



Udskrift af dombogen

DOM

afsagt den 29. maj 2017

BS nr. 11-24/2017:

Ligebehandlingsnævnet mandatar [person 1]
([person 1]s adresse)
(kammeradvokaten ved advokat Lene Damkjær Christensen, København)

mod

[behandlingshjem 1]
([behandlingshjem 1]s adresse)
(advokat Bjarne Lund Jørgensen ved fuldmægtig Andreas Leidesdorff)

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen er anlagt den 6. januar 2017. Den angår, om en ansat på et behandlingshjem for børn er blevet afskediget, fordi hun har udnyttet retten til fravær på grund af graviditet m.v., og afskedigelsen derfor er i strid med ligebehandlingslovens § 9.

Sagen er behandlet i Ligebehandlingsnævnet, der traf afgørelse den 7. september 2016. Ved afgørelsen fik den ansatte medhold og blev tilkendt en godtgørelse svarende til ni måneders løn. Da behandlingshjemmet ikke har efterlevet nævnets afgørelse, har nævnet efter anmodning fra den ansatte anlagt sagen, jf. lov om Ligebehandlingsnævnet § 12, stk. 2.

Sagsøgeren, Ligebehandlingsnævnet mandatar [person 1], har nedlagt påstand om, at sagsøgte, [behandlingshjem 1], skal betale 356.000 kr. med procesrente fra den 2. oktober 2015.

[behandlingshjem 1] har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb fastsat efter rettens skøn.

Oplysningerne i sagen

[behandlingshjem 1] er et behandlingshjem for børn og unge med adfærdsudfordringer, som kræver ekstra omsorg og vejledning.

[behandlingshjem 1] er privatejet og er uafhængig af kommune såvel som region, ligesom [behandlingshjem 1] ikke i øvrigt har

samarbejde med kommunale eller regionale institutioner.

[person 1] blev den 9. juni 2008 ansat midlertidigt som omsorgsmedhjælper på [behandlingshjem 1] – herefter [behandlingshjem 1]. Ansættelsen fik hun forlænget flere gange, indtil hun med virkning fra den 1. oktober 2012 fik fast ansættelse på fuld tid. Hun fik i 2014 diagnosen kronisk ufrivillig barnløs og begyndte den 1. november 2014 i fertilitetsbehandling hos Regionshospitalet i [by 1]. Hun var i løbet af 2015 i fertilitetsbehandling i perioderne 14. marts til 10. april, 28. april til 29. maj og 5. august til 2. september 2015.

Der blev den 11. marts 2015 afholdt samtale mellem [person 1] og [person 2] som repræsentant for ledelsen på [behandlingshjem 1]. [person 1] oplyste ved denne samtale, at hun så sig nødsaget til på ubestemt tid at sygemelde sig. [person 1] blev herefter sygemeldt på fuld tid fra den 16. marts 2015.

Den 13. april 2015 havde parterne første sygesamtale efter hendes fuldtidssygemelding. I forbindelse med samtalen blev der udarbejdet en mulighedserklæring. Det fremgår af mulighedserklæringen, at hun ikke så sig i stand til at genoptage arbejdet inden for de næste 5-6 måneder. Under punkt 8 – ”Lægens uddybende kommentarer til vurderinger i punkt 7” er anført:

”Sygemeldingsperioden afhænger utvivlsomt meget af, hvordan det går med fertilitetsbehandlingerne.”

Der blev afholdt sygesamtale igen den 8. juni 2015. Af referatet fra den fremgår det, at [person 1] informerede [behandlingshjem 1] om, at situationen var uændret.

I juni 2015 formåede [person 1] at færdiggøre sin uddannelse som pædagog.

Den 11. august 2015 fik [person 1] en skriftlig advarsel i anledning af, at hun havde misligholdt sin forpligtelse til at indsende skema til [kommune 1] rettidigt. Det blev i forbindelse hermed præciseret, at den rettidige modtagelse af skemaet var afgørende for [behandlingshjem 1]s mulighed for refusion. Afslutningsvis blev det præciseret, at fornyet overskridelse af fristen for at indsende skemaet vil føre til afskedigelse.

Næste sygesamtale blev afholdt den 28. august 2015. Af referatet fremgår det, at hun ikke forventede at komme tilbage på arbejde i 2015. Det blev drøftet, hvorvidt det ville være muligt at tilbyde hende andre opgaver end de pædagogiske på [behandlingshjem 1]. Dette blev ikke vurderet muligt, eftersom alle opgaver vedrørte børnene eller børnenes forældre. Det hedder i mulig-hedserklæringens punkt 8, ”Lægens uddybende kommentarer til vurderinger i punkt 7”:

”Er ikke klar til raskmelding. Hun er bange for, at børnene på arbejdspladsen vil kunne mærke hendes sårbarhed og forsøge at udnytte den, magter ikke konflikter. Også af hensyn til fertilitetsbehandling er det vigtigt, at der skabes ro og forudsigelighed. Når der er opnået tilstrækkelig meget bedring i tilstanden, kunne en virksomhedspraktik på en anden arbejdsplads og uden følelsesmæssigt krævende arbejde være en mulighed.”

Lægen oplyser i overensstemmelse med [person 1]s oplysning den 28. august 2015, at hun forventedes at være sygemeldt i endnu 4 måneder.

Den 8. september 2015 opslug [behandlingshjem 1] et jobopslag på to fuldtidsstillinger med tiltrædelse den 1. november 2015 samt et barselsvikariat med tiltrædelse den 24. december 2015.

Efter [behandlingshjem 1] blev orienteret om, at der ikke var udsigt til, at [person 1] ville genoptage sit arbejde før allertidligst 1. januar 2016, sendte [behandlingshjem 1] den 28. september 2015 opsigelsesbrev til [person 1]. Begrundelsen i afskedigelsesbrevet var som følger:

”

1. *En forventet reduktion af timetal i afd. vedr. den særlige opgave/bevilling til et bestemt barn.*
2. *Du har siden 13. marts 2015 været sygemeldt på fuld tid. Du var forud for dette i minimum et halvt år stabilt ustabil sygemeldt med jævne mellemrum. På nuværende tidspunkt vurderer din læge, at du yderligere vil være sygemeldt i indtil videre fire måneder. Både du og din læge efterspørger muligheden for at komme i virksomhedspraktik på en anden arbejdsplads.*
3. *Din læge diagnosticerer dig til at lide af en depression og erklærer dig uarbejdsdygtig. Du har oplyst, at han anbefaler dig en medicinsk behandling. Du er ikke enig i din læges vurdering, du føler dig ikke deprimeret, dog er du enig med lægen om, at du er aldeles uarbejdsdygtig ifht. dit pædagogiske virke på [behandlingshjem 1]. Du vægter fertilitetsbehandlingen højere og undlader derfor at lade dig medicinere eller behandle yderligere mod din depression.*
4. *På trods af din læges vurdering af din uarbejdsdygtighed grundet depression, formåede du at færdiggøre dine studier i juni måned med godt resultat.*
5. *Hverken du eller din læge tror på, at du kan starte på [behandlingshjem 1] igen foreløbig og din læge anbefaler ikke din tilbagevenden til nuværende arbejdsplads eller funktion. I stedet anbefaler han en virksomhedspraktik på anden arbejdsplads.*

Vi har vanskeligt ved, at se at den plan der måtte være lagt af dig og

din læge i fællesskab, peger frem mod en fortsat ansættelse hos os. Vi ser os derfor nødsaget til at opsigte dig.”

Under forberedelsen af sagen har [behandlingshjem 1] fremlagt opgørelser, der viser, at [person 1]s sygefravær i 2014 var på 11,61 procent og i 2015 på 88,00 procent.

Forklaringer

[person 1] har forklaret, at hendes ansættelse som ”omsorgsmedhjælper” på [behandlingshjem 1] reelt indebar, at hun arbejdede som pædagogmedhjælper. Hendes arbejdsopgaver bestod i at være vikar 25- 28 timer om ugen. Hendes arbejdsopgaver sporede sig ret hurtigt ind på, at hun tog sig af en dreng ved navn [person 3]. Han gik hverken i skole eller SFO. Derfor deltog hun i arbejdet med at holde dagen kørende for ham. I perioden 2008 til 2010 fortsatte arbejdet med [person 3] i uændret omfang. Herefter blev der en reduktion i timetallet på ham, så han ikke skulle ”mandsopdækkes” helt så meget som før.

I 2012 eller 2013 blev antallet af afdelinger på [behandlingshjem 1] reduceret fra 4 til 2. Herefter var der ikke noget ”[person 3]-team” længere. Som konsekvens heraf begyndte hun at arbejde mindre med [person 3]. Når hun var på arbejde, fik hun også til opgave at holde øje med andre børn. Herefter blev der stort set ikke foretaget ændringer i hendes arbejdsopgaver på [behandlingshjem 1].

Sammenlægningen af flere afdelinger gav dog en del røre blandt både personalet og børnene, fordi flere af børnene var udadreagerende. Ud over det pædagogiske personale var der på [behandlingshjem 1] også ansat rengørings- og køkkenpersonale. Fra 2014 blev dette ændret, således at pædagoger sammen med børnene selv skulle lave mad på afdelingerne.

Hun var gået i gang med fertilitetsbehandling uden at give underretning om det til ledelsen på [behandlingshjem 1], men da havde det heller ikke betydning for hendes arbejdsindsats. Hun fik en § 56-aftale fra august 2014. Den betød, at kommunen skulle refundere hendes løn i de perioder, hvor hun var syge- meldt på grund af fertilitetsbehandling. Hun har ikke været fraværende i hele behandlingsperioden. Ledelsen på [behandlingshjem 1] tog det egentlig fint. Hun fik at vide, at hun bare skulle slappe af.

Hun har ikke grund til at tvivle på rigtigheden af den oversigt over hendes sygefravær i 2014 og 2015, som [behandlingshjem 1] har fremlagt under forberedelsen af sagen.

Hen over jul og nytår 2014/2015 havde hun egentlig helt fri, bortset fra juleaften. Op til jul havde hun fået at vide, at hun var gravid, men at der desværre efter al sandsynlighed var tale om et foster, der ikke udviklede sig korrekt. Det var den 19. december 2014, at hun fik det af vide. Hun valgte alligevel at passe sit arbejde juleaften. Den 5. januar 2015 fik hun vished for, at hun blev

nødt til at få en abort. Som opfølgning herpå blev hun sygemeldt. Så vidt hun ved, havde der ikke før været taget nogen skånetilsyn til hende. I begyndelsen af februar 2015 begyndte hun at tvivle på, om hun var arbejdsparat. Hun havde en samtale med sin leder, der sagde, at ledelsen på [behandlingshjem 1] gerne ville se, om man kunne finde et job på skånevilkår til hende. Det mundede ud i, at hun kun skulle have dagvagt med [person 3]. Det var stadig i begyndelsen af februar 2015. Dette forløb ikke helt efter planen. I den periode kunne hun godt få både en formiddags- og aftenvagt. Som eksempel på overtrædelse af ”skånevilkårene” kan nu nævne timeopgørelsen for februar 2015 (ekstraktens side 85). Fra marts 2015 blev skåneaftalen dog efterlevet, men alligevel blev hun hurtigt sygemeldt. Hverken dengang eller på opsigelsestidspunktet er hun diagnosticeret med depression. Så vidt hun ved, har hendes læge da aldrig skrevet, at hun havde en depression, og da slet ikke på grund af arbejdet. Tværtimod skrev lægerne, at hun var meget glad for sit arbejde.

Det lykkedes hende at få afsluttet pædagoguddannelsen, selv om hun var sygemeldt, fordi hun inden sin sygemelding var kommet rigtig langt med at skrive sin bacheloropgave, og fordi hun havde brugt næsten al sin erfaring fra sit arbejde. Hun havde også tillidsrepræsentanten til at rådgive sig. Han sagde god for den løsning, blot hun holdt sig under 6 timer om ugen. Hun fortalte intet til hverken lægen eller tillidsrepræsentanten om, at hun forventede at være sygemeldt i 5-6 måneder, heller ikke i april 2015, da hun gav oplysninger til brug for hendes mulighedserklæring. Derimod sagde hendes afdelingsleder, at hun ikke kunne lægges ind i sommerferieplanen for [behandlingshjem 1]. Derfor foreslog afdelingslederen den formulering, der fremgår af mødereferatet, selv om det ikke var i overensstemmelse med sandheden.

Kommunen nægtede åbenbart at refundere løn i § 56-perioderne. Det skyldes, at hun var sygemeldt forkert. Det fik hun at vide ved at henvende sig til kommunen. Derfor undlod hun at reagere på breve fra kommunen, blandt andre skrivelserne der førte til, at hun fik løntrækket. Hun følte sig uretfærdig behandlet over løntræk. Hun gik til læge igen og fik udleveret et dokument, der hedder Attest til sygedagpenge af sin egen læge (ekstraktens 49). Den blev skrevet, for at hun ikke lige skulle starte igen på fuld tid. Det var på ingen måde, fordi hun havde planer om at undlade at vende tilbage.

Hun følte, at sygesamtalen af 28. august 2015 blev holdt for at presse hende ud i at sige op selv. Hun spurgte, om det var en mulighed at få lavet en plan for at fastholde hende på [behandlingshjem 1]. Hun medgiver, at det var vanskeligt at finde disse arbejdsopgaver, der gjorde det muligt at fastholde hende.

Derfor blev muligheden også nævnt for at finde andet praktiksted for hende.

De nye medarbejdere, der blev søgt af [behandlingshjem 1], skulle have kompetencer svarende til hendes. Hvis de nye skulle have med et konkret barn at gøre, skulle det måske være en nyansat med ”store overarme” forstået på den måde, at vedkommende skulle have en betydelig styrke rent fysisk.

Da hun den 19. december 2014 spurgte sin tillidsrepræsentant, om hun skulle være nervøs for at blive afskediget, sagde han, at det behøvede hun ikke bekymre sig om.

Ovenpå afskedigelsen var hun selvsagt ikke særlig attraktiv at ansætte, primært fordi hun var sygemeldt på grund af graviditet og skulle på barsel bagefter.

Hun satte sig alligevel for at gennemføre pædagoguddannelsen. Hun var i praktik som skolepædagog på [skole 1]. Nu er hun stadig på barsels- og forældreorlov, men hun har ikke fundet andet arbejde.

Fra oktober 2014 var ledelsen på [behandlingshjem 1] hele tiden orienteret om hendes fertilitetsbehandling. Hun har kendt [person 3] siden 2008. Da var han 4 år. Inden han kom til [behandlingshjem 1], havde han allerede slidt to plejefamilier op. Over årene har [person 3] i hvert fald efter kommunens, men nok også efter hendes mening udviklet sig mere og mere positivt. Blandt andet på bag- grund heraf er antallet af timer på [person 3] faldet. Den plan, som hun arbejdede efter i februar 2015, udelukkede ikke, at hun også kunne være tilgængelig for [person 3], selv om hun havde en aftenvagt. Når der i referatet fra sygesamtalen den 28. august 2015 står, at hun let ”taber hovedet”, er det udtryk for, at der ikke skulle så meget til, for at hun følte sig presset. [person 4] og [person 2] følte sikkert, at hun var meget vanskelig at placere. Hun var hele tiden i fertilitetsbehandling, der gjorde hende meget træt. Under samtalen den 28. august 2015 kunne hun ikke selv komme på skåneopgaver, som hun kunne varetage. Der var dog forskel på, hvilke ressourcer de konkrete børn krævede af de voksne. Under samtalen den 28. august 2015 fortalte hun, at hun nogle dage i forvejen har fået sat æg op, og at hun altså ”teknisk set” var gravid.

[person 4] har forklaret, at hun er viceforstander på [behandlingshjem 1], hvilket hun har været 5 år. Hun har været ansat der i 22 år i alt. [behandlingshjem 1] er et opholdshjem for behandlingskrævende børn og unge. Det vil sige, at beboerne primært er under 18 år. De kan dog under konkrete omstændigheder få lov til at blive boende på [behandlingshjem 1], helt til de er 23 år. De fleste af børnene er massivt omsorgssvigtede og har diagnoser på en eller flere lidelser, for eksempel ADHD og Turette. Det kræver selvfølgelig, at man er godt funderet både menneskeligt og fagligt, hvis man skal overkomme arbejdet med børnene på [behandlingshjem 1].

I de første år var [person 1] kun ansat til at tage sig af [person 3], men siden udvidede hendes ansættelse til også at omfatte andre børn på afdelingen, hvor [person 3] var. [person 3] var allerede den gang et barn, der var rigtig mange timer på ”en til en”. [person 3] er som helt lille massivt omsorgssvigtet. Han har også ADHD. Han er et virkeligt skadet barn. Test af ham i dag viser, at hvis han havde været voksen, hvor han fået betegnelsen psykopat. [person 3] er vist 13 år i dag. Man kan let komme til skade i hans selskab, hvis man ikke er opmærk-

som hele tiden. Han vil være have brug for opmærksomhed og støtte også som voksen.

Foreholdt ordlyden af afskedigelsesbrevet af 28. september 2015 har hun forklaret, at der hvert år blev varslet nedgang til antallet af støttetimer på [person 3]. Det kom så ikke til at blive realiteten, da [kommune 3] havde hørt på argumenterne fra [behandlingshjem 1]. Der er stadig et uændret antal støttetimer, fordi [person 3] vokser sig ind i problemer.

Det var først og fremmest [person 2], der hørte om [person 1]s problemer med at blive gravid. Det var nok i august 2014, at [person 1] aborterede første gang og tabte hovedet. Siden vidste hun, at [person 1] gerne ville være gravid. På [behandlingshjem 1] har de løbende haft medarbejdere på barsels- og forældreorlov. Det er blevet håndteret af [behandlingshjem 1], også selv om der er opstået problemer. Døgnvagter har ofte givet problemer.

Hun oplevede sygesamtalen den 28. august 2015 således, at [person 1] var meget hårdt ramt af sine problemer med at blive gravid. [person 1] gav udtryk for, at der ville gå 4 måneder, og at der sagtens kunne gå mere, inden hun kunne være på arbejde igen. Som hun vurderede [person 1]s situation, kunne hun simpelthen ikke se arbejdsfunktioner på [behandlingshjem 1], som [person 1] kunne udføre. Hun var for sårbar og hendes lunte for kort. Der var for stor risiko for, at hun kom i kontakt med børn, som hun ikke kunne klare. Navnlig efter sygemeldinger efter noget psykisk er det normalt, at medarbejderen kommer langsomt i gang igen. Mulighedserklæringer fra arbejdsgiveren er særligt anvendelige i denne situation. Hvis lægen anbefaler noget konkret, prøver de altid at følge sådanne anbefalinger.

Da de nye stillinger blev slået op, var det, for at [behandlingshjem 1] kunne modtage en dreng ved navn [person 5]. Han er en dreng med et betydeligt støttebehov, der dog ikke lige kan sammenlignes med [person 3]s. [person 1] skulle være sygemeldt længe endnu. Derfor kunne hun ikke bruges i den sammenhæng.

Det var således planen, at [person 5] skulle flytte ind på [behandlingshjem 1] i løbet af ganske kort tid.

Det er [person 1]s fravær, som fremgår af oversigterne fremlagt af [behandlingshjem 1], der henvises til i opsigelsesbrevet den 28. september 2015. Hun var klar over, at dette sygefravær også var fertilitetsrelateret. De henviste i opsigelsesbrevet til, at [person 1] på trods af sin sygemelding kunne afslutte sin pædagoguddannelse, fordi de syntes, at det var både påfaldende og imponerende. De havde svært ved at se [person 1] vende tilbage til arbejdet på [behandlingshjem 1]. Alt pegede nærmest i den modsatte retning.

I en periode var der ikke ansat en kok på [behandlingshjem 1], men fra den 7. maj 2015 var der en ansat igen. Der var således ansat en kok, der [person

1] blev sagt op.

[person 2] har forklaret, at hun på [behandlingshjem 1] er afdelingsleder på [afdeling 1], der er en afdeling, hvorpå der bor 7 børn. I efteråret 2015 forventede de en reduktion i timetallet på [person 3] på grund af den tid, hvor han havde været på [behandlingshjem 1], og den udvikling han havde gennemgået der. De vurderede dog også, at [person 3] fortsat havde det svært.

Hun havde ikke konkret kendskab til [person 1]s fertilitetsbehandling i detaljer. Hun husker ikke i hvilken udstrækning [person 1] orienterede om forløbet af fertilitetsbehandlingen. Når [person 1] blev indkaldt til samtale, kom hun. Hun var med til at lave aftale om, at der blev taget visse ”skånehensyn” til [person 1]. Der skulle være personale fra [behandlingshjem 1] med [person 3] i skole.

På [behandlingshjem 1] har de ansat en kok. Ellers er madlavning organiseret så- dan, at der er en ”husmor” i hvert hus, der laver morgenmad og sørger for, at børnene enten kommer i skole, eller hjælper med at se efter de børn, der må blive hjemme. I kortere perioder har der ikke været ansat en kok. I de perioder er der også blevet lavet aftensmad på afdelingerne på anden vis. Referatet af sygesamtalen fra den 13. april 2015 er skrevet af hende. Det var [person 1] selv, der nævnte, at hun ikke forventede at blive raskmeldt inden for de næste 5-6 måneder. Det var hendes klare indtryk, at [person 1] havde de lidelser, der er beskrevet. Hun kunne slet ikke se [person 1] gå ind i arbejdet med børnene på normal vis, som [person 1] havde det. Hun vurderede, at [person 1] havde det så dårligt, at hun ikke kunne sættes på andre opgaver, hverken af hensyn til børnene eller [person 1] selv.

[person 6] har forklaret, han er basispædagog og tillidsmand på [behandlingshjem 1]. [person 1]s opgaver bestod også i at være basispædagog, men især i begyndelse var hun kun tilknyttet [person 3]. De i alt 3 stillinger, der blev opslået i september 2015, var ikke med funktioner svarende til dem, som [person 1] bestred. Hans rolle er hverken at ansætte nye medarbejdere eller lede og fordele arbejdet, men umiddelbart så han ikke [person 1] som en pædagog, der kunne varetage de opgaver, som de nyansatte skulle. De gik da heller ikke ind og overtog opgaver fra [person 1].

Parternes synspunkter

[person 1] har til støtte for sin påstand anført, at der overordnet set ikke er grundlag for at tilsidesætte Ligebehandlingsnævnets vurdering af, at det var i strid med ligebehandlingsloven, at hun blev afskediget fra sin stilling som pædagog hos [behandlingshjem 1], og at hun derfor har krav på en godtgørelse. Det ligger efter retspraksis fast, at en kvinde, som er i fertilitetsbehandling, er beskyttet af ligebehandlingslovens § 9, hvorefter en arbejdsgiver blandt andet ikke må opsig en lønmodtager på grund af graviditet, barsel eller adoption. Tilsvarende gælder for belastningsreaktioner og sygdom som følge af fertilitetsbehandling og ligeledes efter spontan abort. Hun var på opsigelsestidspunktet den 29. september 2015 notorisk omfattet af ligebehandlingslovens § 9, da hun var i fertilitetsbehandling. Dette var ledelsen på

[behandlingshjem 1] også bekendt med og henviste til i afskedigelsesbrevet.

Opsigelsen af hende blev af ledelsen på [behandlingshjem 1] blandt andet begrundet med, at hun havde været sygemeldt på fuld tid siden 13. marts 2015 og forud for dette havde været ustabil sygemeldt med jævne mellemrum.

Endvidere blev opsigelsen begrundet i det forhold, at hun vægtede fertilitetsbehandling højere end medicinsk behandling for depression. Den omstændighed, at hendes sygefravær skyldtes fertilitetsbehandlingen og ufrivillig abort medfører, at den skriftlige begrundelse for afskedigelsen giver anledning til at formode, at hun blev afskediget på grund af sin fertilitetsbehandling og ufrivillige aborter.

Herefter påhviler det [behandlingshjem 1] at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket, og [behandlingshjem 1] har ikke løftet denne bevisbyrde, da der udover selve henvisningen til fertilitetsbehandlingen i afskedigelsesbrevet også er andre ”falske lodder i vægtskålen”. Begrundelsen for afskedigelsen indledes således med en angivelse af en forventet reduktion af timetal i afdelingen vedrørende den særlige opgave/bevilling til et bestemt barn. Denne driftsmæssige begrundelse er isoleret betragtet usaglig, allerede fordi [person 1] var ansat på fuldtidsvilkår på lige fod med andre ansatte og ikke kun ansat til et projekt med et bestemt barn. Uanset, at [person 1] havde været tilknyttet dette bestemte barn i en længere periode, havde hun da også samtidig indgået i weekendvagter og aftenvagter i hele huset for alle børn. Hertil kommer, at det rent faktisk har vist sig at være urigtigt, at der på opsigelsestidspunktet var en forventet timereduktion i forhold til det konkrete barn hvilket i sig selv understøtter, at den driftsmæssige begrundelse var konstrueret.

Under alle omstændigheder ville [behandlingshjem 1] i givet fald have været forpligtet til at forsøge omplacering til anden tilsvarende stilling, hvilket kunne være sket til en af de opslåede stillinger i umiddelbar tilknytning til opsigelsen af hende. Beskrivelsen i stillingsopslaget er faktisk dækkende for det arbejde, som alle pædagogerne, herunder [person 1], udførte. I forhold til den driftsmæssige begrundelse kan det således konstateres, at begrundelsen er urigtig, hvilket skal tillægges afgørende betydning ved bevisvurderingen. [behandlingshjem 1] ikke har gjort det fornødne for at få hende tilbage i arbejde, hverken i starten af sygemeldingen i 2015, under deltidssygemeldingen eller senere. Denne undladelse understøtter også, at fertilitetsbehandlingen med deraf følgende sygeforløb helt eller delvist var begrundelsen for afskedigelsen. Der var flere muligheder for midlertidigt og med det formål at fastholde hende at tilbyde eksempelvis weekendkørsel, ærindekørsel og køkkenhjælp, som var relevante muligheder for tilbagevenden, idet der jo ikke skulle være tale om en varig omplacering. [behandlingshjem 1] udlægger hendes læges forslag om virksomhedspraktik på en anden arbejdsplads forkert, da det skal ses i sammenhæng med, at der i pkt. 6 i mulighedserklæringen ikke er nogen forslag til ændringer i arbejdsfunktioner. Den del af begrundelsen i opsigelsen, hvor der henvises til, at hun og hendes læge end ikke troede på tilbagevenden til arbejdspladsen med henvisning til virksomhedspraktikken, er en fejlslutning, som skulle have været søgt afdækket hos hende, inden man foretog afskedigelsen. Endelig har hun på trods af lægens vurdering af

uarbejdsdygtighed gennemført sin pædagoguddannelse i sommeren 2015 med et godt resultat. Henset til, at [behandlingshjem 1] på et fuldt oplyst grundlag støttede og accepterede, at hun fortsatte studiet under sygemeldingen og afsluttede sin bachelor som planlagt, er denne del af begrundelsen heller ikke er reel.

På ovenstående baggrund har [behandlingshjem 1] ikke har løftet bevisbyrden for, at hun ikke har været udsat for forskelsbehandling på grund af køn, hvorfor hun under hensyntagen til ansættelsesperiodens længde på uafbrudt over 7 år og sagens omstændigheder i øvrigt er berettiget til en godtgørelse svarende til tolv måneders løn, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 2 og 3. Ved udmålingen af godtgørelsen skal det anses for at være en skærpende omstændighed, at der blev opslået to ledige pædagogstillinger og et barsels- vikariat blot 20 dage inden, at hun blev opsagt fra sin stilling. Subsidiært skal godtgørelsen udmåles svarende til 9 måneders løn i overensstemmelse med Ligebehandlingsnævnets afgørelse.

[behandlingshjem 1] har til støtte for sine påstande anført, at Ligebehandlingsloven § 9 omfatter fertilitetsbehandlinger, herunder følgesygdomme og depression forårsaget heraf. Udredningsfasen i forbindelse med fertilitetsbehandling er derimod ikke omfattet af ligebehandlingslovens § 9. Hos [behandlingshjem 1] har man ikke lagt vægt på [person 1]s fravær i forbindelse med tidligere fertilitetsbehandlinger ved afskedigelsen af hende, ligesom der heller ikke blev lagt vægt på fravær som følge af depression eller sygdom forårsaget af tidligere fertilitetsbehandlinger. Det forhold, at hun var i fertilitetsbehandling, indebærer ikke i sig selv en beskyttelse mod at blive afskediget.

[person 1] har ikke påvist faktiske omstændigheder, der giver en formodning for, at [behandlingshjem 1] har handlet i strid med ligebehandlingsloven. Alene det faktum, at hun på afskedigelsestidspunktet kort forinden gennemgik en fertilitetsbehandling, medfører ikke en formodning for brud på ligebehandlingsloven, hvorfor der ikke påhviler [behandlingshjem 1] en bevisbyrde for, at ligebehandlingsloven ikke er overtrådt. Hvis retten ikke er enig heri, har [behandlingshjem 1] anført, at [person 1] ikke er afskediget på baggrund af at være i fertilitetsbehandling eller på baggrund af at være deprimeret eller syg som følge af at være fertilitetsbehandling. Afskedigelsen var overordnet begrundet i to forhold. For det første forventede [behandlingshjem 1], at timetalsbehovet for det barn ved navn [person 3], som [person 1]s primære arbejdsopgave bestod i at være støtteperson for, ville blive reduceret. For det andet besad [person 1] ikke de nødvendige kompetencer, som [behandlingshjem 1] efterspurgte. [person 1] har i sit brev af den 22. november 2015 til Ligebehandlingsnævnet anført, at der skulle være ansat flere nye medarbejdere til at varetage hendes stilling. Dette er ikke korrekt. [behandlingshjem 1] har ansat to medarbejdere i efteråret 2015. Disse er dog ansat i andre stillinger og som følge af, at to andre medarbejdere har opsagt deres stillinger i denne periode. [person 1]s læge vurderede, at hun ville være utilsigtet barnløs, og som følge heraf uarbejdsdygtig i forhold til sit virke på [behandlingshjem 1] i resten af 2015 med begrundelse om, at der skulle skabes ro og forudsigelighed vedrørende fremtidige fertilitetsbehandlinger. Lægen vurderede dog samtidig, at hun var rask nok til i løbet af denne periode at kunne påbegynde virksomhedspraktik i anden virksomhed. Hun blev således ikke afskediget som følge

af sin fertilitetsbehandling, men derimod som følge af forventet timetalsreduktion på det barn, som hun fortrinsvist drog omsorg for. Afskedigelsen var herudover primært begrundet i, at hun til trods for gennemførte eksaminer, mulighed for start på anden arbejdsplads i et praktikforløb samt generel bedring i sin psykiske tilstand, fortsat ikke så det muligt at vende tilbage til [behandlingshjem 1] før om tidligst 4 måneder regnet fra ultimo august 2015, det ville sige tidligst januar 2016. I sygedagpengeopfølgning af den 12. august 2015, foreslås virksomhedspraktik på anden arbejdsplads af lægen. Afskedigelsen var derfor begrundet i, at [person 1] ikke kunne forventes at returnere til arbejdspladsen før om tidligst fire måneder efter at have været fuldtidssygemeldt siden den 13. marts 2015. Dette underbygges yderligere af, at hendes læge forventede fravær, der på dette tidspunkt ikke udsprang af psykiske følgevirkninger af tidligere fejlslagne fertilitetsbehandlinger, men derimod af et ønske om at forbedre muligheder for efterfølgende succesfuld behandling mest muligt. I samme retning taler referatet af sygesamtalen af 28. august 2015. Det fremgår således heraf, at hun har været til samtale på arbejdsmedicinsk klinik, hvor lægen mente, at hun havde en depression, men at hun ikke selv mente at have en depression. Hendes egen læge skriver i mulighedserklæring af 31. august 2015 ikke noget om depression. Derudover havde [person 1] i sommeren 2015 været i stand til at gennemføre sin uddannelse som pædagog med et flot resultat, og hun erklærede sig parat til at starte i virksomhedspraktik i anden virksomhed, men ikke på [behandlingshjem 1]. Såfremt [person 1] i de omtalte kommende fire måneder var syg eller deprimeret som følge af fertilitetsbehandling, ville hun være omfattet af ligebehandlingslovens § 9. Dette var dog ikke tilfældet. Den forventede sygemelding skyldtes ikke, at hun tidligere havde været i fertilitetsbehandling. Det skyldtes heller ikke, at hun var syg eller deprimeret over tidligere fejlslagne fertilitetsbehandlinger. Grunden til at hun ville være sygemeldt i *indtil videre* fire måneder var af hensyn til *ro og forudsigelighed* vedrørende *fremtidige* fertilitetsbehandlinger. På [behandlingshjem 1] forsøgte man allerede i løbet af 2015 at indrette stillingen, så gunstigt som muligt for [person 1] ved blandt andet at have udarbejdet arbejdsplan under særligt hensyn til hendes undervisning, opgaveskrivning og bevilget orlov. Endvidere blev hun fritaget fra arbejde med kort varsel, således hun kunne gennemføre fertilitetsbehandlingen. Arbejdsplanen blev indordnet således, at hun fik så mange dagvagter som muligt. Endelig blev hun tilbudt udelukkende at skulle varetage skåneopgaver, som eksempelvis at følge det pågældende barn i skole og overvære undervisningen med ham. De stillinger, som skulle besættes på [behandlingshjem 1], vedrørte alle funktioner, som hun på afskedigelsestidspunktet ikke så sig i stand til at udfylde. En omplacering syntes alene af denne grund ikke mulig, ligesom de i september

2015 opslåede stillinger vedrørte funktioner, som begge krævede langt mere af den enkelte pædagog. Idet hun ikke magtede konflikter og frygtede for, at børnene ville udnytte hendes sårbarhed, samt at hun ville være sygemeldt i indtil videre fire måneder, ses det ikke muligt for hende at varetage stillinger som de opslåede. På denne baggrund har [behandlingshjem 1] løftet sin del af bevisbyrden og derfor ikke handlet i strid med ligebehandlingsloven ved afskedigelsen af [person 1]. Såfremt retten finder, at [behandlingshjem 1] skal betale godtgørelse til [person 1], foreligger der i nærværende sag ikke skærpende omstændigheder, der medfører, at en eventuel godtgørelse skal fastsættes svarende til 12 måneders løn. Den bør således ikke overstige de 9 måneders løn, som Ligebehandlingsnævnet har fastsat.

Retten's begrundelse og afgørelse

På baggrund af forklaringen fra [person 1], der på dette punkt hverken imødegås af vidneforklaringerne eller på anden måde, lægger retten - som Ligebehandlingsnævnet også har anført i sin afgørelse - til grund, at [person 1] var i fertilitetsbehandling, da hun blev sagt op den 28. september 2015, og at ledelsen på [behandlingshjem 1] var bekendt hermed.

Hun var således omfattet af ligebehandlingslovens § 9, hvorefter en arbejdsgiver blandt andet ikke må opsig en lønmodtager på grund af graviditet, barsel eller adoption. Fertilitetsbehandling er efter praksis også omfattet af bestemmelsen.

Opsigelsen af [person 1] var ifølge dens ordlyd begrundet i hendes sygefravær på fuld tid siden den 13. marts 2015, tidligere sygemeldinger og ønske om praktik på en anden arbejdsplads. Desuden fremgår det af opsigelsen, at [person 1] vægter fertilitetsbehandlingen højere end behandlingen mod depression.

På baggrund heraf har [person 1] efter retten's vurdering som også anført af flertallet af medlemmerne i Ligebehandlingsnævnet påvist omstændigheder, der giver anledning til at formode, at opsigelsen af hende helt eller delvist var begrundet i hendes fertilitetsbehandling, mens [behandlingshjem 1] ikke har godtgjort, at opsigelsen var begrundet i andre forhold. Opsigelsen af [person 1] er derfor sket i strid med ligebehandlingslovens § 9 sammenholdt med § 16 a.

[person 1] har som følge heraf krav på at modtage en godtgørelse, jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 2. Under hensyn til, at hun på opsigelsestidspunktet den 28. september 2015 havde været ansat på [behandlingshjem 1] siden den 9. juni 2008, og dermed i godt 7 år, samt at der ikke foreligger oplysninger om, hvilken betydning opsigelsen i øvrigt har haft for [person 1], tiltræder retten, at godtgørelsen, som også Ligebehandlingsnævnet har gjort i sin afgørelse, skal fastsættes, så den svarer til 9 måneders løn, eller 265.000 kr. med rente som anført nedenfor.

Da [behandlingshjem 1] i det væsentlige har tabt sagen, skal institutionen betale sagsomkostninger til [person 1] med 54.000 kr. Af dette beløb er 4.000 kr. som kompensation for hendes udgift til betaling af retsafgift for den del af påstanden, som hun har fået medhold for, mens resten, 50.000 kr., er til dækning for hendes udgifter til advokatbistand. Ved fastsættelsen af det sidstnævnte beløb, der omfatter moms, har retten lagt vægt på størrelsen af beløbet, som [person 1] har fået medhold i, og sagens karakter, herunder at det ikke har medført merudgifter for [behandlingshjem 1], at hun har nedlagt en beløbsmæssigt videregående påstand, end hun har fået medhold i.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, [behandlingshjem 1], skal inden 14 dage betale 265.000 kr. med procesrente fra den 2. oktober 2015, og 54.000 kr. i sagsomkostninger til sagsøgeren, Ligebehandlingsnævnet som mandatar for [person 1]. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Michael Lynge Jensen

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Herning, den 29. maj 2017.

Jane Hvam, afdelingsleder