

Kendelse

af

25. september 2015

i

faglig voldgiftsag

FV2015.0048:

CO-industri

for

HK/Privat

for

A

(advokat Lidia Marie Chantal Bay)

mod

DI

for

Aviator Airport Services Denmark A/S

(advokat Iben Hjerrild Jurcenoks)

1. Uoverensstemmelsen

Sagen angår, om Aviator Airport Services Denmark A/S' afskedigelse af A er sket i strid med overenskomstens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, subsidiært om afskedigelsen er usaglig, og i givet fald, hvilken godtgørelse der skal tilkendes.

2. Påstande

Klager har nedlagt følgende påstande

1. Indklagede skal anerkende, at afskedigelsen af A er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap, jf. Industriens Funktionæroverenskomst, bilag 26.

Subsidiært skal indklagede anerkende, at afskedigelsen ikke er rimeligt begrundet i hverken As eller indklagedes forhold, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 3.

2. Indklagede skal til A betale en efter voldgiftsrettens skøn fastsat godtgørelse med tillæg af procesrenter fra voldgiftssagens anlæg til betaling sker.

Indklagede har påstået frifindelse.

3. Sagens behandling ved faglig voldgift

Sagen er den 7. september 2015 forhandlet for en faglig voldgiftsret med undertegnede, fhv. højesteretspræsident Børge Dahl, som formand og opmand og følgende partsudpegede sidekommere: Souschef Peter Faber, CO-industri, og faglig sekretær Vibeke Ansbjerg, HK, begge udpeget af CO-i, underdirektør Niels Grøn Fabeck, DI, og fagleder Lisbeth Walthersdorf Katafai, DI, begge udpeget af DI.

Der blev afgivet forklaring af A, Micha Jensen (tillidsrepræsentant, Aviator), Karsten K. Andersen (tidl. tillidsrepræsentant, Aviator), Rashid Ali (station manager, Aviator), Anne Marie Hollender (tidl. HR manager i Aviator) og Trine Aagesen (area manager, Aviator).

Da der efter procedure og votering ikke blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten var flertal for en afgørelse, skulle denne træffes af opmanden, som med en nærmere begrundelse tilkendegav, at indklagede måtte frifindes.

Parterne er enige om, at der kan afsiges kendelse uden fuldstændig sagsfremstilling og gengivelse af de afgivne forklaringer og parternes argumentation.

4. Overenskomstgrundlaget

Det hedder i Industriens Funktionæroverenskomst, bilag 26:

”Dansk Industri og CO-industri har indgået nedenstående aftale med henblik på at implementere bestemmelserne om alder og handicap i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000.

...

§ 1. Formål

Formålet med denne aftale er at hindre usaglig forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse på grund af alder eller handicap.

§ 2. Anvendelsesområde

Denne aftale finder anvendelse på alle ansatte, som er omfattet af de overenskomster, som er indgået mellem Dansk Industri og CO-industri.

§ 3. Ligebehandling

Parterne er enige om, at der ikke må ske forskelsbehandling af ansatte eller ansøgere på grund af alder eller handicap til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelser, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og ansættelsesvilkår, adgang til erhvervsuddannelse og omskoling, jf. dog §§ 4 og 5.

Stk. 2

Parterne er enige i, at der med forskelsbehandling forstås følgende:

- a. Direkte forskelsbehandling: Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af alder eller handicap behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller vil blive behandlet i en tilsvarende situation.
- b. Indirekte forskelsbehandling: Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, betingelse eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer med en bestemt alder eller et bestemt handicap ringere end andre personer. Dette gælder dog ikke, hvis den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige eller er en nødvendig passende foranstaltning i henhold til principperne i aftalens § 6 med henblik på at afhjælpe ufordelagtige virkninger heraf.

...

§ 4. Særligt vedrørende handicap

Der er mellem parterne enighed om, at der sker tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes.

Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give handicappede adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Hvis denne byrde i tilstrækkeligt omfang lettes gennem foranstaltninger, der er normale elementer i den danske handicappolitik, anses den ikke for at være uforholdsmæssig stor.

...

§ 6. Bevisbyrde

Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. §§ 2-5, 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.

...”

Det hedder i § 4 i Hovedaftalen mellem DA og LO bl.a.:

”*Stk. 3.* Ved afskedigelser af en arbejdstager må vilkårligheder ikke finde sted, og klager over påståede urimelige afskedigelser kan derfor behandles efter nedenstående regler.

...

- b) Hvis man fra arbejdstagerside hævder, at afskedigelsen er urimelig og ikke begrundet i arbejdstagerens eller virksomhedens forhold, kan afskedigelsen kræves behandlet lokalt mellem repræsentanter for virksomhedens ledelse og dens arbejdstagere. Den lokale forhandling skal være afsluttet inden for en frist af 14 dage fra underretning om afskedigelse.

...

- c) Opnås der ikke herved enighed, skal der, hvis det interesserede fagforbund (eventuelt centralledelse) begærer sagen videreført, omgående optages forhandling mellem organisationerne.
- d) Opnås der ikke herved enighed, har det interesserede fagforbund (eventuelt centralledelse) ret til at indgive klage til et af hovedorganisationerne nedsat Afskedigelsesnævn. ...

- e) Nævnet afsiger en motiveret kendelse. Hvis nævnet måtte finde, at den foretagne opsigelse er urimelig og ikke begrundet i arbejdstagerens eller virksomhedens forhold, kan nævnet efter påstand herom underkende opsigelsen, medmindre samarbejdet mellem virksomheden og arbejdstageren har lidt væsentlig eller må antages at ville lide væsentlig skade ved en fortsættelse af ansættelsesforholdet. Finder nævnet, at opsigelsen er urimelig, men at ansættelsesforholdet alligevel ikke skal fortsætte, eller nedlægges der påstand om godtgørelse for en urimelig afskedigelse, jf. ovenfor, kan nævnet bestemme, at virksomheden skal betale den pågældende en godtgørelse. Størrelsen af denne skal afhænge af sagens omstændigheder og ancienniteten af den uberettiget afskedigede arbejdstager. Godtgørelsen kan ikke overstige 52 ugers løn beregnet efter den afskedigede arbejdstagers gennemsnitsfortjeneste gennem det sidste år.

...”

I protokollat af 24. maj 2014 mellem DI og CO-industri om forum for afgørelse af sager efter Hovedaftalens § 4, stk. 3/Funktionærlovens § 2B i kombination med sager om urimelig afskedigelse efter Industriens Overenskomst og Industriens Funktionæroverenskomst hedder det:

”Parterne er enige om følgende:

I sager, hvor der fra forbundets side nedlægges påstand om, at der er sket en urimelig afskedigelse efter reglerne i Industriens Overenskomst eller Industriens Funktionæroverenskomst, og hvor rette forum for sagens afgørelse efter denne påstand er faglig voldgift, er parterne for sager, der rejses i indeværende overenskomstperiode, enige om, at den faglige voldgift tillige skal være forum for afgørelse af eventuelle påstande i samme sag om urimelig afskedigelse rejst efter reglerne i Hovedaftalens § 4, stk. 3, og/eller Funktionærlovens § 2b.

...”

5. Nærmere om handicap og arbejdsgivers pligt til at foretage tilpasninger

Det hedder i Højesterets dom af 11. august 2015 (sag 104/2014) med henvisning til Højesterets dom af 23. juni 2015 (sag 25/2014) bl.a.:

”*Handicap*

Som det fremgår af Højesterets dom af 23. juni 2015 (sag 25/2014) skal begrebet handicap i forskelsbehandlingsloven fortolkes i overensstemmelse med artikel 1 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet) samt EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C 337/11. Begrebet omfatter således 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. Bevisbyrden for, at der er tale om et handicap i lovens forstand, påhviler arbejdstageren.

...

Arbejdsgiverens pligt til at foretage tilpasninger

Efter forskelsbehandlingslovens § 2 a skal en arbejdsgiver træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til at udøve beskæftigelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssigt stor byrde, som ikke i tilstrækkeligt omfang lettes gennem offentlige foranstaltninger.

Som det fremgår af Højesterets dom af 23. juni 2015, er det en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, at arbejdstageren godtgør, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren var handicappet i lovens forstand.

...”

6. Opmandens bedømmelse af den konkrete sag

6.1. A blev den 20. november 2005 ansat som passagerassistent i Aviator Airport Services Denmark A/S (dengang Novia Danmark A/S). Hun blev den 30. maj 2014 – sammen med 20 andre – opsagt med individuelt opsigelsesvarsel, dvs. for hendes vedkommende til fratræden den 31. oktober 2014. Opsigelsen var i opsigelsesbrevet begrundet med ”den driftsmæssige situation”. Efter bevisførelsen må det da også lægges til grund, at reduktionen af medarbejderstaben med 21 alene skyldtes arbejdsmangel.

6.2. Der var på tidspunktet for afskedigelsen beskæftiget godt 250 i Aviator. Baggrunden for afskedigelsen af de 21 medarbejdere var, at Aviator tabte British Airways, Air Berlin og Niki som kunder og dermed mistede 12 % af den eksisterende trafik. Ifølge selskabets beregninger var der herefter 30 – 35 ansatte vedrørende passagerbetjening i overskud. Ledelsen besluttede at afskedige op imod 30 – et tal, som efter drøftelse med tillidsrepræsentanten blev nogle stykker lavere. Afdelingslederne udarbejdede sammen med HR-chefen en liste over, hvem selskabet bedst kunne undvære. Det skete, som ved tidligere afskedigelsesrunder, ud fra en helhedsvurdering under hensyn til attitude, performance, loyalitet, punktlighed, sygdom og advarsler. Der fremkom herved en liste med 26 navne. Denne liste blev forelagt for tillidsrepræsentanten, og

der var en drøftelse af hver enkelt. Disse drøftelser – og tillidsrepræsentantens appel til den øverste ledelse – mundede ud i, at 21 på listen blev afskediget.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at det for As vedkommende først og fremmest var hendes sygefravær, som var afgørende for, at hun endte blandt de 21. I året forud for opsigelsen havde hun været sygemeldt i 195 ud af 252 arbejdsdage svarende til en fraværsporcet på 77. I perioden maj 2010 – april 2014 havde A haft i alt 322 sygefraværdsdage svarende til en fraværsporcet på knap 25. Tillidsrepræsentanten havde under drøftelserne med ledelsen anført, at der var tale om reel, men forbigående sygdom, hvorfor det ikke burde være afgørende.

I en arbejdsmangelsituation som den foreliggende tilkommer det virksomheden ud fra saglige kriterier at vælge, hvem af de ansatte, der bedst kan undværes. De kriterier, som Aviator anvendte, herunder sygefravær, må alle anses for saglige, og det må efter bevisførelsen anses for godtgjort, at Aviators udvælgelse af de 21 alene er sket ud fra en samlet vurdering af, hvem selskabet bedst kunne undvære.

Der er herefter for så vidt ikke grundlag for at fastslå, at der ved afskedigelsen af A er sket tilsidesættelse af Hovedaftalens § 4, stk. 3.

6.3. Det er imidlertid klagers opfattelse, at Aviator ved at lægge vægt på As sygefravær har udsat hende for forskelsbehandling på grund af handicap i strid med bilag 26 til Industriens Funktionsnæroverenskomst. Det er endvidere klagers opfattelse, at det var usagligt og i strid med ligebehandlingsloven at inddrage graviditetsbetinget sygefravær i 23 dage mindre end 2 måneder før afskedigelsen ved vurderingen af, hvem virksomheden bedst kunne undvære. Det er desuden klagers opfattelse, at Aviator har handlet i strid med loven om lønmodtageres ret til fravær fra arbejde af særlige familiemæssige årsager ved at lægge vægt på fravær i 2010, som hun var berettiget til i medfør af nævnte lov, men som var registreret som sygefravær.

6.3.1. Om de 23 dages fravær i foråret 2014 lægges det efter bevisførelsen til grund, at det omfattede fravær som følge af en provokeret abort begrundet i fostermisdannelse, men at fraværet i øvrigt skyldtes en flerhed af faktorer, herunder at hendes kæreste brød med hende, idet summen

af disse belastninger udløste – som det hedder i den fremlagte lægeerklæring – ”en akut belastningsreaktion”.

Klager har henvist til ligebehandlingslovens §§ 9, 14, 16 og 16a. Efter klagers påstande omfatter sagen imidlertid ikke krav baseret på denne lov. I øvrigt bemærkes, at A ikke blev afskediget, fordi hun havde været syg, men på grund af arbejdsmangel. At der blev taget hensyn til hendes omfattende sygefravær, bliver ikke usagligt efter Hovedaftalens § 4, stk. 3, fordi nogle få dages sygefravær var graviditetsbetinget.

6.3.2. Om As sygefravær medio 2010 lægges det efter bevisførelsen til grund, at fraværet skyldtes, at hendes mor havde kræft i den terminale fase, og at Aviator accepterede, at fraværet blev registreret som lovligt forfald i form af sygdom.

Klager har henvist til sygefraværslovens § 4. Efter klagers påstand omfatter sagen imidlertid ikke krav baseret på denne lov. I øvrigt bemærkes også hertil, at A ikke blev afskediget, fordi hun havde været syg, men på grund af arbejdsmangel. At der blev taget hensyn til hendes omfattende sygefravær bliver ikke usagligt efter Hovedaftalens § 4, stk. 3, fordi der år tilbage var en fraværperiode af en karakter som nævnt, som ikke kan antages at være tillagt særlig betydning ved bedømmelsen af, hvem Aviator bedst kunne undvære i 2014.

6.3.3. Hvad handicap angår, er det klagers opfattelse, at A led af handicap både som følge af leddegigt og som følge af sprængt akillessene, at Aviator tilsidesatte sin afhjælpningsforpligtelse, og at dette havde betydning for As sygefravær og attitude mv., hvorfor hensyntagen hertil ved afskedigelsen af hende udgør forskelsbehandling på grund af handicap i strid med bilag 26 til Industriens Funktionæroverenskomst.

6.3.3.1. Arbejdet som passagerassistent omfatter check-in af passagerer og anden passagerbetjening i forbindelse med flyafgang og ankomst, herunder ”gate”-opgaver og ”floor”-opgaver, dvs. opgaver på ”gulvet” i lufthavnen, f.eks. med at få passagererne i den rigtige kø, ledsage børn, der rejser alene osv. Visse opgaver løses uden for en ”gate”, ligesom transport fra en gate til en anden ofte på grund af de store afstande foregår med bil udenfor.

6.3.3.2. I april 2013 rev A sin akillessene over. Hun var som følge heraf sygemeldt i en længere periode. I oktober sprang akillessenen igen. Hun var som følge heraf atter sygemeldt i en længere periode.

Af lægeerklæring af 22. oktober 2013 fra Gildhøj Privathospital fremgår, at A præoperativt sættes ind i problematikken omkring hendes akillessene, at der anses at være øget risiko for ruptur, da akillessenen nu formodes at være kronisk beskadiget, at der gøres ”dobbelt Bonelsutur med PDS, yderligere forstærkning med vicryl 1 knuder på hvilket senen bliver ganske stabil”, og at hun skal være forberedt på ”8 ugers immobilisering i skinne og walker”.

I lægeerklæring fra Gildhøj Privathospital af 25. august 2015 hedder det bl.a.:

”Forundersøgelse ve. achillessene.

Anamnese

Kommer som selvbetalers mhp. en status omkring hendes ve. achillessene.

Pt. har haft et langt forløb tilbage fra efteråret 2013, hvor pt. blev set her første gang midten af oktober.

Efter Achillesseneruptur d. 24.04 primært behl. på Roskilde sygehus, konservativt. Ruptur ca. 10.10.14, hvor der på ny gøres klar til konservativ behl., hvorfor pt. kommer her. Hun bliver UL-scannet med påvisning af dels akut skade, dels en kronisk skade sv.t. den tidligere beskrevne Achillesseneruptur.

Opereres d. 22.10.14 hvor man finder en to cm bred diastase med to nekrotiske frakturer med tegn på ruptur i den tidligere helet Achillesseneskade.

Der foretages end-to-end anastomose og pt. rehabiliteres efter gængse principper. Afsluttes med et relativt tilfredsstillende resultat.

...

Aktuelt har pt. fornemmelse af en forkortet stiv Achillessene med fortykkelse og ømhed, men er egentlig tilfreds med funktionen i dagligdagen.

...

Objektivt

Går med let halten og afkortede skridtlængde på ve. UE.

Achillessenen nydelig kalibreret, men ved palp. er der klar fortykkelse og ømhed i hele Achillessenens forløb.

Der er god kraft idet tå-/ og hæl gang klares normalt, men pt. kan ikke gå i hug uden at løfte ve. hæl fra lejet.

Passivt er der på hø. side en dorsi fleksion på 45 grader, på ve. side 20 grader.

Således en status efter Achillesseneforløb med fornemmelse af forkortet og stivhed og kronisk irritation omkring Achillessenen.

Behl. mæssigt er der næppe yderligere at gøre og status er således efter Achilleseneruptur og re-ruptur, en helet Achillesene med nedsat bevægelighed og nedsat eftergivelighed. Man må forvente, at fremtiden vil være uændret, idet status skønnes stationær. Pt. må lære at tilvende sig sine begrænsninger, idet unødigt stress på Achillesenen vil forværre inflammationen og øge risikoen for fornyet ruptur.”

Der foreligger ikke yderligere lægelige oplysninger om akillessenen.

På denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt er der ikke grundlag for at antage at As brud på akillessenen har påført hende en funktionsbegrænsning af betydning for hendes arbejde, som giver grundlag for at anse hende for handicappet.

Til klagers synspunkt, at afskedigelsen er usaglig, fordi der fuldt ud er taget hensyn til de to langvarige akillessenesygdomsperioder, selv om hun halvvejs inde i begge tilbød at arbejde på deltid med opgaver, som ikke krævede, at hun skulle bevæge sig, hvad Aviator ikke fandt at kunne gøre brug af, bemærkes, at det ikke gør nogen forskel for saglighedsbedømmelsen efter Hovedaftalens § 4, stk. 3, om disse to sygeperioder havde været halvt så lange.

6.3.3.3. Om As leddegigt hedder det i lægejournal af 1. november 2011 fra Gildhøj Privathospital bl.a., at hun har ”affektion i hænder og fødder med klinisk gigtaktivitet”, hun anvises medicin, MTX m.v., og kontrol primo december, ligesom der skrives attest om fritagelse for at gå i højhælede sko. I den opfølgende lægejournal af 7. december 2011 hedder det:

”Kontrol af seropositiv RA. Opstartet MTX med rigtig god effekt, har nu kun diskrete gener i en enkelt finger og ingen nævneværdig morgenstivhed. Døjer med bivirkninger i form af opkastning og kvalme samme dag.

Blodprøver viser normale levertal og upåfaldende forhold i øvrigt.

Vi aftaler

cont. MTX 15 mg mandag

cresc. folinsyre øvrige dage

Tilstanden virker nu under kontrol, og pt. kan for så vidt overgå til lokal reumatologisk amb. på Køge Sygehus, hvortil pt. henvises.

Der foreslås første kontrol om 3 mdr.

AFSLUTTES herfra”

I udtalelse af 12. december 2013 fra Køge Sygehus, Reumatologisk ambulatorium, til A hedder det:

”Til rette vedkommende.

Angående ovenstående [A].

Patienten følges i reumatologisk ambulatorium grundet seropositiv reumatoid artrit. Herudover er patienten kendt med Raynauds fænomen, kommer til udtryk ved udtalt kulde hvor kroppens små arterioler i fingre og tæer kan gå i spastisk krampe, hvilket medfører mangelfuld blodtilførelse til væv.

Ved dette fænomen er det vigtigt at holde sine fingre og evt. tæer tilstrækkeligt varme og tørre, termohandsker og sokker kan anbefales, men holde samtidigt, så vidt muligt, hele kroppen varm da tilfældene kan opstå når man afkøles selvom hænderne er beskyttede.

Det anbefales derfor, at ovenstående forholdsregler tages i brug, også arbejdsmæssigt hvor dette tillader det.”

Der foreligger ikke yderligere lægelige oplysninger om hendes gigt.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at A på afskedigelsestidspunktet havde en mild velbehandlet leddegigt, som nødvendiggjorde, at hun gik i fladt fodtøj og klædte sig varmt på ved udendørsaktiviteter – foranstaltninger, som ikke hindrede hende i at udføre sig arbejde som passagerassistent på lige fod med andre passagerassistenter.

Det lægges efter bevisførelsen endvidere til grund, at A i forbindelse med medicinomlægning i februar 2013 havde behov for særlig hensyntagen og derfor i en periode på godt 2 måneder alene fik tildelt check-in eller gater, men ikke ellers har henvendt sig til nogen i Aviator om behov for særlige vilkår som følge af gigt. Det lægges også til grund, at hun ikke havde noget sygefravær som følge af leddegigt, bortset fra en enkelt dag i 2013, og at hun aktivt dyrkede sport – skovkørsel på mountainbike og indtil beskadigelsen af akillessenen håndbold og ski.

På denne baggrund må det konstateres, at As leddegigt ikke på opsigelsestidspunktet havde medført en sådan funktionsbegrænsning, at hun kunne anses for handicappet som følge af leddegigt.

6.3.3.4. Da A ikke kan anses for at have været handicappet på afskedigelsestidspunktet, hverken som følge af akillessenesprængning eller som følge af leddegigt, foreligger der ikke noget handicapudløst sygefravær og derfor heller ikke nogen forskelsbehandling som følge af handicap.

6.3.3.5. Det følger af det, som er anført under 6.3.3.2. – 4 om akillessene- og leddegigtproblemer, at indklagede må frifindes for klagers principale påstand 1.

Det følger af det, som er anført under 6.2., 6.3.1., 6.3.2 og 6.3.3.2., at der ikke foreligger omstændigheder, som kan begrunde, at klager får medhold i sin subsidiære påstand 1.

6.3.3.6. Af en frifindelse for klagers påstand 1 følger en frifindelse for klagers påstand 2, som udspringer af påstand 1.

Herefter skal indklagede i det hele frifindes.

Thi bestemmes:

DI for Aviator Airport Services Denmark A/S frifindes.

Hver part bærer egne omkostninger ved sagens behandling og halvdelen af udgiften til opmand.

Børge Dahl