

## DOM

Afsagt den 31. maj 2013 i sag nr. BS 1-810/2012:

FOA som mandatar for  
A  
mod  
Hørsholm Kommune  
Ådalsparkvej 2  
2970 Hørsholm

### Sagens baggrund og parternes påstande

A, blev den ... 2010 opsagt fra sin stilling som dagplejer hos sagsøgte, Hørsholm Kommune. På tidspunktet for opsigelsen havde hun orlov med henblik på pasning af sin søn, B, der var diagnosticeret med Aspergers Syndrom.

Sagsøgeren, FOA som mandatar for A, har nedlagt påstand om, at Hørsholm Kommune skal betale 318.885,36 kr. med tillæg af procesrente til betaling sker.

Hørsholm Kommune har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb end påstået.

A har gjort gældende, at hendes søn B er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, at opsigelsen af hende som nært pårørende udgjorde en overtrædelse af forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, og at hun derfor har krav på en godtgørelse. Påstandsbeløbet udgør 12 måneders løn á 26.573,78 kr.

Hørsholm Kommune har bestridt, at B er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. Kommunen har endvidere - hvis det lægges til grund, at B var handicappet i lovens forstand - bestridt, at der foreligger direkte eller indirekte diskrimination, idet opsigelsen var sagligt begrundet med, at der skulle foretages kapacitetstilpasninger på dagplejeområdet.

### Oplysningerne i sagen

A var fra 2001 til november 2007 ansat som pædagogmedhjælper på en institution i Hørsholm Kommune. Fra den 15. november 2007 blev hun ansat som dagplejer i kommunen. I november 2008 viste B, der er født i 1994, tegn på blandt andet depression, og A søgte hjælp hos ungdomspsykiatrien. Bs journal for perioden fra den 25. november 2008 til den 7. juli 2010 er fremlagt under sagen. Journalen indeholder 36 continuationer. I det indledende journalnotat af 25. november 2008 blev det beskrevet, at B ved henvisningen var deprimeret, angst og forpint, og at han havde dårlig appetit og koncentrationsbesvær, at han udførte ritualer i dagligdagen, og at han nogle gange førte samtaler med en person, der ikke var til stede. Som følge af sønnens forhold sygemeldte A sig i perioden fra den 20. januar 2009 til den 28. februar 2009. Den 26. februar 2009 ansøgte A om orlov foreløbig fra den 1. marts 2009 til den 30. juni 2009. Hun begrundede ansøgningen med, at B havde en svær depression og psykotiske træk. Kommunen bekræftede ved brev af 17. marts 2009, at A fik orlov som ansøgt. Hun fik endvidere bevilget tabt arbejdsfortjeneste. De børn, som A passede, blev flyttet til andre dagplejere inden for samme legestuegruppe, som A tilhørte. Efter ansøgning blev orloven forlænget fra den 1. juli 2009 til den 1. juli 2010. Den 3. marts 2010 blev B diagnosticeret med Aspergers Syndrom. I journalnotatet af 3. marts 2010 hedder det blandt andet:

"...

Formålet med samtalen er evaluering af forløbet samt tilbagemelding efter den diagnostiske udredning ved konf. samt efterfølgende videregivelse af disse informationer til forvaltningen, så det videre uddannelsesforløb og støtte kan iværksættes.

Vi beskriver at B jo kom her og var psykotisk samt havde nogle tvangstanker og - handlinger. At samtaleforløbene hos Bitten Krarup samt den medicinske beh. har hjulpet ham, således at han aktuelt ikke er psykotisk og hans angst er dæmpet betydeligt, samt hans OCD sympt. er trådt væsentligt i baggrunden.

Vi har nu kigget den tidligere historie igennem (anamnese) samt indhentet oplysninger. Ud fra dette mener vi, at B opfylder kriterierne for en gennemgribende udviklingsforstyrrelse af Aspergertypen. ..."

I et senere journalnotat af 26. maj 2010 blev det blandt andet anført:

"...

Ellers omhandler samtalen i dag, at han er ved at afslutte skolen, snart skal til sidste skoledag og har været til skriftlig eksamen i skriftlig matematik. Har planer om at skulle arbejde på sin onkels fabrik i sommerferien. Og har igennem de sidste uger været til en del fester, hvor han har formået at være til stede til langt ud på natten. Han gøres opmærksom på, at han ellers tidligere ofte gik efter få timer til fester, men fortæller nu, at de gange, hvor han har været afsted, har været i sammenhænge, som han er kendt med, og der har ikke altid været så mange, og han har også formået at drikke lidt alkohol, uden at blive egentlig beruset.

Alt i alt beskriver pt., at han er velbefindende, godt humør, og synes egentlig, at det går godt for ham.

...

### 3. Mål

Pt.'s mål: at passe min behandling og følge med i ungdomslivet.

Forældrenes mål: at vor søn får så normalt et ungdomsliv og uddannelse som muligt.

Afdelingens mål: at afhjælpe pt.'s psykotiske symptomer samt støtte pt. i en positiv udvikling.

"..."

I april 2010 blev A kontaktet af dagplejeleder Susanne Terkelsen, der ønskede oplyst, hvornår det kunne forventes, at A genoptog sit arbejde. A oplyste, at B efter sommerferien skulle begynde på en skole for autister, og at hun ønskede orlov, indtil han var kommet igang med skolen. Orloven blev på denne baggrund ad nogle omgange forlænget til den 30. september 2010.

Der var op mod foråret 2010 opstået en overkapacitet på dagplejeområdet i Hørsholm Kommune som følge af faldende børnetal. Kommunen fandt derfor, at to stillinger på dagplejeområdet skulle nedlægges. En af dagplejerne valgte at gå på efterløn. Der skulle herefter ske afskedigelse af én dagplejer blandt kommunens 15 dagplejere. Kommunen valgte at indstille A til opsigelse. I varslingsbrevet af 17. maj 2010 til A anførte kommunen blandt andet følgende:

"...

Begrundelsen for opsigelsen er nednormeringer. Den kommunale dagpleje i Hørsholm Kommune nednormeres med to dagplejerstillinger. Vi er af din leder Manne Ljungberg blevet oplyst om, at det ikke vil være pædagogisk forsvarligt at flytte børn fra deres nuværende dagplejer, til en for dem fremmed dagplejer. Da du pga. sygdom og orlov og ikke har fungeret som dagplejer siden januar 2009, bliver den ene af de to nednormeringer lagt på din stilling.

"..."

Kommunen modtog ikke noget hørings svar fra A, og hun blev herefter opsagt ved brev af 31. maj 2010 med virkning fra udgangen af november 2010. Der blev den 30. juni 2010 afholdt et møde med deltagelse af repræsentanter for kommunen og As fagforening. Mødet førte ikke til enighed mellem parterne. Inden udløbet af opsigelsesperioden opnåede A beskæftigelse i samme institution, som hun tidligere havde været ansat i. Det var en tidsbegrænset stilling for perioden fra den 1. november 2010 til den 30. juni 2011. Inden for opsigelsesperioden fik hun udbetalt forskellen mellem lønnen som dagplejer og pædagogmedhjælper.

A indbragte sagen for Ligebehandlingsnævnet. Nævnet traf den 9. maj 2012 afgørelse i sagen, hvori det blandt andet hed:

"...

Det fremgår af de fremlagte beskrivelser af Aspergers syndrom, at der er tale om en varig lidelse, som det ikke er muligt at kurere. Det er kun muligt at behandle de følgesymptomer, der kan opstå i sammenhæng med Aspergers syndrom, eksempelvis depression. Det må endvidere lægges til grund, at man ikke generelt på baggrund af diagnosen, kan udlede i hvilken grad patienten har en funktionsnedsættelse. Patienter med Aspergers syndrom er karakteriseret ved generelt at have et behov for struktur og forudsigelighed, ligesom de er udfordret i forhold til, hvordan man begår sig socialt i relation til andre mennesker.

Af lægejournal af 7. juli 2010 fremgår, at klagers søn fremtrådte samlet og orienteret og med neutralt stemningsleje. Han havde normalt psykomotorisk tempo og havde ingen symptomer på psykoser, depressivitet eller angst. Han havde på dette tidspunkt gennem 6 måneder været velbehandlet.

Herefter lægger nævnet til grund, at klagers søns eventuelle funktionsnedsættelse på langt sigt ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan anses for et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Klager får derfor ikke medhold i klagen. ..."

## **Forklaringer**

Der er afgivet forklaring af A, Susanne Lyngsie, Manne Ljungberg og Susanne Terkelsen.

A har forklaret, at hun blev ansat som vikar i en daginstitution i Hørsholm Kommune i 1998. Hun var derefter ansat i forskellige vikariater, indtil hun i 2001 fik en fast stilling i en institution. I 2007 blev hun efter en uopfordret ansøgning ansat i dagplejen. Det var et ønskejob for hende. Hun har pædagogisk grunduddannelse. En normal normering for en dagplejer er 3-4 børn under børnehvealderen. Dagplejen er i kommunen organiseret i legestuegrupper på 4-5 dagplejere. De har en fast ugentlig dag, hvor alle dagplejere og børn i gruppen mødes i en legestue. Dagplejelederen kommer som regel også til stede den dag. De mødes tillige på legepladser rundt omkring og tager på ture sammen. Dagplejelederen var Susanne Terkelsen. Områdelederen var Manne Ljungberg. Ved sygdom eller ferie meldte man ind til Susanne Terkelsen, der sørgede for, at andre i gruppen tog over. Hun og hendes mand blev opmærksomme på Bs problemer i sommeren 2008. De skulle på bilferie til Italien. På vej derned kunne de næsten ikke få ham til at stige ud af bilen. Selv om det var meget varmt, ville han helst blive siddende i bilen med lange bukser, langærmede trøjer, overtøj og hætte på. Da de kom derned, ville han helst holde sig indendøre hele dagen i det mobilhome, de havde lejet. De kunne kun lokke ham kortvarigt ud om aftenen. En aften, efter at de var kommet hjem, blev hun opmærksom på, at han havde skåret sig i armen. Hendes mand henvendte sig til kommunen for

at bede om hjælp. De fik bevilget psykologsamtaler med B, og psykologerne meldte tilbage, at B havde psykotiske symptomer. For at kunne tage sig af ham blev hun i februar 2009 sygemeldt og bad derefter om orlov. Der var ikke på daværende tidspunkt stillet en diagnose. Hun fik orlov, der senere blev forlænget nogle gange. Under orloven kontaktede Susanne Terkelsen hende med jævne mellemrum for at høre, hvordan det gik. Diagnosen Aspergers Syndrom blev stillet den 3. marts 2010. Bs psykotiske træk var medicineret bort, men han var fortsat præget af tvangstanker og tvangshandlinger. Han insisterede på at foretage nogle bestemte handlinger i en bestemt rækkefølge fra morgenstunden. Hans angst og depressive anfald svingede op og ned. Det er rigtigt, at han som beskrevet i journalen for den 26. maj 2010 var velbefindende. Han havde på det tidspunkt en jævn periode, hvor han var glad for det skoletilbud for autister, som han havde fået. Alt skulle dog stadig planlægges og forudsiges. De havde en tavle i hjemmet, hvor alle aktiviteter og gøremål blev skrevet ned. Uforudsete hændelser gjorde ham urolig. I skolen havde han en medarbejder særlig knyttet til sig, som underviste ham alene i 2 timer hver dag i et lokale, der lå tæt ved det lokale, hvor klassekammeraterne blev undervist. Han blev meget urolig og opfarende, hvis den særlige lærer var forhindret. Han vil ikke kunne komme til at fungere i normale sammenhænge. Han går nu på en særlig skole, X, i Hillerød. Han bor på et botilbud, hvor der sørges for blandt andet samtaler med psykolog og psykiater. Det er rigtigt, at der var et faldende børnetal i kommunen. Det kom dog bag på hende, at det var hende, der skulle afskediges. Hun har fået arbejde igen i 2013 i en institution i Allerød. I perioden fra slutningen af orloven og indtil 2013 har hun i det væsentlige været arbejdsløs bortset fra en periode med et vikariat.

Manne Ljungberg har forklaret, at han var områdeleder for område Nord fra 2005 til 2013. Han er nu sammen med sin kone selvstændig plejefamilie. En del af idégrundlaget med legestuegrupperne var, at de skulle drive sig selv, og at voksne og børn i grupperne lærte hinanden godt at kende. Han var den overordnede leder for de administrative og pædagogiske forhold i område Nord's institutioner og legestuegrupper. Han var Susanne Terkelsens nærmeste overordnede. Marianne Brosse var administrativ medarbejder i Nord. Orlovsbevillingen blev givet af personaleafdelingen. Han bad Susanne Terkelsen om at indhente oplysninger fra A om, hvordan det gik under orloven. Der manglede børn i kommunen, og de besluttede derfor, at to medarbejdere i dagplejen skulle afskediges. En medarbejder valgte at gå på efterløn, og de skulle herefter finde én medarbejder, der skulle afskediges. De så på hvem, der bedst kunne undværes. De var usikre på, hvornår A kom tilbage. De gik efter at skabe stabile rammer for deres børn. De mente ikke, at det var pædagogisk ansvarligt at flytte børn, der ikke havde nogen relation til A, over til hende. De børn, der oprindeligt var blevet passet hos A, gik nu i børnehave. Hvis de skulle beholde A, skulle de afskedige en anden medarbejder, som børnene kendte. Det endte med at blive A, der blev indstillet til afskedigelse. Årsagen til hendes fravær indgik ikke i overvejelserne. Under mødet med FOA blev det fremført, at der var sket en tilsidesættelse af forskelsbehandlingsloven. Det havde de ikke hørt før. De havde en forpligtelse til at omplacere A, men det var ikke muligt. Stillingen i Y, vidste han ikke noget om, fordi ingen havde underrettet ham om den. Det er rigtigt, at der var en medarbejder i dagplejen, der fik ny hofte, og anden, der var på barselsorlov. Han ved ikke, om de kom tilbage. Han var ikke blevet underrettet af Simon Lund om en dom på området.

Susanne Lyngsjæ har forklaret, at hun er er personalekonsulent. Hun er beskæftiget med ansættelser, uansøgte afskedigelser og personalemæssige sanktioner. Hun var ikke involveret i orlovsbevillingen i marts 2009. Da sagen om A kom op, var personalechefen Henrik Døssing sygemeldt. Han var dog ikke mere sygemeldt, end at han gerne ville orienteres om sagerne. Det var Simon Lund, der orienterede om sagen. Hun skrev under på varslingsbrevet af 17. maj 2010 for Henrik Døssing. Omplaceringsmulighederne blev ikke undersøgt. Der var en hel del

afskedigelse på daværende tidspunkt. Desuden havde A fortsat orlov. Hun mener ikke, at de hørte noget fra FOA inden for varslingsfristen. Hun er ikke blevet orienteret af Simon Lund om mailen af 26. maj 2010.

Susanne Terkelsen har forklaret, at hun er leder af dagplejen i Hørsholm Kommune. Det har hun været siden september 2008. Hun er uddannet socialpædagog. Hun fører tilsyn med dagplejen og har ansvaret for sikkerheden og det pædagogiske niveau. Manne Ljungberg var hendes overordnede, og hun var As overordnede. Hun indhentede oplysninger fra A om status under orloven. A var ikke selv så aktiv på dette felt. Hun vidste, at B havde fået en diagnose, og at A havde brug for at kunne hjælpe ham i gang med den nye skole. Efter at en af dagplejerne valgte at gå på efterløn, skulle de opsige en af de øvrige dagplejere. Valget faldt på A. De børn, som A havde haft, var i børnehaven. Desuden var A nok den, der havde færrest kompetencer som dagplejer. Det var hendes indtryk af A i perioden fra september 2008 til januar 2009. Hun havde været på tilsyn hos A en gang om måneden. Hun kan ikke huske, om A fik tilbudt en mus-samtale. Hun vidste ikke, hvilken uddannelse, A havde. Det er rigtigt, at der var en dagplejer, der gennemgik en hofteoperation, og en anden, der var på barselsorlov. De kom tilbage og fik "nye" børn.

### **Parternes synspunkter**

#### A

Sagen er for A i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 24. april 2013. Det er heri anført:

"...

Til støtte for den nedlagte påstand gøres gældende, at A er beskyttet af forskelsbehandlingslovens regler om forbud mod diskrimination på grund af handicap. Beskyttelsen mod forskelsbehandling gælder også for forældre til handicappede børn, jf. EF-domstolens afgørelse af 17. juli 2008 (C-303/06) samt UfR 2010, side 2610.

Det gøres i tilknytning hertil gældende, at A søn, B, er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. Han er diagnosticeret med Aspergers Syndrom samt blandet obsessiv-kompulsiv tilstand (ekstrakten side 66). Denne diagnose er livsvarig og indebærer for B, at der skal tages hensyn hertil i forbindelse med hans dagligliv, uddannelse m.v.

Den omstændighed, at der kan være gode og dårlige perioder, ændrer ikke på, at der er tale om et handicap. Det skal bemærkes, at A blev afskediget den 31. maj 2010, og at det således er forholdene i perioden op til denne dag, der er afgørende. Af ekstraktens side 66 ss, hvilke mål, der var sat for B.

Afskedigelsen af A skete på grund af hendes fravær, der skyldes pasningen af hendes handicappede barn, og dette er strid med forskelsbehandlingsloven, og A skal derfor tilkendes en godtgørelse i henhold til lovens § 7, der under hensyntagen til As anciennitet passende kan fastsættes til 1 års løn."

Det er supplerende anført, at det fremgår af forarbejderne til forskelsbehandlingslovens regler om handicap, at handicap ikke er et entydigt begreb, og at begrebet i overensstemmelse med EU's sædvanlige lovgivningspraksis ikke er defineret i det bagvedliggende direktiv. Det er derfor op til medlemsstaterne at definere begrebet i den nationale praksis. I sidste instans må begrebet dog fastlægges af EU-domstolen. Dette er sket i EU-domstolens (Anden Afdeling) dom af 11. april 2013. I denne dom hedder det blandt andet:

"...

47 Det følger af de ovenstående betragtninger, at det første og andet spørgsmål skal besvares med, at begrebet "handicap" i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægelig diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning 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 fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb. ..."

Denne præmis, der afgørende har ændret på den hidtil etablerede praksis på området, må føre til, at Aspergers Syndrom anses som et handicap. Det må derfor endvidere antages, at Ligebehandlingsnævnets afgørelse i sagen ikke ville være faldet ud på samme måde som sket, hvis nævnet havde haft afgørelsen fra EU-domstolen. Hørsholm Kommune henviste i opsigelsen til, at A havde orlov. Orloven var bevilget til pasning af hendes handicappede barn. Der er derfor tale om direkte forskelsbehandling.

### Hørsholm Kommune

Sagen er for kommunen i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokument af 18. april 2013, hvoraf blandt andet fremgår:

"...

2.1 På baggrund af de omstændigheder, der er beskrevet under skriftsvekslingen i sagen, gøres det fra Hørsholm Kommunes side gældende til støtte for den principale påstand, at der ikke er sket overtrædelse af forskelsbehandlingsloven i forbindelse med Hørsholms Kommunes afskedigelse af A.

2.2 Der må i den forbindelse særligt lægges vægt på,

at A ikke har dokumenteret, at As søn på opsigelsestidspunktet var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand,

at det tvætimod fremgår af den lægelige dokumentation i sagen, at A søn ikke havde symptomer på psykoser, depressivitet eller angst, ligesom det fremgår, at han gennem 6 måneder havde været velbehandlet,

at det er A, der i henhold til forskelsbehandlingslovens § 7 a skal påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at opsigelsen af A var begrundet i hendes søns handicap,

at A ikke har påvist sådanne faktiske omstændigheder,

at A blev opsagt, fordi hun var den medarbejder, der bedst kunne undværes,

at det faktiske forløb i sagen derimod understøtter, at opsigelsen var objektivt begrundet i det saglige formål at udnytte kommunens ressourcer bedst muligt og på en måde, der forstyrrede dagplejens drift mindst muligt,

at opsigelsen derfor ikke udgjorde en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, og

at Hørsholm Kommune således ikke er forpligtet til at udrede en godtgørelse til A.

2.3 For det tilfælde at retten måtte finde, at der hos sønnen var tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, må der - ud over ovenstående anbringender - lægges vægt på,

at der i sagen ikke kan være tale om direkte diskrimination,

at A derfor ikke som pårørende er omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven,

at der ej heller er tale om indirekte diskrimination, henset til det saglige formål, der lå bag udvælgelsen af A, som den medarbejder, der bedst kunne undværes, og i den forbindelse foretagne proportionalitets- overvejelser,

at det faktiske forløb i sagen derimod understøtter, at opsigelsen var objektivt begrundet i det saglige formål at udnytte kommunens ressourcer bedst muligt og på en måde, der forstyrrede dagplejens drift mindst muligt,

at midlerne til at opnå den nødvendige kapacitetstilpasning i øvrigt var hensigtsmæssige og nødvendige,

....

altsammen med det resultat,

at Hørsholm Kommune ikke har overtrådt forskelsbehandlingslovens regler og følgelig ikke er forpligtet til at udrede godtgørelse til A.

2.4 Til støtte for den subsidiære påstand gøres det gældende,

at en eventuel godtgørelse til A alene kan udgøre et mindre beløb, end A har nedlagt påstand om. ..."

### **Retten begrundelse og afgørelse**

I § 7 a i forskelsbehandlingsloven hedder det: "Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. §§ 2-4, 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."

Retten finder, at der også efter den påberåbte præmis i dommen fra EU-domstolen af 13. april 2013, skal foretages en konkret vurdering af den funktionsnedsættelse, der påberåbes. I de fremlagte journalnotater ses der at være givet udtryk for en stadig bedring i As søns tilstand, og i de gengivne journalnotater af 26. maj 2010 og 7. juli 2010 beskrives sønnen som velbefindende, i godt humør, med normalt psykomotorisk tempo og uden tegn på psykosesymp-tomer, depressivitet eller angst, ligesom det anføres, at han gennem et halvt år har været velbe-handlet.

Retten anser det på denne baggrund ikke for godtgjort, at As søn på opsigelsestidspunktet havde en sådan funktionsnedsættelse på langt sigt, at der var tale om et handicap i forskelsbe-handlingslovens forstand. Der er derfor ikke påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling i forskelsbehandlingslovens forstand. Herefter frifindes Hørsholm Kommune.

Efter sagens udfald skal FOA som mandatar for A betale sagsomkostninger til Hørsholm Kommune, jf. retsplejelovens § 312, stk. 1. Sagsomkostningerne fastsættes under hensyntagen til sagens genstand til 40.000 kr. inkl. moms til dækning af kommunens udgift til advokatbi-stand, jf. retsplejelovens § 316, stk. 1.

**Thi kendes for ret:**

Sagsøgte, Hørsholm Kommune, frifindes.

Sagsøgeren, FOA som mandatar for A skal inden 14 dage betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Hørsholm Kommune.