

Kendelse

Afsagt den 24. oktober 2022

i

faglig voldgift FV 2022-744

Gymnasieskolernes Lærerforening

For

A

(advokat Karen Margrethe Schebye)

mod

Medarbejder- og Kompetencestyrelsen

For

Gymnasium 1

(advokat Marianne Lage)

1. Tvisten

Denne sag angår, om Gymnasium 1s afskedigelse af A var i strid med forskelsbehandlingsloven eller i øvrigt usaglig.

2. Påstande mv.

Klager, Gymnasieskolernes Lærerforening for A, har nedlagt påstand om, at Gymnasium 1 til A skal betale en af voldgiftsretten fastsat godtgørelse med procesrente fra sagens indbringelse for voldgiftsretten.

Indklagede, Medarbejder- og Kompetencestyrelsen for Gymnasium 1 har nedlagt påstand om frifindelse.

3. Sagens behandling

Sagen blev mundtligt forhandlet den 10. oktober 2022 hos Medarbejder- og Kompetencestyrelsen, Landgreven 4, 1301 København K, for en faglig voldgift med følgende partsudpegede medlemmer:

Udpeget af klager: juridisk konsulent Hanne Krag og juridisk konsulent Tina Barming, begge GL.

Udpeget af indklagede: teamleder Camilla Lindqvist og kontorchef Carl Erik Johansen, begge Medarbejder og Kompetencestyrelsen.

Som opmand deltog højesteretsdommer Anne Louise Bormann.

Der blev under den mundtlige forhandling afgivet forklaring af A, tillidsrepræsentant B, rektor C og vicerektor D.

Efter forhandling og votering kunne der ikke opnås enighed om eller flertal for en afgørelse blandt de partsudpegede medlemmer af voldgiftsretten. Afgørelsen skal derfor træffes af opmanden.

4. Sagens omstændigheder

A, der er uddannet molekylærbiolog, blev den 1. august 2010 ansat som gymnasielærer på Gymnasium 1. På grund af hendes søn, Es særlige behov fik hun fra den 21. maj 2018 orlov uden løn og fik godtgjort tabt arbejdsfortjeneste efter servicelovens § 42. Forud for orloven var hun ansat på deltid med 27 ³/₄ ugentlige arbejdstimer.

Af et referat af møde i gymnasiets bestyrelse den 2. december 2019 fremgår bl.a., at der var udsigt til en fortsat kapacitetsbegrænsning fra 10 til 9 klasser pr. årgang, og at dette ville påvirke de faste læreres arbejdsbelastning og medføre en reduktion i lønudgift på 10 % svarende til 4,4 mio. kr.

Af et referat af møde i samarbejdsudvalget den 10. december 2019 fremgår, at processen for afskedigelser blev drøftet.

Den 5. februar 2020 blev A partshørt over en påtænkt afskedigelse på grund af besparelser. Som begrundelse er anført, at gymnasiet for andet år i træk var blevet kapacitetsbegrænset, og at ledelsen ved udvælgelsen af undervisere til afskedigelse har lagt vægt på følgende to kriterier, hvoraf det første er det vigtigste:

”Læreren underviser i fag, hvor skolen vil få for mange fastansatte i forhold til det forventede antal hold.

En helhedsvurdering af lærerens kvalifikationer i relation til opgavevaretagelsen.”

Den 20. februar 2020 blev A bevilget forlængelse af sin orlov frem til 31. december 2020, og den 26. februar skrev rektor C til hende, at afskedigelsen blev trukket tilbage, og at hun ”i stedet” blev bevilget orlov uden løn i hele 2020.

Ved mail af 23. april 2020 skrev C til A og gjorde hende opmærksom på, at der var ledige stillinger på andre gymnasier og tilbød at give hende en personlig anbefaling, hvis hun valgte at søge. Hun tilbød hende endvidere et møde.

A takkede for tilbuddet om møde, som hun ville benytte, hvis hun fik brug for det. Hun skrev endvidere, at det gik bedre med E, som havde fået skoletilbud pr. 1. august, og at hun havde mulighed for at tage nogle opgaver på skolen.

C svarede hertil, at de håbede at få en klasse tilbage, så der blev penge til at aflønne flere lærere.

Den 15. juni 2020 blev A på ny partshørt over en påtænkt afskedigelse. Begrundelsen og kriterierne var de samme som i den tidligere partshøring.

Af As svar på partshøringen fremgår bl.a.:

”På mødet d. 15/6-20, hvor jeg sammen med min TR som bisidder var til samtale med C omkring indstillingen til min opsigelse, fik jeg svar på spørgsmål, der undrede mig. C anerkendte under samtalen:

- At der er oprettet flere tidsbegrænsede stillinger end nødvendigt
- At min fastansættelse ikke var i overvejelserne, da den seneste tidsbegrænsede stilling blev oprettet
- At jeg ikke har været tænkt ind i forhold til planlægningen af timefagfordelingen, men at en rokering kan skabe timer i mit fag
- At Gymnasium 1 ikke har udvist social ansvarlighed i forhold til min sag”

Den 19. juni 2020 skrev vicerektor D til F, som også havde været biologilærer på Gymnasium 1, men var blevet afskediget i februar 2020, og tilbød hende, at hun kunne få nogle timer i biologi i det næste skoleår. F svarede, at hun ikke var interesseret, da hun havde fået andet arbejde, men at hun mente, at A måtte stå forrest i køen til de timer.

Den 29. juni 2020 blev A afskediget til fratræden ved udgangen af december 2020.

Der er fremlagt to oversigter over, hvordan timefagfordelingen kunne justeres, så nogle af de timer, der var tiltænkt løstansatte undervisere, kunne varetages af andre lærere, således at der kunne frigives biologitimer til A. Den ene oversigt giver mulighed for at give A end stilling med 27 $\frac{3}{4}$ timer som hidtil og indeholder

et stort antal ændringer, herunder at A skulle gennemføre undervisningen fra 1. januar 2021 som et ”turboforløb”, hvor et års undervisning gennemføres på et halvt år.

Den anden oversigt indeholder mindre vidtgående ændringer, der giver mulighed for at give A et mindre antal timer, og indeholder bl.a. et forslag om, at to lærere afgiver et biologihold til A og i stedet tager de idrætstimer, som vikaren G var ansat til at tage.

5. Forklaringer

A har forklaret bl.a., at hun er uddannet molekylærbiolog og blev fastansat på Gymnasium 1 i 2010 på fuld tid. Noget tid før sin orlov gik hun ned i tid til 27 ³/₄ timer ugentligt. Hun underviste da 4 biologihold og var desuden bl.a. teamlærer med ansvar for en classes trivsel, en del af skolens mentorkorps, pædagogikumsvejleder og kontaktlærer for ungdomsskolen.

Hendes søn, E, blev født i 2009 og udviklede sig normalt indtil sommeren 2017, hvor han udviklede angst og OCD og kom i behandling på hospital 1. Hans tilstand blev værre, og han udviklede skolevægring, så hun ofte måtte tage ham med på gymnasiet. I november 2017 besluttede hendes mand at tage fri en måned for at hjælpe ham, men det blev ikke bedre, og manden måtte tage orlov, hvor kommunen betalte tabt arbejdsfortjeneste efter servicelovens § 42.

Es tilstand blev stadig forværret, og kommunen bevilgede en såkaldt multisystemisk indsats, som er den mest vidtgående indsats, kommunen kan tilbyde for at støtte et barn med en psykisk lidelse. I maj 2018 søgte hun selv orlov og fik det bevilget uden problemer. Hun troede da, at det ville vare et halvt år. Es tilstand blev stadig værre, og han skulle overvåges 24 timer i døgnet, da han ellers ville skade sig selv. Hendes orlov blev løbende forlænget. Hun var meget åben om sin situation og skrev mails herom til rektor og sine kolleger på skolen.

I januar 2020 havde hun et orlovsmøde med C, hvor hun talte om sin situation, herunder at hun håbede på at få et skoletilbud til E, så hun kunne vende tilbage

til skolen i efteråret 2020 eller helst før. De aftalte at forlænge orloven til 1. maj 2020. Hun sagde, at hun havde fået aflastning og gerne ville tage små opgaver på skolen, og det var C imødekomende overfor. Hun hørte ikke på det tidspunkt fra C om, at der skulle ske afskedigelser, men hun hørte om det fra andre. Hun kom jævnligt til møder og sociale arrangementer på skolen.

Da hun modtog høringskrivelsen om påtænkt afskedigelse, var hun på vej på skiferie, og hun aftalte at mødes med C, når hun var tilbage. Hun talte med GL, sin A-kasse og sin sagsbehandler i kommunen, og sagsbehandleren i kommunen ringede til B og fortalte, at det ville være dårligt at afskedige hende, fordi hun og hendes familie havde det så svært. Det videreformidlede B til ledelsen, og afskedigelsen blev trukket tilbage og hendes orlov forlænget til december 2020. Hun mener, at hendes sagsbehandler var med til at lave aftalen, der jo ikke kostede skolen noget.

Hun havde på det tidspunkt ikke fået et skoletilbud til sin søn, men hun kunne godt have påtaget sig et biologihold. Hun sagde til C, at hun gerne ville tage nogle opgaver. Hun svarede, at der ikke var sat penge af til det, og nu måtte de jo se, hvad der skete. Hun kunne opsig orloven med 12 ugers varsel. Hun mener ikke, at hun nævnte det for C. Hun husker heller ikke at have nævnt, at hun kunne påtage sig undervisning, men det lå jo i, at hun kunne tage opgaver.

B ringede til hende i juni og fortalte hende, at hun ville få et varsel om afskedigelse. Hun blev overrasket. Hun kunne se, at der var timer i opgavefordelingen. Det var et åbent dokument, hvor hun kunne følge med. Hun kunne se, at G, som havde været vikar for hende, blev genansat nu som vikar i idræt, men man kunne have rykket timerne, så der blev plads til hende.

Hun var til møde med C den 15. juni 2020. Hun var vred. Hun spurgte til ansættelsen af G og, hvorfor hun ikke var blevet inddraget. Hun fik at vide, at hun jo var på orlov, og at hendes sag bare havde ligget.

C sagde, at de godt kunne have fundet 10-15 % af en stilling til hende, men ”det er du vel ikke interesseret i”. Hun svarede, at det var hun netop.

B tog noter under mødet. Hun fik ikke hans noter, men de talte sammen bagefter, og hendes høringsvar svarer til det, de talte om.

Hun hørte om, at F var blevet tilbudt biologitimer. Hun kontaktede ikke C. Hun forventede, at hun ville blive tilbudt timerne, og at C ville indrømme sin fejl.

Hendes søn startede i et nyt skoletilbud i august 2020, men det gik heller ikke. Hun modtager stadig kompensation for tabt arbejdsfortjeneste efter servicelovens § 42. Hun har fået konstateret PTSD og depression som følge af det, hun har været igennem med sønnen.

B har forklaret bl.a., at han har været ansat på Gymnasium 1 i 15 år. Han underviser i biologi og idræt. Han blev tillidsrepræsentant i 2019.

I december 2019 drøftede man kriterierne for de afskedigelser, der skulle ske som følge af, at gymnasiet gik ned i kapacitet. Man skal som tillidsrepræsentant passe på med at sige til ledelsen, at der er nogen, man skal passe særligt på i en afskedigelsesrunde, men efter at have talt med As kommunale sagsbehandler, gik han til ledelsen. De fandt så den løsning, at afskedigelsen blev trukket tilbage, og A forlængede sin orlov. Det kostede ikke skolen noget, og så måtte de jo håbe, at skolens økonomiske situation blev bedre.

Han vidste godt, at A gerne ville have nogen opgaver, men foretog sig ikke noget angående det. A fortalte ham også, at hun kunne afbryde sig orlov. Det videregav han ikke til ledelsen.

Han fik den 12. juni 2020 at vide, at A skulle afskediges. Han drøftede det med D, idet han var utilfreds med, at der samtidig blev ansat vikarer, herunder G.

Hvis A skulle have en stilling med 27 $\frac{3}{4}$ timer, skulle der rykkes en del rundt på den opgavefordeling, der var lavet, men det kunne lade sig gøre. Hvis hun bare skulle have 10-15 % af en fuldtidsstilling, kunne det løses ved, at han tog de idrætstimer, som G var ansat til, og så kunne han afgive biologitimer til A.

Han deltog i mødet den 15. juni 2020. Han kan bekræfte, at C sagde, at de kunne have tilbudt 10-15 %, og at A svarede, at det ville hun gerne have haft. Der kom ikke flere ord fra C.

Han hørte først om tilbuddet til F efter, at det var sket. Han sagde til D, at de timer burde have været tilbudt A.

C har forklaret bl.a., at hun blev rektor på Gymnasium 1 i 2016. Skolens økonomi var da dårlig, og de måtte igennem en afskedigelsesrunde i januar 2017. Herefter var aftalen med bestyrelsen, at økonomien skulle styres stramt. D var ansvarlig for at udarbejde opgavefordelingen mellem lærerne. Vikarer ansættes normalt, så de en til en dækker den, de er vikar for. Det er dog ikke altid muligt.

I 2019 fik gymnasiet en klasse mindre. De valgte ikke at foretage afskedigelser, men se tiden an. I efteråret 2019 viste det sig, at kapacitetsreduktionen ville fortsætte, og de skulle spare ca. 10 % af lønsummen. Der var da 60-70 fastansatte lærere. D lavede en fordeling af, inden for hvilke faggrupper der skulle ske afskedigelser. Herefter var det hende, der traf beslutningen. Der skulle afskediges to undervisere i biologi, da dette fag er blevet reduceret efter gymnasireformen i 2017. De valgte at afskedige lærere, der kun underviste i et fag, da de er mindre fleksible. Der var fire etfagskandidater i biologi, og der skulle afskediges to. Det blev A og F. For så vidt angår valget om at beholde de to andre, lagde de vægt på, at den ene var studievejleder, og den anden var skolens fotograf, som de havde brug for, idet de påtænkte at styrke skolens profil på sociale midler.

B fortalte hende om muligheden for at forlænge As orlov og dermed undgå at afskedige hende på det tidspunkt, og hun sagde ja, da de jo håbede, at skolens kapacitet igen ville blive øget. Det gik desværre sådan, at skolen blev beskåret med yderligere en klasse det følgende år.

Hun fortalte B, at han skulle sige til A, at hvis der ikke skete noget positivt, ville hun blive afskediget. A har aldrig sagt til hende, at hun ville afbryde sin orlov og påtage sig undervisning. Da A sagde, at hun gerne ville have opgaver, var der jo

coronanedlukning, og alle andre opgaver end undervisning var væk. Der var heller ikke penge til at aflønne hende.

På mødet den 15. juni 2020 var A meget vred. Hun sagde derfor ikke selv så meget. Hun har ikke sagt, at hun kunne tilbyde en stilling på 10-15 %. Det tilbød hun på mæglingmødet med GL, og der blev det afvist. Hun har selvfølgelig heller ikke sagt, at hun anerkendte det, der står i As partshøringsvar.

Hun tilbød ikke A vikartimer, da hun jo var på orlov. Den plan, der er fremlagt for, hvordan As stilling kunne genskabes ved flytninger og ansættelse af færre vikarer, ville kræve 25 rokeringer med deraf følgende uhensigtsmæssigheder for en række klasser, der skulle skifte lærere. De anvender heller ikke turboforløb, da det er dårligt for eleverne og giver en uhensigtsmæssig fordeling af arbejdsbelastningen for lærerne.

Hun mener, at A aftalte sin orlov med D. Hun var klar over, at As situation var vanskelig, uden at hun vidste nærmere, hvad der var galt med sønnen. Hun har ikke set lægeerklæringer.

D har forklaret bl.a., at han blev ansat på Gymnasium 1 i 2016 og blev vicerektor i 2018. Fra februar og indtil ca. 1. november hvert år bruger han 70-80 % af sin tid på at planlægge opgavefordelingen mellem lærerne. Der sker løbende justeringer frem til november, når grundforløbet er afsluttet for 1. g'erne.

Han var med til at drøfte i ledelsen, hvem der skulle afskediges, og han er enig i Cs beslutning. Han havde ikke tænkt A ind i opgavefordelingen. Han tilbød hende ikke de vikartimer, han tilbød F, da hun jo var på orlov.

De rokeringer, som skulle til efter den plan, der skulle kunne genskabe As stilling, er meget omfattende. Turboforløb bruger de ikke af hensyn til såvel elever som lærere. Hvis de skulle have ladet være med at ansætte G og givet idrætstimerne til B, så havde de jo manglet en biologilærer i august, hvor A stadig var på orlov. Han kunne godt have ansat G kun indtil 1. januar 2021. Det burde han måske have gjort. Der er ikke praksis for at sætte folk ned i tid i stedet for at afskedige.

Det gjorde de dog for nogle ansatte i 2017. De har ikke overvejet, om de har pligt til at tilbyde dette.

6. Anbringender

Klager, Gymnasieskolernes lærerforening for A, har anført navnlig, at det kan lægges til grund, at As søn var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, allerede fordi hans forhold gav basis for at tildele hende orlov med dækning af tabt arbejdsfortjeneste efter servicelovens § 42. Skolen var bekendt hermed.

Der er påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte, subsidiært indirekte, forskelsbehandling ved afskedigelsen, og Gymnasium 1 skal derfor bevise, at A ikke blev afskediget direkte eller indirekte på grund af hendes søns handicap og de heraf følgende virkninger på As forhold.

De faktiske forhold, der giver anledning til denne formodning, er bl.a. ansættelsen af vikarer med samme undervisningskompetencer samtidig med opsigelsen af A, at hun ikke fik tilbudt timer, som en anden lærer forud for hendes opsigelse fik tilbudt, og at Gymnasium 1 ikke var villige til at foretage ændringer i timefagfordelingen, som ville kunne have sparet ansættelsen af vikarer og fastholdt A i ansættelsen.

Gymnasium 1 har ikke løftet denne bevisbyrde.

Forskelsbehandlingsloven beskytter også mod indirekte forskelsbehandling på grund af en persons tilknytning til en handicappet (forskelsbehandling by proxy), og hvis dette ikke kan tiltrædes umiddelbart af voldgiftsretten, må der forelægges et præjudicielt spørgsmål herom til EU-Domstolen.

Det ville have været muligt at omlægge timefagfordelingen, så A kunne være fastholdt i sin stilling – muligvis med en reduktion i ansættelsesbrøk, hvilket hun erklærede sig villig til at acceptere på et møde den 15. juni 2020, men denne mulighed afviste rektor C. Afskedigelsen er derfor under alle omstændigheder usaglig og dermed i strid med overenskomsten.

Hvis afskedigelsen er i strid med forskelsbehandlingsloven, skal godtgørelsen fastsættes til 12 måneders løn. Er den alene i strid med overenskomsten, skal den udmåles til 9 måneders løn.

Indklagede, Medarbejder og Kompetencestyrelsen for Gymnasium 1 har anført navnlig, at afskedigelsen af A var saglig og ikke i strid med forskelsbehandlingsloven. Afskedigelsen var sagligt begrundet i Gymnasium 1s økonomiske forhold, og udvælgelsen af hende skete på grundlag af saglige kriterier.

Der er ikke påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der foreligger direkte eller indirekte forskelsbehandling begrundet i As søns forhold. Tværtimod har Gymnasium 1 udvist stor fleksibilitet over for As ønsker om orlov. Der er ikke fremlagt lægeerklæringer, og det er ikke godtgjort, at sønnen var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand.

Forskelsbehandlingsloven omfatter ikke indirekte forskelsbehandling af en person, der ikke selv er handicappet, begrundet i personens tilknytning til en handicappet person.

7. Opmandens begrundelse og resultat

Det er ubestridt, at Gymnasium 1 i begyndelsen af 2020 var nødsaget til at afskedige lærere på grund af færre elever. C har forklaret, at A blev udvalgt, fordi der var for mange biologilærere, og hun var enkeltfagskandidat i biologi, og at der i valget af hende frem for to andre med samme fagprofil blev lagt vægt på, at de to andre var henholdsvis studievejleder og fotograf. Disse kriterier, der stemmer overens med den mere kortfattede begrundelse i afskedigelsesbrevet, er saglige.

Efter forklaringerne fra B og C sammenholdt med Cs mail af 26. februar 2020 til A, hvor tilbagetrækningen af afskedigelsen sammenkædes med, at orloven forlænges til udgangen af 2020, og Cs mail af 23. april 2020 med tilbud om hjælp til at søge stillinger, må det lægges til grund, at tilbagetrækningen af afskedigelsen i februar 2020 var begrundet i, at A forlængede sin orlov uden løn. Skolens

vurdering var således, at det var nødvendigt at afskedige A, medmindre skolens økonomiske situation blev forbedret. Det er ubestridt, at den økonomiske situation ikke blev forbedret. Under disse omstændigheder er det naturligt, at A ikke indgik i den fordeling af undervisning og andre opgaver, som D begyndte at udarbejde i februar 2020, og dette forhold kan således ikke give grundlag for at formode, at begrundelsen for afskedigelsen var en anden end angivet.

Det er ubestridt, at en omrokering af timer fra vikarer til fastansatte lærere for at gøre det muligt at fastholde A med hendes hidtidige timetal, ville medføre omfattende ændringer, hvor en række klasser ville skulle skifte lærer, og en del af undervisningen skulle gennemføres som ”turboforløb”. At skolen af hensyn til eleverne og de øvrige lærere ikke valgte denne løsning må anses for sagligt.

G, som tidligere havde været vikar for A, blev ikke genansat som vikar for hende, men som vikar i idræt. Det er ikke godtgjort, at A over for skolens ledelse har tilkendegivet, at hun ønskede og var i stand til at begynde at undervise pr. 1. august 2020, eller at hun ville acceptere, at hendes stilling blev nednormeret til 10-15 % af en fuldtidsstilling. Det bemærkes herved, at der er afgivet divergerende forklaringer om, hvad der blev sagt på mødet den 15. juni 2020, og at muligheden for at undervise i nogle få timer i det kommende skoleår ikke er nævnt i As svar på partshøringen. Allerede af den grund kan det ikke anses for usagligt, at skolen ikke valgte lade A overtage biologitimer fra B, som så igen skulle overtage idrætstimer fra G, eller at skolen ikke tilbød hende at overtage de biologitimer i efteråret 2020, som blev tilbudt F.

På den anførte baggrund finder jeg, at der ikke er påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at afskedigelsen helt eller delvist var begrundet i As søns psykiske lidelser (direkte forskelsbehandling) eller i hendes fravær som følge af, at hun havde orlov for at passe sønnen (indirekte forskelsbehandling). Det er endvidere ikke godtgjort, at afskedigelsen af andre grunde var usaglig. Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til, om As søn på afskedigelsestidspunktet var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, eller om forskelsbehandlingsloven omfatter indirekte

forskelsbehandling over for en person, der ikke selv har et handicap, men som har en omsorgsforpligtelse for et barn med et handicap.

Gymnasium 1s påstand om frifindelse tages herefter til følge.

Thi bestemmes:

Gymnasium 1 frifindes.

Hver part skal betale egne sagsomkostninger og halvdelen af opmandens honorar.

København, den 24. oktober 2022.

Anne Louise Bormann