

## TILKENDEGIVELSE

i Afskedigelsesnævnets sag nr.: 20190224.

Dansk Jernbaneforbund

for

A

(advokatfuldmægtig Mathias Bukhave)

mod

DI

for

DSB

(advokat Sussi Skovgaard-Holm)

Sagen blev mundtligt forhandlet den 18. november 2019 kl. 14:30 med højesteretsdommer Marianne Højgaard Pedersen som nævnsformand og opmand.

Der blev afgivet forklaring af A, fællestillidsrepræsentant for togpersonalet B og togpersonaleleder C.

Klager har nedlagt påstand om, at indklagede tilpligtes at betale en skønsmæssigt fastsat godtgørelse på 460.524 kr. svarende til 12 måneders løn inkl. arbejdsgivers pensionsbidrag.

Indklagede har principalt nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

### Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun er i dag 48 år gammel. Hun blev ansat som togfører hos DSB i februar 1998. Hun havde således en anciennitet på næsten 21 år, da hun blev afskediget. Hun blev diagnosticeret med en kronisk tarmsygdom i 2004 og fik derfor tilkendt et fleksjob. Fra 2008 var fleksjobbet på 15 arbejdstimer fordelt på to dage om ugen. Hun kunne sagtens klare at arbejde de to dage om ugen, men hun kunne ikke klare mere end det, da den kroniske tarmsygdom medfører konstant træthed. Hun blev diagnosticeret med brystkræft i marts 2018, og hun oplevede nu træthed forårsaget af både kemoterapien og den kroniske tarmsygdom.

Hun var til en fraværssamtale den 26. september 2018. Hun foreslog, at hun skulle indsluses for at se, hvor meget hun kunne klare. Hun blev bedt om at komme med en mulighedserklæring. Mulighedserklæringen blev drøftet på en fraværssamtale den 9. oktober 2018. Hun var ikke enig i C's konklusion i referatet om, at hun skulle starte op med at generhverve sin operatørtest, men hun måtte prøve at klare det, hvis det var kravet. Der blev ikke talt om, hvorvidt hun kunne tage sin operatørtest på anden vis. Hun var til en sikkerhedstest den 6. november 2018, og der blev lagt en plan for kørsel med en praktikindehaver. Under kørslen med praktikindehaveren oplevede hun koncentrationsbesvær.

Det gik godt først på dagen, men hun kunne ikke røre sig dagen efter. Hun blev derfor sygemeldt. Sygemeldingen blev vendt på en fraværssamtale den 7. december 2018, hvorunder hun blev bedt om at lave en friattest. Friattesten bliver drøftet til en fraværssamtale den 8. januar 2019. C syntes, at friattesten var kort og ufyldstgørende, men de talte ikke om, at hun skulle indhente en ny friattest. Hun blev afskediget kort tid efter. Hun talte ikke med C om sit helbred i opsigelsesperioden. Hun arbejdede tre timer to dage om ugen på perronen fra 10. december og i opsigelsesperioden. Det gik stille og roligt bedre, da hun kun arbejdede tre timer de to dage om ugen. Hun servicerede kunderne på perronen såsom ved at besvare spørgsmål om hvilket tog, de skulle med.

B har forklaret bl.a., at han har arbejdet i DSB i knapt 12 år. Han er fællestillidsrepræsentant for togpersonalet i DSB. Han har været vagtplanansvarlig for togpersonalet på København Hovedbanegård i tre år. Det ville have været muligt at planlægge generhvervsfasen, så A fik nogle kortere dage. På Københavns Hovedbanegård har de gode muligheder for at planlægge ture af kortere varighed.

C har forklaret bl.a., at han har været togpersonaleleder siden oktober 2007. Togføreren er bl.a. ansvarlig for passagerens sikkerhed under kørslen og skal derfor have en operatørattest. Togførere skal endvidere helbredsgodkendes hos Trafikstyrelsen. Medarbejderen selv skal sørge for at blive helbredsgodkendt.

Han har været leder for A, siden han blev togpersonaleleder. De har haft nogle fraværssamtaler i nogle perioder med højt fravær. Der var ikke noget i perioden op til, hun blev syg i marts 2018. Han stillede sig på sidelinjen i den periode, hvor hun modtog behandling, da hun skulle bruge sin energi på at komme igennem behandlingsforløbet. De holdte en telefonisk sygefraværssamtale den 27. august 2018, da hun havde afsluttet behandlingen. Han skrev som sædvanligt under fraværssamtaler ned, hvad de snakkede om, hvorefter han læste det op, så hun kunne komme med indsigelser. Efter at han havde skrevet referatet, fik A en kopi og skrev under. De holdt en ny fraværssamtale den 9. oktober 2018. A havde en tillidsrepræsentant med som bisidder. Derefter blev udarbejdet en plan for generhvervelse af operatørattest. Han regnede med, at planen for hendes generhvervelse af operatørattest ville blive fulgt. Planen gik ud på, at hun skulle generhverve sin operatørattest på fire dage fordelt over to uger. Det ville ikke give mening at generhverve sin operatørattest få timer af sagen fordelt over mange dage. Hvis man ikke kan klare mere end få timer ad gangen, er det for tidligt at generhverve sin operatørattest. De holdt en tredje fraværssamtale den 7. december 2018. Han forsøgte at få A til at beskrive, hvad der var svært for hende ved at vende tilbage. De aftalte, at hun skulle indhente en lægeattest og arbejde på perronen. Perronarbejde bruges, når syge medarbejdere skal starte op igen under skånehensyn. Der er ingen medarbejdere, der er ansat til kun at være på perronen. Den næste fraværssamtale fandt sted den 8. januar 2019. Der var i mellemtiden indhentet en lægeerklæring fra hendes egen læge. De talte om friattesten og om, at han syntes, at den var meget kort og ikke særligt beskrivende. Lægen beskrev ikke så meget af, hvad DSB havde spurgt om. A støttede op om det, lægen havde skrevet.

## **Procedure**

Klager har navnlig gjort gældende, at der er sket forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingsloven. A's kroniske tarmsygdom udgør et handicap, og hendes kræftsygdom udgør i sig selv et handicap efter forskelsbehandlingsloven. Der er tale om et handicap, hvis der er en dokumenteret funktionsnedsættelse, der medfører en begrænsning i arbejdsevnen, og begrænsningen er af lang varighed. A var erhvervsmæssigt begrænset i godt og vel 11 måneder efter kræftsygdommen. Begrænsningen herefter blev af lægen anslået noget usikkert til at vare fire måneder. Fra DSB's side havde man på opsigelsestidspunktet den opfattelse, at prognosen var usikker. I Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 10. august 2016 var den erhvervsmæssige begrænsning cirka 11 måneder, og prognosen var

usikker. Det blev vurderet af lang varighed. Dette betyder, at kræftsygdommen tilsvarende var et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Da A var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, havde DSB en tilpasningsforpligtelse, jf. forskelsbehandlingslovens § 2 a. Selv hvis kun tarmsygdommen er et handicap, har DSB stadig tilpasningsforpligtelse, da kræftsygdommen havde en forværende virkning på hendes kroniske tarmsygdom. Der kan således ikke skarpt sondres mellem begrænsningerne som følge af den kroniske tarmsygdom og kræftsygdommen. Indklagede skal kunne godtgøre, at DSB har overholdt tilpasningsforpligtelsen. Der skal meget til, før tilpasning bliver en uforholdsmæssig stor byrde for DSB. Man kan sagtens planlægge vagter for togførere af cirka tre timers varighed. Det er også muligt at planlægge sådanne vagter ved generhvervelse af operatørattesten. Nedsættelse af arbejdstid kan udgøre en tilpasningsforanstaltning. Der blev ikke taget hensyn til, at A ikke kunne arbejde en fuld arbejdsdag. Det kan herefter konkluderes, at hun blev forskelsbehandlet på grund af handicap, og at hun med visse tilpasninger ville have kunnet varetage sit arbejde.

For det tilfælde, at Afskedigelsesnævnet måtte komme frem til, at der ikke er tale om forskelsbehandling, gøres det gældende, at afskedigelsen af A var usaglig, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 3. Der blev ikke taget hensyn til, at hun var ved at komme tilbage efter en periode med alvorlig sygdom. DSB burde have tilvejebragt yderligere lægelige informationer inden afskedigelse. Det var ikke sagligt at afskedige hende, selvom der ville gå mere end et par måneder, før hun kunne komme tilbage på almindelig tid, jf. faglig voldgiftskendelse af 23. november 2006.

Godtgørelse på grund af forskelsbehandling bør under hensyn til hendes lange anciennitet fastsættes til 12 måneders løn, subsidiært bør godtgørelse for usaglig afskedigelse på grund af lang anciennitet fastsættes til halvanden uges løn pr. ansættelsesår

Indklagede har gjort gældende, at både operatørattesten og helbredsgodkendelsen er ufravigelige krav til en togfører, og A var ikke i stand til at generhverve sin operatørattest, og hun var heller ikke blevet helbredsgodkendt.

Handicapbegrebet skal fortolkes i overensstemmelse i EU-Domstolens praksis, jf. herved EU-Domstolens dom af 11. april 2013 (Ring og Werge), præmis 41-42, og EU-Domstolens dom af 1. december 2016, præmis 59. Den retsstilling, der blev fastslået i disse domme, har Højesteret sidenhen lagt til grund, jf. herved Højesterets dom af 22. november 2017. Arbejdstageren har bevisbyrden for, at der foreligger handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Handicap er ligegyldigt, hvis afskedigelsen ikke var begrundet i forhold forårsaget af handicappet, jf. Vestre Landsrets dom af 8. januar 2019 og dom af 11. oktober 2018.

Handicap medfører en tilpasningsforpligtelse for arbejdsgiveren. Forpligtelsen skal imidlertid afvejes over for bemærkningerne i beskæftigelsesdirektivet, jf. bemærkning 17: "Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse." Der er således ikke pligt til at bevare ansættelsen, hvis der ikke er udsigt til at medarbejderen kan varetage arbejdets væsentlige funktioner

Kravene til togførere i forhold til uddannelse, erhvervelse og generhvervelse af operatørattest, helbredsgodkendelse og fornyelse følger af lovgivning og er ikke fastsat vilkårligt af DSB.

A blev diagnosticeret med en kronisk tarmsygdom i 2004 og med en kræftsygdom i 2018. Hun har været i fleksjob siden 2005. Der blev med fleksjobbet taget højde for de skåne-

behov, som den kroniske tarmlidelse medførte. Selvom lidelsen var et handicap i handicaplovens forstand, har DSB opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Opsigelsen af hende var alene begrundet i hendes sygefravær. Det er udokumenteret, at tarmlidelsen havde indvirkning på konsekvenserne af kræftsygdommen. Der er derfor ikke udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af handicap. Det er tilstanden på opsigelsestidspunktet, der er relevant. Opsigelsesprocessen blev sat i gang, da A blev partshørt den 15. januar 2019. Hun havde da været sygemeldt siden den 15. marts 2019 – den sidste tid på deltid. Hun ønskede at vende tilbage til arbejdet hurtigt, og der var blevet lagt en plan for generhvervelse af operatørrattest. Det har formodningen imod sig, at hun var imod planen. A var derfor ikke handicappet på opsigelsestidspunktet.

A kunne hverken opfylde kravene til helbredsgodkendelse eller sikkerhedsgodkendelse. Hun var derfor ikke egnet, kompetent og disponibel til at være togfører 15 timer om ugen. DSB har søgt at tage hensyn til skånebehov ved at indlægge fridage mellem praktikedagene. DSB har dermed løftet bevisbyrden for, at mulighed for tilpasning var afdækket på opsigelsestidspunktet.

Sygdom kan være saglig grund til opsigelse af medarbejder, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 3. Opsigelse efter mere end ti måneders sygemelding med udsigt til flere måneders sygemelding er saglig.

En eventuel godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven skal fastsættes konkret, og der skal tages hensyn til, at hun kun arbejdede 15 timer om ugen. En eventuel godtgørelse efter Hovedaftalen ved længerevarende anciennitet er som udgangspunkt en uges løn pr. ansættelsesår.

Der har ikke mellem de af organisationerne udpegede medlemmer af Afskedigelsesnævnet kunnet opnås flertal for en afgørelse af sagen, og afgørelsen træffes derfor af Nævnets formand som opmand. Parterne erklærede sig enige i, at sagen kan afgøres – uden kendelse – i overensstemmelse med opmandens tilkendegivelse.

## **OPMANDEN UDTALTE:**

### *Forskelsbehandlingsloven*

A lider af en kronisk tarmlidelse, som i mange år har været kompenseret ved, at hun arbejdede 15 timer to dage om ugen. Den kroniske lidelse forhindrede hende således ikke i at arbejde to fulde dage om ugen. Hun fik i marts 2018 konstateret brystkræft. Hun blev opereret samme måned og var efterfølgende i kemoterapibehandling indtil den 23. august 2018. Hun var herefter efter det oplyste ikke længere syg af kræft, men hun havde bivirkninger efter kemoterapien. Bivirkningerne var dog, jf. lægeerklæring fra september 2018, aftaget i væsentlig grad. Det var dog ikke i november tilrådeligt, at hun arbejdede mere end to timer med lettere opgaver. I december oplevede hun kun koncentrationsbesvær og ikke længere tale- og bevægelsesbesvær.

På denne baggrund finder jeg det ikke godtgjort, at A på opsigelsestidspunktet i januar 2019 var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand ud over den kroniske tarmlidelse, som hendes fleksjob kompenserede for.

### *Hovedaftalens § 4, stk. 3*

Da A den 30. januar 2019 blev opsagt fra sit job som togfører, havde hun været sygemeldt fra den 5. marts 2018. Efter egen læges erklæring af 19. december 2018 var hun kun i stand til at arbejde 3 timer to dage om ugen, og hun var på grund af sin helbredstilstand ikke i stand til at varetage togførerfunktionen. Tidshorizonten for, at hun kunne overgå til sin oprindelige arbejdstid, blev skønnet til ca. 4 måneder.

På denne baggrund finder jeg opsigelsen af A sagligt begrundet i hendes sygefravær.  
Indklagede frifindes derfor for klagers påstand.

Klager skal betale opmandens honorar.

København, den 19. november 2019

Marianne Højgaard Pedersen