækkelig oplysning af sagen vidneforklaringer.

Handicap

Klager oplyste i e-mail af 17. november 2017 om, at hun led af en sygdom. Indklagede blev ikke underrettet om, at klager havde et handicap.

Den udfyldte mulighedserklæring angiver alene, at klager har en varig lidelse. Erklæringen angiver ikke klagers funktionsbegrænsninger. Klager havde derfor på afskedigelsestidspunktet ikke et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Indklagede ønskede at udfylde mulighedserklæringen sammen med klager, men fagforeningens aggressive adfærd medførte, at samtalen blev afsluttet før tid. Mulighedserklæringen kunne således ikke udfærdiges i samarbejde.

Klager oplyste ikke om sin sygdom i sin ansøgning om nyt job i kommunen. Klager beskrev sig i sin ansøgning som psykisk og fysisk robust. Endvidere var stillingen på 32 timer ikke i overensstemmelse med det anbefalede skånehensyn på 30 timer. Klagers lidelse bevirkede således ikke en funktionsnedsættelse i relation til hendes arbejde, da hendes tilstand ikke havde konkret indvirkning på hendes mulighed for at udføre arbejdet.

Forskelsbehandling

Klager henviser til arbejdstiden på andre arbejdspladser. Dette er ikke relevant for arbejdstiden på klagers arbejdsplads, idet arbejdstiden var tilpasset institutionens konkrete behov.

Hos indklagede blev inklusionspædagoger som udgangspunkt ikke vikardækket, idet opgaverne var specialiserede med behov for fysisk tilstedeværelse. Stillingerne tålte ikke et højt sygefravær.

Baggrunden for den tjenstlige samtale af 12. december 2017 var en mulighed for, at begge parter kunne forberede sig bedst muligt og have bisidder med.

Tilpasning

Indklagede tilbød klager relevante tilpasningsforanstaltninger, herunder en 20 timers arbejdsuge, som klager afslog under henvisning til sin privatøkonomi. Indklagede stillede også en håndspritdispenser til rådighed for klager. Indklagedes tilpasningsforanstaltninger skal ses i modsætning til Højesterets afgørelse af 11. august 2015 i sag 104/2014 (U2015. 3827H).

De skånehensyn, der blev foreslået af klagers læge, ville ikke have afhjulpet hendes sygefravær.

En inklusionspædagog varetager en stilling, hvor der er krav om struktur, forudsigelighed og tilstedeværelse for at iagttage børnenes tarv.

Med baggrund i klagers fravær var hun - på trods af de tilbudte tilpasningsforanstaltninger - ikke egnet, kompetent og disponibel. Klager havde et for højt sygefravær.

En § 56-aftale ville ikke reducere klagers fravær, og det var hendes fravær, der var uforeneligt med driften hos indklagede. Aftalen ville reducere den økonomiske belastning ved klagers sygdom, men ikke den driftsmæssige belastning.

Indklagede kunne ansætte inklusionspædagoger på deltid. Det ville dog være vanskeligt at rekruttere en inklusionspædagog på 7 timer ugentligt.

Indklagede var ikke forpligtet til at omplacere klager til en stilling på en anden overenskomst som f.eks. lærer. En omplacering som pædagog ville ikke nedbringe klagers sygefravær.

Omplacering ville under alle omstændigheder ikke udgøre en reel tilpasningsforanstaltning. Det var således ikke dokumenteret, at omplaceringen ville kunne nedbringe sygefraværet.

En arbejdsgiver er ikke forpligtet til at give positiv særbehandling. Der henvises til Vestre Landsrets afgørelse af 27. marts 2014 i B-0722-13 (U. 2014.1875V). Ved en omplacering til en stilling som børnehaveklasseleder ville klager have opnået en positiv lønændring på 3.901,03 kr. om måneden.

Indklagede accepterede i en begrænset periode, at klager gik to og en halv time ned i tid grundet personlige forhold.

På trods af den nedsatte tid forblev klagers sygefravær uændret. Fra januar 2016 til og med udgangen af juni 2018 havde klager 76 sygefraværsdage.

Det er derfor ikke korrekt, at nedsat arbejdstid ville afhjælpe klagers sygefravær, idet hun også i sin nye stilling har haft 14 sygefraværsdage siden november 2018.

Det er påfaldende, at klagers sygefraværsdage for størstedelens vedkommende faldt på hverdage og ikke i weekender.

Ligebehandlingsnævnets bemærkninger og konklusion

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

Som sagen er oplyst for nævnet, er det ikke nødvendigt for sagens afgørelse, at der føres bevis i form af mundtlige parts- og vidneforklaringer.

Indklagedes afvisningspåstand tages derfor ikke til følge.

Klager blev afskediget den 5. februar 2018. Den 6. september 2018 afviste den indklagede kommune at betale godtgørelse til klager for en påstået overtrædelse af forskelsbehandlingsloven i forbindelse med afskedigelsen. Klagen blev modtaget i Ligebehandlingsnævnet den 5. juli 2019, hvor der var forløbet omkring 10 måneder efter indklagedes afvisning af kravet.

Efter det oplyste om sagens omstændigheder og forløb er der ikke grundlag for at fastslå, at klager har udvist retsfortabende passivitet.

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. Også funktionsbegrænsninger af denne karakter, som skyldes en helbredelig eller uhelbredelig sygdom, kan være omfattet.

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.

Det fremgår af sagen, at klager den 27. marts 2017 blev indkaldt til sygefraværssamtale med baggrund i 27 fraværdsdage de seneste 12 måneder. I perioden 12. januar 2017 til 12. januar 2018 havde klager 31 sygedage fordelt på 9 perioder som følge af immunsygdommen.

Det fremgår af klagers læges e-mail af 12. september 2017, at laboratorieprøver har vist, at klager lider af immunsygdommen MBL. Immunsygdommen medfører, at klager rammes hårdere af infektioner og sygdomme end andre uden immunsygdommen. Af mulighedserklæringen af 22. januar 2018 fremgår, at lægen anbefalede klager en reduceret arbejdstid på 30 timer om ugen samt anvendelse af håndsprit. Det fremgår tillige, at klagers lidelse er varig.

På denne baggrund vurderer nævnet, at klager har godtgjort, at hun på afskedigelsestidspunktet havde sådanne langvarige begrænsninger i sin mulighed for at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere, at hun som følge af sin immunsygdom havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Faktiske omstændigheder

Klager skal påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at hun har været udsat for forskelsbehandling på grund af handicap.

Klager blev afskediget med henvisning til sit sygefravær samt den manglende udsigt til stabilitet i sit fremmøde.

Inden afskedigelsen havde klager og indklagede haft en dialog om hendes helbred.

Nævnet vurderer på den baggrund, at klager har påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at hendes handicap – og hendes fravær som følge heraf – blev tillagt betydning ved beslutningen om at afskedige hende.

Tilpasning

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.

Det fremgår af referatet fra mødet den 12. januar 2018, at indklagede den 17. november 2017 blev orienteret om klagers sygdom.

På denne baggrund og efter oplysningerne om klagers sygefravær i perioden fra 27. marts 2016 til 12. januar 2018 vurderer nævnet, at indklagede vidste eller burde vide, at klager på tidspunktet for afskedigelsen havde funktionsbegrænsninger af en sådan karakter og varighed, at hun ikke havde mulighed for at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere.

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, arbejdsmønstre 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 væsentlige funktioner i stillingen.

Den 12. september 2017 fik klager konstateret immunsygdommen MBL. I perioden 12. januar 2017 til 12. januar 2018 havde klager 31 sygedage fordelt på ni perioder.

Klagers læge anbefalede, at hendes arbejdstid blev nedsat til 30 timer om ugen, samt at hun skulle anvende håndsprit.

Indklagede stillede håndsprit til rådighed og tilbød klager en ugentlig arbejdstid på 20 timer om ugen. Indklagede begrundede dette med, at indklagede ikke kunne rekruttere en inklusionspædagog til syv timer om ugen. Indklagede har oplyst, at en omplacering af klager ikke var relevant, da en sådan tilpasning ikke ville medføre et fald i klagers sygefravær.

Klager afslog af økonomiske årsager at gå ned på 20 timer om ugen.

To medlemmer udtaler:

Vi vurderer, at indklagede ved tilbuddet om ændringen af klagers arbejdstid til 20 timer om ugen har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

Vi har herved lagt vægt på, at indklagede ville blive pålagt en uforholdsmæssig stor byrde ved at imødekomme klagers ønske om ansættelse på 30 timer, samtidig med at indklagede skulle ansætte en anden inklusionspædagog til syv timer om ugen, hvilket ifølge indklagedes oplysninger ikke ville være

muligt. Vi har tillige lagt vægt på, at indklagede – efter en konkret vurdering af oplysningerne i sagen – ikke var forpligtet til at omplacere klager til en anden stilling.

Vi stemmer derfor for ikke at give klager medhold i klagen.

Et medlem udtaler:

Jeg vurderer, at indklagede ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, idet indklagede ikke inden afskedigelsen af klager undersøgte eller i tilstrækkeligt omfang afprøvede hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i form af f.eks. nedsat tid til 30 timer om ugen som anbefalet af klagers læge. Indklagede forsøgte således ikke at rekruttere en inklusionspædagog til at arbejde 7 timer ugentligt, ligesom indklagede ikke afprøvede, om det var muligt at dække de 7 timer ind på forsvarlig vis gennem andre tiltag f.eks. ved brug af vikarer eller studerende. Indklagede undersøgte heller ikke i tilstrækkeligt omfang mulighederne for ændring af klagers arbejdsopgaver eller omplacering af hende til en anden pædagogstilling.

Jeg stemmer derfor for at give klager medhold i klagen.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Klager får herefter ikke medhold i klagen.

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, om klagebehandling

Forskelsbehandlingsloven

- § 1, stk. 1-3, om lovens anvendelsesområde
- § 2 om forbud mod forskelsbehandling
- § 2 a, om tilpasning
- § 7 a, om delt bevisbyrde

<19-33761>