



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 31. marts 2016 i sag nr. BS 2-1042/2011:

FOA som mandatar for A

mod

KL som mandatar for X Kommune

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag drejer sig om, hvorvidt A's fedme indgik i X Kommunes beslutningsgrundlag for afskedigelsen af ham, og i bekræftende fald om X Kommune herved har udøvet retsstridig forskelsbehandling.

Sagen blev anlagt ved Retten i Kolding den 9. maj 2011.

Sagsøgeren, FOA som mandatar for A, har nedlagt endelig påstand om betaling af 375.000 kr. med tillæg af procesrenter fra sagens anlæg.

Sagsøgte, KL som mandatar for X Kommune, har påstået frifindelse, subsidiært, frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Der har medvirket 3 dommere under sagens behandling, jf. retsplejelovens § 12, stk. 3, nr. 2.

Oplysningerne i sagen

X blev pr. 1. november 1996 ansat som dagplejer i et barselsvikariat i den tidligere Y Kommune og blev dermed omfattet af Overenskomst for dagplejere mellem Kommunernes Landsforening og Forbundet af Offentlige Ansatte. Vikariatet blev den 31. maj 1997 afløst af endnu et barselsvikariat, der fortsatte indtil årets udgang. Da det andet vikariat udløb, blev A tilbudt en fast stilling, som han tiltrådte den 1. januar 1998. Han blev ansat med fire fuldtidsbørn.

Af dagplejerverenskomsten fremgår blandt andet:

”...

§ 29. Opsigelse

Stk. 1

Funktionærlovens opsigelsesvarsler anvendes, når en ansat opsiges eller siger sin stilling op. Bestemmelsen i lovens § 5, stk. 2, om afskedigelse med forkortet opsigelsesvarsel (120-dages reglen) finder ikke anvendelse.

Bemærkning:

Det understreges, at bestemmelserne om opsigelse af dagplejere, herunder bestemmelserne om afskedigelsesnævn, finder anvendelse, uanset om kommunen agter at tilbyde den pågældende fortsat beskæftigelse med ændrede vilkår, der medfører en lavere indtjening.

Stk. 2

I tilfælde af grov misligholdelse kan dagplejeren opsiges uden varsel.

Stk. 3

Meddelelse om uansøgt afsked fremsendes til den ansatte. Der vedlægges en kopi af meddelelsen, som den ansatte kan udlevere til forbundet ved dennes eventuelle inddragelse i sagen.

Stk. 4

Når den ansatte meddeles uansøgt afskedigelse, jf. stk. 3, underrettes forbundet skriftligt herom. Underretningen skal indeholde sådanne oplysninger, at det fornødne grundlag for vurdering af afskedigelsen er til stede, medmindre oplysningerne strider mod den tavshedspligt, som følge af henholdsvis Forvaltningsloven eller Straffeloven, herunder tavshedspligt med hensyn til personlige forhold.

...

Stk. 5

Forbundet kan kræve sagen forhandlet med afskedigelsesmyndigheden, hvis forbundet skønner, at afskedigelsen ikke kan anses for rimeligt begrundet i den ansattes eller kommunens forhold. Forbundet kan kræve forhandlingen afholdt inden for en frist af 1 måned efter afsendelsen af den i stk. 3 nævnte meddelelse.

Stk. 6

Hvis den ansatte har været uafbrudt beskæftiget i kommunen i mindst 8 mdr. på det tidspunkt, hvor opsigelsen meddeles. Kan forbundet kræve sagen indbragt for et afskedigelsesnævn, hvis der ikke opnås enighed ved en forhandling efter stk. 5. Et sådant krav skal fremsættes overfor kommunen inden for 1 måned efter forhandlingen med kopi til vedkommende kommunale arbejdsgiverpart.

...”

Y og X kommuner blev kommunesammenlagt den 1. januar 2007, hvilket betød, at A fra denne dato var ansat i Dagplejen i X Kommune. Dagplejen i X Kommune er organiseret i seks distrikter, der fra kommunesammenlægningen blev ledet af dagplejeleder B.

Hun havde sammen med en souschef og otte dagplejepædagoger an-

svaret for tilsyn med de dagplejere, der er ansat i kommunen. De seks distrikter X , Z , P , Q , R og Y er endvidere inddelt i lokale grupper. Y er således inddelt i syv grupper Syd gruppe 1 og 2, Vest gruppe 1, 2 og 3 samt Øst gruppe 1 og 2. A var dagplejer i distrikt Y Øst gruppe 1.

I foråret 2009 blev A bevilget orlov i perioden fra den 2. marts til den 16. oktober 2009. Orloven blev efterfølgende forlænget til og med den 28. februar 2010.

Under A's orlov godkendte MED-Hovedudvalget den 19. maj 2009 følgende sundhedspolitik for X Kommunes medarbejdere.

”Sundhedspolitik

for

X Kommunes medarbejdere

Indledning

Sundhedspolitikken udgør en værdibaseret ramme for arbejdet med sundhed og sundhedsfremme i X Kommune og forudsættes udfyldt og videreudviklet af såvel MED-Hovedudvalget som MED-Lokaludvalgene.

Målsætning

X Kommune ønsker at arbejdet med sundhed og sundhedsfremme er i fokus og indtænkes i alle beslutninger af personalepolitisk karakter.

Målet med sundhedspolitikken er at:

- tilstræbe sundhed for alle medarbejdere
- alle medarbejdere oplever fysisk, psykisk, socialt velvære og trivsel
- alle arbejdspladser har en sundhedsfremmepolitik med udgangspunkt i KRAM (Kost, Rygning, Alkohol og Motion) og trivsel
- sikre at der bliver iværksat tiltag der søger at fokusere på medarbejdernes sundhed og det sundhedsfremmende perspektiv og dermed forebygge sygdom
- der løbende foretages en evaluering af de tiltag der sættes i gang
- oplysninger om og erfaringer med igangsatte tiltag skal være tilgængelig
- alle medarbejdere tager ansvar for egen sundhed og har mulighed for at træffe sunde valg

Forudsætninger

Sundhedspolitikken er baseret på personalepolitikens værdier **Dialog – Udvikling – Respekt** som samlet giver **trivsel**, og det betyder at **vi alle har ansvar for:**

Dialog

- at søge og dele viden om sundhed

Udvikling

- at gøre det lettere for den enkelte medarbejder at vælge en sundere levemåde
- at gøre den enkelte medarbejders omgivelser og vilkår mere sunde

Respekt

- at alle tager hånd om eget liv og drager omsorg for sine kolleger”

A genoptog arbejdet den 1. marts 2010, idet han dog holdt ferie i uge 9, således at 1. arbejdsdag var mandag den 8. marts 2010.

Af en oversigt, som X Kommune har udarbejdet under sagen, fremgår, at A efter sin orlov og frem til sommerferien 2010 ikke havde faste børn men udelukkende gæstebørn. A holdt ferie i ugerne 30, 31 og 32, hvorefter han fik to faste børn fra og med uge 33 og yderligere et fast barn fra og med onsdag i uge 37.

Den 9. september 2010 blev der afholdt en MED-møde i X Kommunes Dagpleje. Af referatet fra mødet fremgår bl.a.:

" ...

B	<p>3. Nedgang i børnetallet Der er nedgang i børnetallet i Y og P . I Y By skal vi reducere med 2 medarbejdere og i P med 1, medmindre vi får børn fra S (drøftes i øjeblikket p.g.a. at S så kan undgå en midlertidig ansættelse i en kort periode). Vi skal drøfte kriterierne ved uansøgt afskedigelse. Medbring disse (findes i Dagplejernes mappe afsnit 10). Herunder skal vi også beslutte kriterier for, hvem der skal tilbydes Pau-uddannelsen.</p>	<p>Der var lavet et udkast fra TR omkring kriterierne ved PAU-uddannelsen – resultat vil blive udsendt til alle så det kan sættes i dagpleje bogen.</p> <p>I forhold til redueringen vil vi gøre det efter beskrivelsen i dagpleje mappen.</p> <p>I øjeblikket er der ingen børn fra S .</p>
----------	---	--

B	7. Sundhedsfremme hos dagplejerne TR'erne har arbejdet med det. De fremlægger deres forslag.	Udsættes.
----------	--	-----------

..."

Referatet blev sendt til samtlige dagplejere sammen med nyhedsbrevet for uge 38/2010.

I kriterierne ved uansøgt afskedigelse står der:

”Kriterier ved uansøgt afskedigelser af dagplejere:

Rækkefølgen er ikke prioriteret, men de enkelte punkter indgår i en samlet vurdering.

Frivillig afgang:

Dagplejere der ønsker at fratræde deres job frivilligt f.eks. på grund af ønske om jobskifte, efterløn eller lignende skal have mulighed for at melde sig.

Samarbejde med kollegaer, forældre, dagplejepædagoger, sekretær og leder.

Være i dialog og dele viden med samarbejdspartnere. Anvende anerkendende kommunikation.

Rummelighed:

Tolerance og respekt overfor forskelligheder. Være i dialog. Arbejder for at se mulighederne.

Ansvarsbevidst:

Forholder sig ansvarsbevidst til pligter og opgaver, der følger af trufne beslutninger.

Initiativrig:

Tager initiativ og bidrager aktivt til at gøre dagplejen til en god arbejdsplads.
Er konstruktiv når der skal udføres nye arbejdsopgaver.

Pædagogisk:

Indlevelsesevne i forhold til børn og voksne.
Udviklingsorienteret – opfylde pædagogiske mål og omsætte viden til praksis.
Omsætte vejledning til konkret handling. Rollemodel. Anerkendende tilgang til det enkelte menneske.

Manglende visiteringsmuligheder.

Fleksibilitet overfor en dagpleje i stadig udvikling:

Ser sig selv som medspiller i en politisk ledet organisation.

Se helheder og detaljer, der har indflydelse på at helheden fungerer optimalt.

Har lyst til at deltage på kurser og lign. ”

Af en normeringsoversigt fra Øst gruppe 1 og 2 fremgår, at der pr. 1. oktober 2010 var 44 indmeldte børn og 8 ledige dagplejepladser og pr. 1. november 2010 var 43 indmeldte børn og 9 ledige dagplejepladser.

Den 27. oktober 2010 blev der holdt personalemøde i dagplejen. Af referatet fra dette møde fremgår:

”...

O B	5. Aktuelle personaleforhold (B 10 min)	<p>B kontakter legestue koordinaterne som skal informere gruppen om ”fyringen bliver udsat til mandag uge 44”</p> <p>Alle Y grupperne skal byde ind med et navn til fyringen.</p> <p>Forslag til opsigelser:</p> <p>C : D E : F G : H G : A I : J</p> <p>B og K laver en strategi, så vi ikke kommer i samme situation næste gang der er en fyring.</p> <p>B møde med TR. Torsdag den 28/10 ang. fyringen, så navne skal B have inden 28/10 kl. 7.30</p>
--------	---	--

...”

G pegede på to medarbejdere, fordi hun vikarierede for A's sædvanlige dagplejepædagog, L, der var på barsel.

Den 1. november 2010 ca. kl. 06.30 blev A telefonisk informeret om, at X Kommune påtænkte at opsig ham, og at han derfor ikke ville modtage børn den pågældende dag. Der blev samtidig aftalt et møde senere samme dag.

Samme dag kl. 09.51 modtog A en sms fra sin tilsynsførende dagplejepædagog G, hvoraf fremgår:

”Hold op A sådan noget hø jeg har først lige fået at vide nu at det er dig. Jeg har brug for at fortælle dig at det kommer bag på mig og at jeg ikke har peget på dig. Hvorfor skulle jeg så fylde dig op med børn?”

På et møde samme dag om formiddagen med dagplejeleder B og tillidsrepræsentant M spurgte A , hvorfor det var ham, der skulle opsiges, herunder om hans fedme var indgået i beslutningsgrundlaget. Parterne er uenige om, hvordan dette spørgsmål blev besvaret.

Ved brev af 4. november 2010 underrettede X Kommune skriftligt A om den påtænkte afskedigelse. Af brevet fremgår det blandt andet:

”...

Det skal hermed meddeles, at X Kommune påtænker at afskedige dig fra din stilling som dagplejer med overenskomstmæssigt varsel (6 måneder), således at fratrædelse vil ske med udgangen af maj måned 2011.

Den påtænkte afskedigelse sker efter en konkret vurdering på baggrund af faldende børnetal med heraf følgende arbejdsmangel, hvilket medfører økonomiske og driftsmæssige forstyrrelser i Dagplejen.

Forinden X Kommune træffer endelig beslutning om den påtænkte afskedigelse har du i henhold til forvaltningslovens § 19 ret til at komme med en udtalelse til sagen. Udtalelsen skal være Personale i hænde **senest fredag den 19. november 2010 kl. 9.00.**

...”

X skrev den 10. november 2010 et høringsbrev til X Kommune, hvori han anførte følgende:

”...

Vedr.: påtænkt opsigelse.

Jeg har den 5. november 2010 modtaget en påtænkt opsigelse, med indsigelsesfrist til den 19. november 2010.

Jeg er klar over, at faldende børnetal og arbejdspladsmangel er en lovlig grund til afskedigelse, men før jeg fik denne skrivelse blev jeg kaldt til møde med dagplejelederen B ; tillidsrepræsentanten M var med som bisidder.

På dette møde spurgte jeg ind til, hvorfor det var mig der var udpeget til afskedigelse.

Svaret blev fra dagplejelederen B : **P.g.a. at hun har givet mig en udfordring på min vægt som jeg ikke har taget imod.**

Jeg har været indstillet til operation som mislykkedes. Efterfølgende har jeg deltaget i motion undtagen 1 år p.g.a. mine forældres dødsfald. I den periode har jeg endvidere været plejeforældre som ikke var uproblematisk.

Jeg går igen til motion.

For det første mener jeg at det er en diskriminerende kriterier, alene at fokusere på vægt.

Det har aldrig været et krav, at jeg skulle tabe mig.

I 14 år har jeg været dagplejer i først Y Kommune og nu X . Fået rigtig meget ros for mit arbejde med børnene.

At mine kolleger vidste, at det var mig der skulle afskediges før jeg selv vidste det, finder jeg heller ikke i orden.

Jeg stiller mig derfor undrende overfor, at det er mig der er udvalgt.

En anden ting som undre mig er, at ugen før, jeg fik at vide, at det var mig der skulle afskediges, kom dagplejelederen B på uanmeldt besøg for at spørge om der er nogle tiltag sat i gang i forhold til min vægt. Jeg fortalte, at jeg gik til motion. Jeg tænkte herefter, at så var det nok i orden.

Vægten har ikke været et problem i forhold til at passe mit arbejde.
..."

B kommenterede høringsbrevet over for personaleafdelingen den 18. november 2010 og fastholdt, at begrundelsen for opsigelsen var nedgang i børnetallet.

A blev herefter afskediget ved brev af 22. november 2010. Af brevet fremgår blandt andet:

..."

Det skal herved meddeles, at X kommune har besluttet at afskedige dig fra din stilling som dagplejer med overenskomstmæssigt varsel (6 måneder) til fratrædelse den 31. maj 2011.

Begrundelsen for afskedigelsen er sket efter en konkret vurdering på baggrund af faldende børnetal med heraf følgende arbejdsmangel, hvilket medfører økonomiske og driftsmæssige forstyrrelse i Dagplejen.

Vi har modtaget dit høringssvar og revurderet sagen, hvilket ikke har ændret ved beslutningen om afsked.

..."

Til brug for FOA's behandling af sagen blev A anmodet om at

besvare en række spørgsmål. A besvarede spørgsmålene som følger:

”svar til Foa, sags nr. xxxxxx

Vedr. Uansøgt afskedigelse som dagplejer X Kommune

(1) *D.1 november 2010

* B ringede til mig kl. 06.34-40 og meddelte at det var mig der ville blive afskediget.

*Var kl. 1030 til møde med B og min tillidskvinde M hvor jeg kunne stille spørgsmål til og om afskedigelsen.

*D. 5 November; fik afskedigelsen skriftligt fra personaleafd. X
Kommune

(2) Jeg blev ansat 01.11.1997

(3) Det er ikke sygdom, og ingen omplacering er tilbudt.

(4) Ingen arbejdsskade eller sygdom.

...

(7) Faldende børnetal men på møde hos B d. 1 november kl. 10.30 bad jeg om at få uddybet grunden til at det lige var mig der skulle afskediges. Jeg fik først en masse ros og fik at vide der ikke havde været klager over mig og mit arbejde. Men at B havde valgt at det skulle være mig. Fordi som hun sagde; *at hun havde givet mig en udfordring på mon vægt, som jeg ikke havde taget.*

(8) *Udfordringen skulle være at tabe mig. B har flere gange spurgt om hun kunne hjælpe mig med at tabe mig da hun var bekymret for mit helbred.

for ca. 4-5 års siden betalte hun et års abonnement i fitness centeret efter jeg havde været sygemeldt efter en mislykket slankeoperation. Men der var ingen udmelding om at jeg ville risikere fyring, hvis jeg ikke tabte mig.

* B var ude ved mig mandag d. 18 oktober 2010, hun kom uanmeldt. hun ville høre om jeg havde gjort nogle tiltag for at tabe mig. Jeg fortalte at efter 1½ meget turbulente år var jeg igen begyndt at træne ude i fitness centeret.

Da B kørte, sagde hun at jeg IKKE skulle fortælle mine kollegaer om hendes besøg.!!

*Jeg har været på orlov i et år fra 1 marts 2009 til 30 april 2010 på grund af at vi fik tre børn i fuldtids familiepleje. I samme periode mistede jeg begge mine forældre med kort tids mellemrum og havde en søn der skejede helt ud med forskellige former for stimuli.

...”

Der blev herefter afholdt et forhandlingsmøde mellem på den ene side N fra FOA, , og på den anden side personalechef O og B ; X Kommune. Parterne nåede ikke til enighed under mødet.

I referatet af forhandlingsmødet, som blev udarbejdet af N og efterfølgende kommenteret af O , står der:

”07.12.2010

FOA ’s påstand er, at der i A’s afskedigelsessag er tale om diskriminering og brud på lov om forskelsbehandling endvidere henvises til EF-Charter, artikel 21.

I forbindelse med afskedigelse af dagplejere i X Kommune på grund af faldende børnetal, blev A, kontaktet ved uanmeldt besøg af dagplejelederen B den 18. oktober 2010 hvor temaet var om A har gjort nogle tiltag for at tabe sig.

Dagplejelederen er ikke A’s normale dagplejepædagog.

Den 1. november 2010 blev A informeret om, at han var den der skulle afskediges. På mødet den 1. november blev der udtalt fra lederen B , at det er på grund af faldende børnetal og at hun har stillet A en udfordring på hans vægt som han ikke har taget.

A har været ansat i over 14 år og altid været overvægtig også da han blev ansat.

A har gået og går igen i Fitness, har været indstillet på fedmeoperation i Tyskland som mislykkedes og var ved at koste ham livet.

Han har fået meget ros for sit arbejde som dagplejer fra ledelse, pædagoger og forældre gennem tiden.

Endvidere har han haft orlov til familiepleje af 3 børn i fuldtidspleje i et år fra 1. marts 2009 – 30. april 2010 og vendt tilbage til dagplejen igen.

Afskedigelseskriterierne for dagplejen er ikke brugt.

...

X Kommunes bemærkninger til ovennævnte:

Dagplejer B var den 18. oktober 2010 til opfølgingsmøde hos A vedr. forløbet omkring hans vægttab jf. aftale indgået mellem dagplejeleder B og A i 2007.

Dagplejeleder B , tillidsrepræsentant M og tillidsrepræsentant U havde den 28. oktober 2010 møde

vedr. budgetmæssige reduktioner pga. nedgang i børnetallet. Dagplejeleder B oplyste, at hun på baggrund af ovennævnte budgetreduktioner påtænkte, at afskedige A ud fra en konkret vurdering på baggrund af MED-udvalgets kriterier for uansøgt afskedigelse af dagplejere i X Kommune.

Den 1. november 2010 blev A orienteret af dagplejerleder B om den påtænkte afskedigelse, og at den påtænkte afskedigelse var sket på baggrund budgetmæssige reduktioner pga. nedgang i børnetallet og ud fra en konkret vurdering jf. kriterierne for uansøgt afskedigelse af dagplejere i X Kommune. Tillidsrepræsentant M deltog i mødet. A spurgte på mødet, om den påtænkte afskedigelsen var pga. af, ”at han var for tyk”. Dagplejelederen gentog at den påtænkte afskedigelse alene var ud fra en konkret vurdering.
 ...”

Ved udateret brev, modtaget i X Kommune den 3. januar 2011, anmodede konsulent V, FOA om, at sagen blev indbragt for et afskedigelsesnævn i medfør af § 29 i overenskomsten for Dagplejere.

Den 19. januar 2011 stillede N fra FOA M nogle opklarende spørgsmål, som M besvarede den 21. januar 2011 (fremhævet med fed skrift) som følger:

”...

- Er A blevet tilbudt omplacering i kommunen. **Nej, den procedure bruges ikke i kommunen. Vi har ingen jobbank.**
- Er han blevet tilbudt genansættelse såfremt der kommer børn. **Nej det plejer vi heller ikke.**
- Er der andre dagplejere der er blevet afskediget i samme område og i givet fald hvor mange? **Nej.**
- Kan du bekræfte, at der blev sagt fra lederens side, at A er blevet stillet en udfordring som han ikke har taget imod. (Udfordringen henviser til vægten). **Ja.**

...”

FOA overgav herefter sagen til advokat Jacob Sand, der ved brev af 3. marts 2011 sendte X Kommune et påkrav om betaling af en godtgørelse for diskrimination.

Den 17. marts 2011 besvarede X Kommune advokat Jacob Sands påkrav om betaling. Af brevet fremgår blandt andet:

”...

X Kommune har nedenstående kommentarer til Jeres brev af 3. marts 2011 vedrørende dagplejer A.

I jeres brev af 3. marts 2011 har I oplyst, på baggrund af oplysninger fra A, at han skulle opsiges og at dagplejeleder B skulle på forespørgsel fra A, have oplyst, at begrundelsen var, at A ikke havde formået at tage hendes udfordring op – en udfordring om, at A skulle tabe sig.

Forannævnte oplysning er ikke korrekt. På A's forespørgsel om afskedigelsen var på grund af, at han var for tyk, svarede dagplejeleder B: "Nej, det er en helt anden sag, som jeg rigtig nok har stillet dig en udfordring i".

Den udfordring, som dagplejer B nævner drejer sig om et forløb, der startede før 2007, hvor dagplejeledelsen drøftede A's vægtproblem med ham, idet hans overvægt havde negativ indflydelse på hans mulighed for at udføre arbejdet optimalt. Det møde, der omtales i jeres brev af 3. marts 2011, hvor dagplejeleder B var på besøg hos A, var en opfølgning på dette forløb og havde ikke sammenhæng med opsigelserne. Som det fremgår nedenfor blev det først afklaret, hvem der skulle indstilles til opsigelse, på personalemøde i dagplejen den 27. oktober 2010.

A's overvægt er således ikke indgået i grundlaget for beslutningen om at opsi­ge ham. Opsigelse af A er – som an­givet i opsigelsesskrivelsen – sket på baggrund af faldende børnetal og efter en konkret vurdering på baggrund af de kriterier, der anvendes i Dagplejen i X Kommune ved uansøgt afskedigelser af dagplejere.
...

Det fremgår af en efterfølgende udarbejdet oversigt over antal indvisiterede faste børn i perioden fra den 1. maj 2010 til den 1. maj 2011, at børnetallet faldt fra 173 til 152. I Y Øst steg tallet fra 42 til 44 børn den 1. oktober 2010, hvorefter det igen faldt til 39 børn den 1. maj 2011.

Af en oversigt over A's sygefravær fremgår, at han fra den 6. marts 2007 til den 3. september 2007 havde 11 sygedage. Han var endvidere sygemeldt fra den 17. september 2007 til den 31. december 2007. I 2008 var han sygemeldt i 7 dage og i 2010 i 5 dage.

Retten i Kolding afsagde den 25. juni 2013 kendelse om præjudiciel forelæg­gelse for EU-Domstolen til besvarelse af følgende spørgsmål:

”...

Herefter bestemmes

7.7 EU-Domstolen anmodes om at besvare følgende spørgsmål:

1. Er det i strid med EU-retten, således som denne eksempelvis ud­mønter sig i EU-traktatens artikel 6 om grundlæggende rettigheder, ge­nerelt eller særligt for en offentlig arbejdsgiver at forskelsbehandle på

grundlag af fedme på arbejds-markedet?

2. Er et eventuelt EU-retligt forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme direkte anvendeligt mellem en dansk borger og dennes arbejdsgiver, som er en offentlig myndighed?

3. Såfremt Domstolen finder, at der i EU gælder et forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme på arbejdsmarkedet generelt eller særligt for en offentlig arbejdsgiver, skal vurderingen af, om der er handlet i strid med et eventuelt forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme, i givet fald ske i henhold til den delte bevisbyrde, således at en effektiv gennemførelse af forbuddet i de tilfælde, hvor denne forskelsbehandling godtgøres, kræver, at bevisbyrden pålægges indklagede/sagsøgte arbejdsgiver, jf. præmis 18 til præamblen i Rådets Direktiv 97/80/EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn?

4. Kan fedme betragtes som værende et handicap, omfattet af beskyttelsen i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, og hvilke kriterier vil i givet fald være afgørende for vurderingen af, om en persons fedme konkret indebærer, at den pågældende er beskyttet af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap i dette direktiv?

..."

EU-Domstolen (Fjerde afdeling) afsagde dom den 18. december 2014 i sag C-354/13. Det hedder i dommens præmisser og konklusion:

”...

Om de præjudicielle spørgsmål

Om det første spørgsmål

31 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om EU-retten skal fortolkes således, at den fastsætter et generelt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme i sig selv med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

32 Ifølge Domstolens praksis findes blandt de grundrettigheder, der er en integrerende del af de generelle EU-retlige principper, bl.a. det generelle princip om forbud mod forskelsbehandling, og dette princip er således bindende for medlemsstaterne, når det nationale forhold, der er genstand for tvisten i hovedsagen, er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde (jf. i denne retning dom Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, præmis 56).

33 I denne forbindelse bemærkes, at ingen af EU- og EUF-traktaternes bestemmelser indeholder et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af fedme i sig selv. Navnlige henviser hverken artikel 10

TEUF eller artikel 19 TEUF til fedme.

- 34 Hvad nærmere angår artikel 19 TEUF følger det af Domstolens praksis, at denne artikel kun indeholder bestemmelser vedrørende Unionens kompetencer, og at den, idet den ikke vedrører forskelsbehandling på grundlag af fedme i sig selv, ikke kan udgøre et retsgrundlag for Rådet for Den Europæiske Unions foranstaltninger med henblik på bekæmpelse af en sådan forskelsbehandling (jf. analogt dom Chacón Navas, EU:C:2006:456, præmis 55).
- 35 Der er heller ikke i den afledte EU-ret fastsat et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Navnlig nævnes fedme ikke som en grund til forskelsbehandling i direktiv 2000/78.
- 36 Ifølge Domstolens praksis skal anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 ikke ved analogi udvides ud over forskelsbehandling af de grunde, der er udtømmende opregnet i direktivets artikel 1 (jf. domme Chacón Navas, EU:C:2006:456, præmis 56, og Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, præmis 46).
- 37 Fedme kan derfor ikke i sig selv anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78 (jf. analogt dom Chacón Navas, EU:C:2006:456, præmis 57).
- 38 De sagsakter, som i det foreliggende tilfælde er fremlagt for Domstolen, indeholder ingen oplysninger, som gør det muligt at fastslå, at den i hovedsagen omhandlede situation, for så vidt som den omhandler en opsigelse, der angiveligt er sket på grundlag af fedme i sig selv, henhører under EU-rettens anvendelsesområde.
- 39 I denne sammenhæng finder bestemmelserne i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder heller ikke anvendelse på en sådan situation (jf. i denne retning dom Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 21 og 22).
- 40 Henset til de ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål herefter besvares med, at EU-retten skal fortolkes således, at den ikke fastsætter et generelt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme i sig selv med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Om det andet og det tredje spørgsmål

- 41 Henset til besvarelsen af det første spørgsmål er det uforment at behandle det andet og det tredje spørgsmål.

Om det fjerde spørgsmål

- 42 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere be-

stemt oplyst, om direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at en arbejdstagers fedme kan udgøre et »handicap« som omhandlet i direktivet, og, såfremt dette er tilfældet, efter hvilke kriterier en sådan tilstand skal anses for at medføre, at den berørte person skal indrømmes den beskyttelse mod forskelsbehandling på grund af handicap, som nævnte direktiv giver.

Om formaliteten

- 43 Den danske regering har gjort gældende, at det fjerde spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom det er af hypotetisk karakter. Det fremgår således ikke af den forelæggende rets sagsfremstilling, at A ikke har kunnet varetage sit arbejde i den periode, hvor han var ansat i X Kommune, endsi­ge at han har været at betragte som »handicappet« som omhandlet i direktiv 2000/78. En besvarelse af dette spørgsmål er derfor ikke nødvendig for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.
- 44 Den danske regering har endvidere gjort gældende, at besvarelsen af det fjerde spørgsmål ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, idet besvarelsen klart kan udledes af Domstolens praksis. Den forelæggende ret kan således på baggrund af præmis 47 i dom HK Danmark (C-335/11 og C-337/11, EU:C:2013:222) selv afgøre hovedsagen vedrørende definitionen af begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78.
- 45 I denne forbindelse bemærkes, at inden for rammerne af proceduren i artikel 267 TEUF tilkommer det udelukkende den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse. Den formodning for, at de præjudicielle spørgsmål, som en national ret har forelagt, er relevante, kan kun undtagelsesvis afkræftes, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. bl.a. domme Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, præmis 39 og 40, og B., C-394/13, EU:C:2014:2199, præmis 19).
- 46 I det foreliggende tilfælde har den forelæggende ret rejst tvivl om fortolkningen af begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 og ønsker med det fjerde spørgsmål oplyst, om begrebet finder anvendelse på en arbejdstager, der er fed, og som er blevet opsagt.

- 47 Under disse omstændigheder fremgår det ikke klart, at den fortolkning af EU-retten, som den forelæggende ret anmoder om, ikke er nødvendig med henblik på sidstnævntes afgørelse i den sag, der er indbragt for den.
- 48 En national ret er desuden på ingen måde udelukket fra at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, hvor svaret ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl (jf. dom Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).
- 49 Det fjerde spørgsmål skal følgelig antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

- 50 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af artikel 1 i direktiv 2000/78, at direktivet har til formål at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af et af de forhold, der er anført i denne bestemmelse, herunder handicap.
- 51 Ifølge direktivets artikel 2, stk.~2, litra a), foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person på grund af bl.a. handicap behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet.
- 52 I medfør af dets artikel 3, stk.~1, litra c), finder direktiv 2000/78 inden for rammerne af Unionens beføjelser anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer bl.a. for så vidt angår afskedigelsesvilkår.
- 53 Efter Unionens ratificering af De Forenede Nationers konvention om handicappedes rettigheder, som blev godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 2010/48/EF af 26. november 2009 (EUT 2010 L~23, s.~35), har Domstolen fastslået, at begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 skal forstås således, at det omfatter 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 (jf. domme HK Danmark, EU:C:2013:222, præmis 37-39, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, præmis 76, og Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350, præmis 45).
- 54 Begrebet »handicap« skal forstås således, at det ikke alene omfatter den omstændighed, at det er umuligt at udøve erhvervsmæssig aktivitet, men også omfatter gener for udøvelsen af en sådan aktivitet. En anden fortolkning ville være uforenelig med dette direktivs formål, som bl.a. er, at en handicappet person kan få adgang til eller udøve beskæftigelse (jf. dom Z., EU:C:2014:159, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis).

- 55 Det ville desuden være i strid med selve dette direktivs formål, som er at sikre ligebehandling, at definere dets anvendelsesområde med henvisning til årsagen til handicappet (jf. dom HK Danmark, EU:C:2013:222, præmis 40).
- 56 Begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 afhænger således ikke af spørgsmålet om, i hvilken grad personen har kunnet medvirke til handicappets opståen.
- 57 Definitionen af begrebet »handicap« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2000/78 går i øvrigt forud for fastsættelsen og vurderingen af de hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 5. I overensstemmelse med 16. betragtning til direktivet tilsigter sådanne foranstaltninger således at tage hensyn til behovene hos personer med handicap og er derfor en følge af og ikke en grundlæggende bestanddel af begrebet handicap (jf. i denne retning dom HK Danmark, EU:C:2013:222, præmis 45 og 46). Den blotte omstændighed, at der ikke er blevet truffet sådanne tilpasningsforanstaltninger i forhold til A , er derfor ikke tilstrækkelig med henblik på at fastslå, at han ikke kan være en handicappet person som omhandlet i direktivet.
- 58 Det bemærkes, at fedme ikke i sig selv udgør et »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78, idet fedme efter sin art ikke nødvendigvis medfører, at der foreligger en begrænsning som den, der er omhandlet i denne doms præmis 53.
- 59 Hvis den berørte arbejdstagers fedme derimod under givne omstændigheder 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 hvis denne begrænsning er af lang varighed, kan en sådan tilstand henhøre under begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78 (jf. i denne retning dom HK Danmark, EU:C:2013:222, præmis 41).
- 60 Dette vil bl.a. være tilfældet, hvis arbejdstagerens fedme hindrer arbejdstageren i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere som følge af begrænset bevægelighed eller sygdomme hos arbejdstageren, som forhindrer den pågældende i at udføre sit arbejde, eller som indebærer gener ved udøvelsen af den pågældendes erhvervs-mæssige aktivitet.
- 61 Som den forelæggende ret har anført, er det i det foreliggende tilfælde ubestridt, at A gennem hele ansættelsesperioden i X Kommune var fed, dvs. gennem en langvarig periode.
- 62 Det tilkommer den forelæggende ret i hovedsagen at efterprøve, om A's fedme til trods for, at han har varetaget sit arbejde gennem ca. 15 år, således som det er anført i denne doms præmis 17, har medført en begrænsning, som opfylder de betingel-

ser, der er anført i denne doms præmis 53.

63 Såfremt den forelæggende ret måtte nå til den konklusion, at A's fedme opfylder betingelserne i denne doms præmis 53, bemærkes, at for så vidt angår den bevisbyrde, der gælder, træffer medlemsstaterne i henhold til artikel 10, stk. 1, i direktiv 2000/78 i overensstemmelse med deres nationale retsorden alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at det, når en person, der mener sig krænkede, fordi princippet om ligebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler den indklagede at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat. I henhold til artikel 10, stk. 2, er artikel 10, stk. 1, ikke til hinder for, at medlemsstaterne indfører regler for bevisførelse, der er gunstigere for klageren.

64 Henset til de ovenstående betragtninger skal det fjerde spørgsmål herefter besvares med, at direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at en arbejdstagers fedme udgør et »handicap« som omhandlet i direktivet, når denne tilstand indebærer 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. Det tilkommer den nationale ret at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt i hovedsagen.

...

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

- 1) EU-retten skal fortolkes således, at den ikke fastsætter et generelt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme i sig selv med hensyn til beskæftigelse og erhverv.
- 3) Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv skal fortolkes således, at en arbejdstagers fedme udgør et »handicap« som omhandlet i direktivet, når denne tilstand indebærer 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. Det tilkommer den nationale ret at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt i hovedsagen.

...”

A har efter EU-dommen udtalt sig i et interview med BBC World Service, hvori han er citeret for at have udtalt:

”...Mr. A denied reports that he was unable to bend low enough to tie childrens’s shoelaces.

Describing his work with children, he said: “I can sit on the floor and play with them, I have no problems like that”.
...”

A er endvidere citeret i Berlingske Business for følgende udtalelse:

”...
A er imidlertid ikke glad for at skulle erklæres handicappet. Han mener selv, han har udført sit job som dagplejer på lige fod med andre.

»Helt umiddelbart er dommen rigtig god i forhold til min sag, men jeg synes ikke, jeg har haft noget handicap i forhold til mit job som dagplejer. Jeg mener selv, jeg kunne udføre mit job lige så godt som alle andre dagplejere, og det fik jeg også at vide at X Kommune, at jeg gjorde, «
...”

A har under sagen fremlagt sin lægejournal for perioden fra den 13. marts 2006 til den 10. december 2009 og igen fra den 3. januar 2012 til den 14. august 2014.

Af en oversigt af 27. januar 2015 over antallet af faste børn ved hver dagplejer i Y Øst gruppe 1 og 2 i 2010 og 2011, fremgår, at P1 gik på orlov fra den 1. januar 2011, at P2 gik på uddannelsesorlov (PAU) fra og med uge 25 i 2011, og at C gik på barselsorlov fra og med uge 32 i 2011.

Af udaterede oversigter over antallet af faste børn ved hver dagplejer i Y Vest i 2010 og 2011, fremgår, at P3 gik på uddannelsesorlov fra og med august 2010 og senere fratrådte i september 2011, at P4 fratrådte i maj 2010, at P5 fratrådte i december 2010, og at F gik på barselsorlov i september 2011. Af en tilsvarende oversigt fra Y Syd fremgår, at P6 var sygemeldt i hele 2010 og fratrådte i januar 2011, og at P7 fratrådte i maj 2011.

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af A og vidnerne O, V, N, T, M, P9, B, L, P10 og G

A har forklaret, at han i dag vejer 125 kg svarende til et BMI

på 43 - 44. Han er stadig ekstremt fed og har været det stort set hele sit liv. Det vægttab, han har opnået, er en følge af den fedmeoperation, han gennemgik i januar 2014, samt træning. Han har haft samme læge siden 1995. I marts 2006 blev han i sin journal diagnosticeret med fedme som følge af for stort kalorieindtag. Af samme journal fremgår, at der i 2007 var tegn på, at han havde sukkersyge som følge af overvægt. Det er dog aldrig noget, han er blevet behandlet for. Han forsøgte at få foretaget en fedmeoperation i Tyskland i september 2007, fordi fedmen påvirkede ham fysisk og psykisk. Det var mere besværligt for ham at gå lange ture med børnene, ligesom det var besværligt at komme op og ned fra gulvet. Han sad på gulvet, når han tumlede med børnene. Gymnastik og sport var ikke noget, han foretog sig med børnene. Han blev hurtigt forpustet og øm, han fik ondt i knæene og benene syrede til. Han brød sig heller ikke om at skille sig ud, hvilket man gør, når man er ekstrem fed. Han skulle selv dække udgifterne til operationen; ca. 70.000 kr., men han følte, det var nødvendigt, fordi han var så belastet af sin fedme. Under bedøvelsen gav de ham så meget og så hurtigt, at han fik respirationsstop og skulle genoplives. Det havde sammenhæng med fedmen, fordi hans krop var for belastet til at kunne gennemgå operationen. Han blev indlagt på intensiv afdeling i Y i 7 dage, hvorefter han var sygemeldt i 3½ måned. Han ville have genoptaget arbejdet efter to måneder, men B syntes, at han skulle vente. Da han genoptog arbejdet, tilbød B at betale en års medlemskab af et fitness-center. Det var ikke noget, der skulle følges op på, og han talte ikke med B om sin fedme i tiden derefter. Han tabte sig 25-30 kg i perioden. Han fortsatte i fitness i en kort periode ud over det år, som B betalte for ham.

Han har fået blodtryksmedicin fra 2007 og tager det stadig. Det forhøjede blodtryk er velbehandlet, men det gav svimmelhed og hovedpine. I forbindelse med forsøget på operation i Tyskland, blev det konstateret, at han led af søvnapnø, og under indlæggelsen på intensiv afdeling i Y, fik han en maske at sove med. Det betød, at hans svimmelhed og træthed fortog sig. Det er typisk overvægtige, der får søvnapnø. Han sover stadig med en maskine. I februar 2008 blev der konstateret tilbageløb fra hans mavesæk til spiserøret. Det resulterede i halsbrand og nærmest opkast, fordi han var så tyk. I 2012 blev han opereret for navlebrok. Han havde en udposning på maven, og hvis han rendte imod det, var det ømt. Han skulle passe på, at børnene ikke ramte ham på udposningen. Han kan ikke sige, hvornår det startede; måske i 2006 eller lidt før. Situationen var den samme i 2010, da han blev afskediget. Det ændrede sig først efter hans fedmeoperation i januar 2014. Efter operationen hjalp det på ben og knæ, og han fik nemmere ved at bevæge sig omkring. Han har ikke længere sukkersyge. Hans søvnapnø er blevet bedre, men han kan stadig ikke undvære sin maskine.

Han synes selv, at han før havde mange sygedage. Siden afskedigelsen har han haft fem sygedage i forbindelse med indlæggelse på grund af mistanke om en blodprop. Den 2. marts 2009 gik han på familieorlov. Han gik ikke i

fitness under sin orlov, hvilket betød, at han igen tog på i vægt. Inden orloven var L hans tilsynsførende pædagog. Hun kom på tilsyn ca. 1 gang månedligt. L har aldrig sagt, at det var svært at visitere børn til ham, og sådan oplevede han det heller ikke selv. Der blev ikke lavet referater af tilsynene. Han havde gæstebørn, der valgte ham fra; en pga. religion. Det var en muslimsk pige, der blev hentet efter ½ time, fordi han som mand ikke måtte vaske og skifte en pige. Da han den 1. marts 2010 kom tilbage fra sin orlov, var G tilsynsførende pædagog. Han holdt også månedlige opfølgingsmøder med hende, og G sagde heller ikke noget om visitationsproblemer i forhold til ham. Efter hans orlov var der en periode, hvor han kun havde gæstebørn. Han ved ikke hvorfor; måske fordi han så kunne tage alle børn for en anden. Det var i hvert fald hans indtryk. Det var ikke noget, han drøftede med G. Der er ingen, der har sagt til ham, at der skulle være visitationsproblemer i forhold til ham. Han har aldrig oplevet, at forældre er gået igen eller har sagt fra over for ham.

I begyndelsen af april 2010 blev der holdt et stormøde i dagplejen, hvor der blev orienteret om nye tiltag og børnetal mv. B stod for mødet, og alle dagplejere var indkaldt. Han hilste på B. Han syntes, at B kredsede om ham og kiggede efter ham. Han kunne dengang ikke sidde på alle slags stole. I ugen efter stormødet kom B ud til ham. Hun kom, fordi hun på stormødet var blevet chokeret over at se, at han havde taget 25-30 kg på under sin orlov. Han ved ikke, hvorfor hun sagde det til ham. De snakkede om fitness. Han oplevede det grænseoverskridende og ikke særligt behageligt. B udtrykte bekymring for ham og hans mulighed for at kunne passe sit arbejde. De talte ikke om at komme op og ned fra gulvet. De aftalte ikke yderligere møder. Den 16. juli 2010 kom B igen uanmeldt. Det var igen hans vægt, der var årsagen. Hun udtrykte igen bekymring og spurgte, om han gjorde noget for at tabe sig. Møderne tog 15-20 minutter. De drøftede ikke andet end hans vægt på møderne i april og juli. Mødet var lige så grænseoverskridende og ubehageligt som i april. Den 18. oktober 2010 kom B for tredje gang på uanmeldt besøg. Formålet var igen at spørge til hans vægt. B spurgte igen, om han gjorde noget for at tabe sig. På det tidspunkt havde han kort forinden genoptaget sin træning. Han tror, at B syntes, at det var fint. B sagde, at det var bedst, at han ikke sagde til sine kolleger, at hun havde været der. Det opfattede han umiddelbart positivt. Under de uanmeldte besøg gav B ikke udtryk for bekymring om andet end hans fedme. De talte ikke om hans familieorlov. Det var noget, han talte med hende om, inden han gik på orlov. Det er rigtigt, at han havde mange udfordringer i orlovsperioden, da han mistede begge sine forældre. Endvidere begyndte hans søn med noget stimuli, hvilket selvfølgelig alt var noget, der påvirkede ham.

Han vidste godt, at man kiggede på, at der var dagplejere, der skulle afskediges. Det var almindeligt kendt. Han kendte ikke til kriterierne ved uansøgt afskedigelse af dagplejere, inden han blev opsagt. Han husker ikke, om der blev refereret til dem inden opsigelsen, men det tror han ikke. Han så og hørte om dem første gang efter opsigelsen. Han havde en dagplejemappe,

og hvis kriterierne sad i mappen, har han ikke lagt mærke til dem. Den 1. november 2010 blev han ringet op af B lidt over kl. 6.30. B orienterede ham om den påtænkte afskedigelse og om, at han ikke ville få børn den pågældende dag. Hun og M ville komme ud til ham. Det havde han ikke lyst til og sagde i stedet, at han ville komme ind på kontoret, når han lige havde sundet sig. Da han senere samme dag kom ind på kontoret, var B og M der. B sagde til ham, at han havde været ansat i mange år, og at de var glade og tilfredse med ham. Han fik masser af ros. Han spurgte, hvorfor det så var ham, der skulle afskediges. Hertil svarede B, at det var fordi, at der var en udfordring, som han ikke havde taget. Han spurgte, hvad det var, hvortil hun svarede, at det var hans vægt. Han bad hende om at skrive det i hans opsigelse. Det kunne hun ikke love, fordi det ikke var hende, der skrev opsigelsen. Han blev vred og forlod mødet.

Han modtog senere samme dag en sms fra sin tilsynsførende pædagog. Den kom uopfordret. Han havde ikke ringet til hende forinden. Han talte med G nogle dage senere, da hun kom ud til ham. Han husker ikke, om de havde aftalt, at hun skulle komme. G gentog, at hun ikke havde peget på ham, men på H. G begrundede sin indstilling af H med, at der var problemer i H's hjem, idet hendes søn havde nogle problemer med misbrug. H var sygemeldt på det tidspunkt. Han kan ikke sige hvilke datoer. G gentog, at hun ikke havde indstillet ham til afskedigelse. Han fik ingen reaktion på sit høringsbrev ud over opsigelsen. Der er ingen, der har sagt til ham, at de ikke har lagt vægt på hans fedme i forbindelse med afskedigelsen.

Han blev opsagt den 22. november 2010. Han blev træt af det; dels at han var fyret, dels at de ikke skrev, at afskedigelsen var begrundet i hans fedme. Derefter blev dialogen overladt til FOA. Han fik nyt arbejde efter ca. 10 måneder fra fratrædelsen; i begyndelsen af 2012. Han blev lastbilschauffør. Han kører stadig lastbil, men ikke for samme vognmand, som desværre gik konkurs. Det er rigtigt, at han efter EU-domstolens dom har udtalt til pressen, at han var glad for, at han ikke skulle erklæres handicappet. Det er fordi, han altid har opfattet handicap som en manglende arm eller ben eller psykisk handicappet. Men han har haft udfordringer i forbindelse med sin vægt.

O har forklaret, at han siden kommunesammenlægningen i 2007 har været personaleleder i X Kommune. Han var forinden stedfortræder for personalechefen i Y Kommune og har været ansat i personaleafdelingen i Y siden 1. marts 1980. Der er 2.300 ansatte i X kommune. Dagplejen henhører under forvaltningsgrenen "Børne og Kultur" som en selvstændig enhed med selvstændig ansættelses- og afskedigelseskompetence. Personaleafdelingen får skriftlig besked om, hvem der påtænkes afskediget; typisk på grund af faldende børneantal. I personaleafdelingen gennemgår de sagen og undersøger, at der er levet op til afskedigelseskriterierne. De går ikke nærmere ind i afskedigelseskriterierne, og hvordan de er blevet brugt. Det var hans indtryk, at dagplejeledelsen var

meget velfungerende. I forbindelse med overenskomstforhandlingerne i 2008 blev det aftalt mellem KL og FOA, at der skulle vedtages nogle afskedigelseskriterier i forbindelse med uansøgt afskedigelse.

Medarbejderes sundhed og trivsel blev sat på dagsordenen, fordi sygefraværet var stigende. Det var ikke usædvanligt, at A blev bevilget et abonnement til et fitnesscenter. Det kunne B selv beslutte inden for sit eget budget, og en opfølgning eller evaluering af en sådan bevilling ville være i overensstemmelse med sundhedspolitikken. Han modtog ingen henvendelser fra A, hans tillidsrepræsentant eller andre om, at B herved gik for tæt på. Han havde intet kendskab til A på afskedigelsestidspunktet.

Afskedigelsesproceduren var sædvanlig. Dagplejen skulle af driftsmæssige grunde afskedige gode medarbejdere, som de ellers ikke skulle af med. Det er helt sædvanligt, at de ikke går ind i en nærmere begrundelse, men blot henviser til driften og de generelle kriterier, også selvom ledelsen blev udfordret på opsigelsen.

Fra 2010 til 2011 var det et fald af dagplejebørn fra 472 til 443 børn. I samme periode eller i perioden 1. juli 2010 til 31. december 2011 blev antallet af dagplejere reduceret med 10 fra 132 til 122 dagplejere. I distrikt Y faldt antallet af dagplejebørn fra 54 børn den 1. juli 2010 til 47 børn ved udgangen af 2011. PAU uddannelse betyder, at pågældende dagplejer træder ud af normeringen og dermed ud af dagplejens udgifter.

Han blev involveret i sagen, da A søgte om aktindsigt i sin personalesag. A sendte den 5. november 2010 en anmodning om aktindsigt, som blev besvaret samme dag. Han blev orienteret om sagen, fordi de har meget få aktindsigtssager. Han talte med B, da A indsendte sit høringssvar den 11. november 2010. B og M overvejede svaret på høringsbrevet, og B gav udtryk for, at beslutningen var truffet ud fra en konkret vurdering ud fra faldende børnetal. Han tænkte, at det var en misforståelse, at A havde fået den opfattelse, at opsigelsen var begrundet i vægten. B sagde til ham, at hun over for A havde bekræftet, at hun havde givet ham en udfordring, men at hans fedme ikke blev bragt op. Han følte sig sikker på, at opsigelsen ikke havde noget med vægten at gøre. De talte ikke om, hvilket konkret kriterium, der var lagt vægt på. Han har på intet tidspunkt hørt fra nogen, at det havde noget med vægten at gøre.

Det er helt sædvanligt, at de ikke kommer ind på de konkrete grunde til opsigelsen, men blot henholder sig til det overordnede og den samlede vurdering. De peger ikke på en eller flere af de angivne afskedigelseskriterier. Når han i sit brev af 17. marts 2011 skriver om et forløb, der startede før 2007, er det fordi, han blev orienteret om, at A's vægt havde været drøftet med den daværende dagplejeledelse, som havde udtrykt bekymring for, om A kunne udføre sit arbejde optimalt. Han fik

i den forbindelse oplyst, at det havde været lidt besværligt for A at komme op og ned. Men A passede sit arbejde og var vellidt, og der blev ikke iværksat nogle tiltag i den forbindelse. Det er oplysninger, han har fra B.

De uanmeldte besøg i 2010 var begrundet i opfølgning på deres sundhedspolitik. B var bekymret for hans overvægt. Der er ikke sagt eller nævnt noget, som kunne give ham mistanke om, at afskedigelsen skulle handle om overvægt. Det var visiteringsmulighederne, der indgik i grundlaget for opsigelsen. Han husker ikke, hvornår han første gang hørte om visiteringsmulighederne, men det var langt inde i sagsforløbet.

Han er HK-uddannet. Det er sædvanligt ikke at angive hovedhensynet bag en driftsmæssig afskedigelse. Han ved ikke, om sundhedspolitikken for X Kommunes medarbejdere blev videreudviklet i MED-Lokaludvalgene som forudsat. Han er ikke bekendt med, om der fra dagplejen er lavet en konkret sundhedspolitik. Hvis der først er evalueret på A's vægt i 2010, er det rigtigt, at det er længe at vente med en opfølgning på et tiltag fra 2007. De oversigter, der er lavet over antal faste børn pr. dagplejer i Y Øst og Vest i 2010 og 2011, er udarbejdet i dagplejen. Da de havde modtaget A's høringsbrev, spurgte han B ; hvorfor A mente, at han var blevet fyret på grund af sin vægt. B fortalte ham, at A under mødet den 1. november 2010 havde spurgt hende, om det var fordi, han var for fed, og at hun havde svaret, at det var en anden sag, men at det var rigtigt, at hun havde givet ham en udfordring om vægt. Hvis fedme var indgået i grundlaget, ville det have været usaglig afskedigelse.

Det er nyt for ham, at B først modtog de sidste indstillinger den 28. oktober 2010. Det vidste han ikke, da han skrev brevet af 17. marts 2011. Det var P11 der stod for udarbejdelsen af afskedigelsen. Det er ham eller både ham og P11 , der efterfølgende har haft dialogen med B :

V har forklaret, at hun har været advokat hos FOA i 11 år. Hun er ansat i forhandlingssektionen. De havde i november 2010 holdt nogle dialogdage, hvor de havde undervist i grundlæggende rettigheder og forskelsbehandling. Den 10. november 2010 blev hun ringet op af N fra FOA , som fortalte om et medlem, der var blevet afskediget på grund af fedme. Hun undersøgte sagen og tænkte umiddelbart, at det faldt ind under forskelsbehandling. Hun ringede til advokat Jacob Sand, som var enig. Hun gav N en tilbagemelding og bad hende anmode kommunen om en forhandling. Forhandlingen blev fastsat til den 7. december 2010. Hun talte kort med N inden forhandlingen. Efter forhandlingsmødet sendte N sagen ind. Hun var selv syg indtil den 21. december 2010, og da hun kom tilbage, havde hendes chef set på sagen. Han sagde, at det var en sag, som skulle prøves. Den 27. december 2010 sendte hun en anmodning om, at sagen blev indbragt for afskedigelsesnævnet, og den 4. januar 2011 fik

hun svar fra KL, som havde sat konsulent P10 på sagen.

P10 ringede allerede den 7. januar 2011 og sagde, at han ikke ville have en forhandling, fordi det ikke var i strid med nogen regler at afskedige en medarbejder, fordi vedkommende var overvægtig. Det var hun uenig i. Hun bad om at få det på skrift, hvilket P10 lovede hende. P10 sendte dog ingenting. Hun synes, det var usædvanligt, at KL ikke ville have en forhandling. Hun samlede sagen og sendte den til advokat Jacob Sand den 12. januar. A havde en sms fra sin tilsynsførende pædagog, som skrev, at hun ikke havde indstillet ham til afskedigelse. De besluttede sig på den baggrund for, at sagen skulle gå videre. A og B var uenige om, hvad der blev sagt på mødet den 1. november 2010.

N har forklaret, at hun er næstformand i FOA, som hun har været tilknyttet siden 1999. Hun kendte ikke A før sagen. Han ringede til hende dagen efter mødet med dagplejelederen og tillidsrepræsentanten den 1. november 2010 og sagde, at han gerne ville mødes med hende. Han var i afdelingen den 10. november 2010. Han var dybt berørt over, at det var ham, der skulle afskediges. Han havde spurgt til begrundelsen og fået at vide, at det var børnemangel samt en udfordring, som han ikke havde taget imod. Han havde spurgt, om den udfordring havde noget med hans vægt at gøre, hvilket var blevet bekræftet. Han havde medbragt den påtænkte afskedigelse. Hun sagde til ham, at han skulle bede om aktindsigt. Hun involverede V, fordi hun lige havde været til dialogmøde i FOA-regi om ligestilling og forskelsbehandling. Hun gik ind ved siden af og ringede til V som mente, det var forskelsbehandling, og rådede hende til en lokal forhandling. Hun var involveret i formuleringen af høringssvaret. A blev afskediget.

Hun husker ikke, hvornår hun talte med V igen, men det var inden forhandlingsmødet den 7. december 2010. B og O deltog i forhandlingsmødet. Normalt er medlemmet ikke selv med til et sådant forhandlingsmøde. B var meget tavs under mødet. Fedmen blev mere kommenteret af O som sagde, at han ikke kunne se, at der var nogen sag. Han gav udtryk for, at det nærmest var uforskammet at komme med sagen. Han mente, at afskedigelsen overordnet var begrundet i børnemangel. Hun lavede et referat af mødet, som hun havde forberedt inden mødet. A havde givet udtryk for, at han ikke var bekendt med afskedigelseskriterierne. B og O tog referatet med hjem og kommenterede på det dagen efter.

Hun talte to gange telefonisk med tillidsrepræsentant M og fik hver gang bekræftet, at A var blevet valgt, fordi han ikke havde taget imod en udfordring omkring hans vægt. Hun bad om det på skrift, hvorefter hun orienterede V.

A fik også en sms fra G, som skrev, at hun ikke

havde peget på A . Den skulle sikres og udskrives, men X Kommune ville først ikke tillade hende at deltage i det møde, hvor sms'en skulle udskrives. Først da advokaterne havde talt sammen, fik hun lov til at deltage i mødet. Hun har ikke hjulpet A med at svare på de spørgsmål, som FOA den 22. november 2010 anmodede om at få besvaret til brug for sagsbehandlingen.

T har forklaret, at han har været læge for A siden 1995. A har i hele perioden været det, der kaldes "ekstrem fed". Når man er ekstrem fed, er der øget risiko for slidgigt, hjerte-kar-sygdomme, søvnapnø, samt andre funktionsmæssige begrænsninger som følge af overvægten. Fedme vil typisk påvirke personens mobilitet. For eksempel kan slidgigt i knæene give begrænsninger samt smerter. Som ekstrem fed bliver man lettere forpustet og får vejrtrækningsproblemer. De nævnte faktorer gjorde sig alle gældende for A .

I april 2006 viste en laboratorietest, at A havde tegn på sukker-syge. Symptomerne forsvandt senere efter et væggtab. Der blev løbende lavet kontroller, og i 2008 var A's blodprøver normale. Det var efter det nævnte væggtab.

I 2007 fik A ordineret blodtryksmedicin. I forbindelse med en senere fornyelse af recepten, opdagede han, at A tilsyneladende ikke tog medicinen regelmæssigt. Han indkaldte ham derfor til kontrol. Når man er fed, er der en øget risiko for, at man også får for højt blodtryk, hvilket igen er en risikofaktor for hjerte-kar-sygdomme.

I august 2007 fortalte A , at han ville tage til Tyskland for at blive fedmeopereret, idet han ønskede en varig løsning på sit vægtproblem. Operationen blev imidlertid ikke gennemført, fordi der opstod respirationsstop, da A blev lagt i narkose.

I september 2007 blev der lavet en lungefunktionstest for at tjekke om A havde astma, eller om hans vejrtrækningsbesvær alene skyldtes, at hans fedme gjorde, at lungerne ikke kunne bevæge sig frit. Der kom aldrig nogen endelig konklusion, og undersøgelser viste, at den nedsatte lungefunktion nok skyldtes både fedme og astmatendens.

A led også af søvnapnø. Det betyder, at han havde respirationspauser under søvn, hvilket medførte udtalt træthed. Undersøgelser viser, at to ud af fem overvægtige lider af søvnapnø. A blev sat i behandling, idet han fik et apparat, han skulle sove med, hvilket gav en meget bedre søvn. Han har i journalen lavet et notat om, at A efterfølgende har oplyst, at han følte sig bedre tilpas, og at det havde hjulpet på hans træthed.

I februar 2008 er det i journalen anført, at A havde tilbageløb fra mavesæk til spiserør. Symptomerne herpå er blandt andet sure opstød. Den tilstand kan skyldes fedme. Problemet opstår, når mavesækken lejres anderledes, hvilket kan ske, når man er fed. Der blev igangsat medicinsk behandling. Han ved ikke, om den hjalp.

A havde endvidere navlebrok gennem adskillige år. Tilstanden er forårsaget af fedtvæv, som buler ud et bestemt sted på bugen. Det kan være ubehageligt og give trykken, men nok ikke så mange smerter. Brokket kan skyldes fedme, da trykket bagfra mod bugen er større hos fede personer.

Fra slutningen af 2009 og frem til 2010 var der ingen markante ændringer i A's helbredstilstand. Det kom først efter, at A blev fedmeopereret i januar 2014. Operationen medførte et større vægttab. Han har ikke noget sted i journalen noteret, at A skulle lide af depression.

A fik senere konstateret slidgigt. Det indgår i hans vurdering, inden A tog til Tyskland i 2007, at slidgigt var en risikofaktor. Diagnosen kom til senere.

M har forklaret, at hun blev ansat i Y Kommune i april 1986. Hun har været tillidsrepræsentant i 27 år. Hun er stadig tillidsrepræsentant. Efter kommunesammenlægningen er de to tillidsrepræsentanter i Dagplejen. Hun er bekendt med kommunens sundhedspolitik. Hun sidder i hovedudvalget og har selv været med til at lave den. Hun husker ikke, om den er videreudviklet inden for Dagplejen.

I 2010 annoncerede man, at der skulle afskediges dagplejere. Hun mener, at den aftalte procedure blev fulgt. Hun blev gjort bekendt med, at det var A, der skulle afskediges. Hun husker ikke hvornår. Hun fik at vide, at A var valgt efter en konkret helhedsvurdering på baggrund af de vedtagne kriterier. Hun deltog i mødet med A den 1. november 2010 hos kommunen. B deltog også. Hun kan ikke huske, hvad der ordret blev sagt på mødet. Hun husker, det blev nævnt, at der var stillet A en udfordring. Hun ved ikke, hvad denne udfordring gik ud på.

Hun husker ikke, om hun talte med N fra FOA i, inden hun besvarede hendes mail af 19. januar 2011. Hun husker heller ikke, om hun talte med N om, at der på mødet var nævnt noget med en udfordring.

Som dagplejer har man til opgave at lære børnene forskellige ting. Man skal også lege med dem og være fysisk med dem. De har været på kurser, hvor de lærte, at det var vigtigt at bruge sig selv som redskab. Hun har aldrig besøgt

A , men været i legestue med ham. Han var ikke specielt aktiv. Hun bliver ikke inddraget i tilfælde af, at der er visitationsproblemer hos den enkelte dagplejer.

P9 har forklaret, at hun er souschef i Dagplejen i X Kommune, hvilket hun har været siden 1. oktober 2014. B var fra-trådt, da hun tiltrådte. Hun har ikke været involveret i A's af-skedigelse. Det overordnede formål med at lade pædagoger føre tilsyn med dagplejerne er at sikre, at børnenes behov for udvikling og trivsel varetages. Pædagogerne bruges også til at sparre med dagplejerne. Det kan også være, at den enkelte dagplejer vælger at dele nogle private udfordringer med dag-plejepædagogen, for eksempel hvis dagplejerens trivsel er påvirket af private forhold.

Dagplejeren får fire anmeldte og et uanmeldt tilsynsbesøg om året. De kan altid aftale, at der laves flere tilsyn. Der er også tilsyn ved opstart af nye børn samt ved afslutningen af børnene. Der er nok otte til ti besøg hos dagplejeren om året. Hun tager også selv på tilsyn, men det er ikke så ofte. Pt. har hun en dagplejer, som hun besøger, fordi den pågældende har nogle særlige udfordringer.

Hun har hørt, at B var en leder, som kunne lide at "komme tæt på".

B kunne finde på at træde til med børnepasningen, hvis en dagplejer havde brug for aflastning.

Hun har selv flere gange været ude for at tilbyde støtte, hvis en dagplejer havde en særlig udfordring. Det kunne for eksempel være i form af psykolog-samtaler. En sådan udgift kan klares inden for deres eget budget.

I dag er der hundrede dagplejere i kommunen. Reduktionen skyldes nedgang i antallet af børn samt oprettelse af flere vuggestuepladser.

De kan trække på statistikker, og de kigger også på ventelister for at beregne det fremtidige behov for dagplejepladser. De kigger på det enkelte distrikt. Forældrene får tilbudt en dagplejeplads i det distrikt, de bor i.

De er pt. i en proces, hvor de skal afskedige dagplejere i X og ansætte dagplejere i Z og Y . Der sker således en løbende tilpasning. De anvender nogle generelle afskedigelseskriterier. Det kan tillægges vægt, hvis en dagplejer ofte fravælges af forældrene, da dette kan skabe en situation, som belaster de andre dagplejere. Ofte handler et fravalg af en bestemt dag-plejer om kemi mellem forældrene og dagplejeren. De spørger altid om grun-den til forældrenes fravalg, men det er ikke altid, at forældrene ønsker at sva-re på det, måske fordi der jo er tale om små samfund, hvor folk kender hi-nanden. Hvis en dagplejer fravælges oftere end andre, snakker de med dag-plejeren om det. Hun har ikke oplevet, at forældre af kulturelle grunde har valgt en dagplejer fra.

Tilsynet hos den enkelte dagplejer foretages kun undtagelsesvist af lederen. Det sker kun, hvis en dagplejer eller en tilsynsførende pædagog anmoder om det. Det kan også ske, at lederen selv mener, at en dagplejer har udfordringer. Hun har aldrig selv været på et uanmeldt besøg. Hun kan forestille sig, at det var nødvendigt for eksempel, hvis der var mistanke om, at en dagplejer havde et alkoholmisbrug eller ikke tog sig ordentligt af børnene.

Hendes forklaring afgives på baggrund af hendes kendskab til forholdene i dagplejen aktuelt, men hende bekendt, er der ikke sket ændringer i forhold til, hvordan det foregik tidligere.

B har forklaret, at hun var dagplejeleder, indtil hun gik på pension pr. 31. december 2013. Hun tog selv på tilsynsbesøg hos dagplejerne en gang i mellem. Det kunne ske, hvis der var nogen, der ikke trivedes. Dagplejerne kunne selv bede om, at hun kom, og det kunne de tilsynsførende pædagoger også. Hun var meget opmærksom på at yde støtte i den situation, da dagplejernes trivsel var vigtig for hende. Hun var nok på besøg to-tre gange om året i alt. Det første besøg var måske aftalt, men de efterfølgende var så uanmeldte, da dette gav et bedre indblik i de reelle forhold hos dagplejeren.

Hendes samarbejde med A startede i forbindelse med, at han sendte hende nogle mails om forskellige ting. A var på det tidspunkt talsmand for området, og han havde stor opbakning blandt kollegerne. Han var en engageret dagplejer og foregangsmand på mange områder. Han var god til at sætte aktiviteter i gang. Blandt andet havde han sørget for, at der blev etableret en legeplads i en skov. Han var selv med til at etablere et bålsted m.v. Der var ikke særlige forhold i forbindelse med A, som gav anledning til bekymring. Hun tænkte, at det kørte godt hos ham. Hun tænkte ikke, at A kunne have særlige udfordringer på grund af sin vægt. Hun har aldrig hørt, at A ikke kunne tage imod tilbuddet om fællestransport til forskellige fællesarrangementer, fordi han på grund af sin vægt var nødt til at køre i egen bil. Såfremt hun havde fået det at vide, ville han have fået tilkendt kørselsgodtgørelse.

A fortalte hende på et tidspunkt, at han gerne ville gennemgå en fedmeoperation. A sagde, at grunden til det var, at han var bange for at dø fra sine børn. Det forstod hun godt. Hun havde fokus på hans trivsel og tænkte ikke på hans vægt, men støttede op om hans ønske om operation. A har aldrig sagt noget om, at han havde problemer med at udføre sine daglige arbejdsopgaver. Den lange sygeperiode på 106 dage fra den 17. september 2007 skyldtes den fedmeoperation, som ikke blev gennemført. Hans øvrige sygefravær i 2007-2010 overstiger ikke det sygefravær, som andre dagplejere i kommunen havde.

Hun havde vist ikke kontakt med A, mens han var sygemeldt i 2007. Hun kan ikke afvise, at de havde kontakt, men hun husker det i givet

fald ikke. A spurgte på et tidspunkt efter den mislykkede operation, måske umiddelbart efter at han kom tilbage på arbejde, om han kunne få hjælp til at komme i form. Hun bevilligede derefter et års fitnessabonnement. Der var penge i hendes budget til, at hun kunne gøre dette uden godkendelse andre steder fra. Hun talte med A på kontoret. Hun syntes, det var flot, at A ville gøre noget selv. Der var ikke forhold som fik hende til at tænke, at han havde svært ved at passe sit arbejde. Hun har også bevilliget personlig støtte til andre dagplejere. For eksempel har hun bevilliget psykologhjælp, som lå uden for kommunens ordning, samt konsulentbistand til en dagplejer, som var kørt fast i nogle rutiner.

Hun var ude ved A i 2008. Han fortalte blandt andet om sin diætist, som havde givet familien god vejledning. Hun syntes, de havde en god dialog. A fortalte åbent om, hvordan det gik. Hendes opfattelse var, at A fungerede godt som dagplejer. Han nævnte ikke selv, at der var arbejdsopgaver, som han ikke kunne varetage.

Baggrunden for A's orlov på et år fra marts 2009 var, at han skulle have tre børn i pleje. Han fortalte om de problemer, han havde haft med kommunen, som ikke ville imødekomme hans ønske om nogle bevillinger til plejebørnene. Hun mener, at hun havde kontakt med A under hans orlov, men husker det dog ikke konkret. Efter at A startede som dagplejer igen i marts 2010, var hun ude hos ham. Han gav stadig udtryk for vrede over kommunens håndtering af plejefamiliesituationen. A var faktisk meget vred. Kommunen havde fjernet plejebørnene før tid, og han fortalte også, at hans søn var kommet ud i kriminalitet på grund af de udfordringer, som familien havde haft, da de skulle tage vare på plejebørnene. A havde det ikke godt. Hun var taget ud til ham for at snakke om hans trivsel. A nævnte, at han egentlig gerne ville, men at han ikke lige nu havde overskud til at træne i fitnesscenter.

I sommeren 2010 var hun igen på besøg hos A for at høre, hvordan han havde det, fordi hun vidste, det var svært for ham. Hun ville tilbyde ham støtte, hvis det var muligt. De talte ikke om A's vægt. A sagde, at han stadig ikke havde overskud til at træne i fitnesscenter. A var lidt i krise og skulle videre, og det ville hun gerne hjælpe ham med. Hun respekterede, at han ikke havde overskud til træning. Der var god stemning ved besøget. A var åben og nævnte ikke noget om, at han opfattede hendes besøg, som var uanmeldt, som ubehageligt eller negativt.

Den 18. oktober 2010 var hun igen på uanmeldt besøg hos ham. A fortalte, at han nu var klar til at starte i fitnesscenter igen. Han var ved at være igennem, og hans vrede mod kommunen var aftaget. Han spurgte, om hun kunne bevillige et års fitnessabonnement igen. Det svarede hun nej til, fordi hun mente, at det nu var hans egen motivation, som skulle drive ham videre. A nævnte ikke noget om, at han havde syg-

domme eller andre gener, som vanskeliggjorde hans arbejde. Dagplejepædagogen havde nævnt, at det gik lidt langsommere for A med at komme op at stå og gå ture, men at han ikke havde problemer med at klare det.

Hun fik løbende meldinger fra dagplejepædagogerne og sin sekretær om, hvordan udviklingen i børnetallet var. Det var en løbende proces at holde øje med det. Det kunne ændres fra måned til måned.

På MED-mødet den 9. september 2010 blev det drøftet, som det fremgår af referatet, at de skulle reducere med to dagplejere i Y og en i P på grund af nedgang i børnetallet. Ved vurderingen af, hvor mange der skulle afskediges, havde de inddraget information om forventet naturlig afgang. De skulle også drøfte, om nogen af dagplejerne kunne forventes at starte på PAU-uddannelsen, da dette var næsten udgiftsneutralt for kommunen. Som det fremgår af dagsordenen/mødereferatet, skulle de drøfte kriterierne ved den uansøgte afskedigelse. Det var de vedtagne generelle afskedigelseskriterier, der her var tale om. Kriterierne var udleveret skriftligt til alle dagplejerne med besked om, at det skulle indsættes i mappen under afsnit 10. Kriterierne var udsendt med et nyhedsbrev. Efterfølgende viste det sig, at man løste situationen i P ved et samarbejde med distrikt S, blandt andet fordi der var en sygemeldt dagplejer, som fik tilbudt at starte på PAU-uddannelsen, og derfor undgik man afskedigelse i det distrikt. Det endelige resultat var, at der kun var én dagplejer, nemlig A, som blev afskediget. Grunden til, at man kunne nøjes med én afskedigelse i dette distrikt, var, at der var en dagplejer, P2, i Y Øst, som gerne ville på pædagogseminariets meritlinje, hvilket blev bevilliget. P2 star tede på uddannelsen i sommeren 2011.

Der blev holdt et personalemøde den 27. oktober 2010. På mødet skulle dagplejepædagogerne i distrikt Y melde et navn ind på den dagplejer i hver gruppe i distriktet, som bedst kunne undværes ud fra de generelle afskedigelseskriterier. Pædagogerne skulle også oplyse, om der var flow i udviklingen hos den dagplejer, de pegede på. Hun overlod til dagplejepædagogerne at byde ind med et navn, fordi det var dem, der kendte den enkeltes hverdag. Som begrundelse for, at pædagogerne havde peget på dagplejerne, husker hun blandt andet, at der var en, der havde problemer med pædagogikken og forældresamarbejdet. Der var også en, der var lidt træg med at få tingene gjort. Om A blev det nævnt, at der var problemer med at visitere børn til ham, idet forældre fravalgte ham oftere end andre. G indstillede to dagplejere, efter at hun havde haft en dialog med L herom. Hun husker, at G havde svært ved at pege på en dagplejer i Y øst, da hun ikke havde haft L's gruppe så længe. Det var derfor, at G havde en snak med L, inden hun indstillede A. Hun talte efterfølgende med L, som sagde, at det var svært, fordi hun havde været væk og ikke vidste, hvad der var sket siden. Det var efter, at A var kommet tilbage fra orlov i 2010, at der var opstået problemer

med visiteringen af børn til ham. G havde kun haft tre besøg hos A og kendte ham derfor ikke ret godt. Af de bilag, der lå på sagen, fremgik, at der også havde været udfordringer vedrørende visitation af børn til A før orloven. Det afgørende for hende var imidlertid G's indstilling.

De gemmer ikke dagplejepædagogernes indstillinger. De bliver makuleret, når de har truffet afgørelse om, hvem det er, der skal afskediges.

Problemet med visitationsvanskeligheder hos en dagplejer er, at der kan stå tomme pladser, ligesom det giver mange forstyrrelser at finde en anden plads. Det er også dyrt, hvis man er nødt til at placere fem børn hos en dagplejer, da det giver ekstra betaling.

Dagplejeren H blev indstillet til afskedigelse af G, fordi hun havde udfordringer med det pædagogiske. G nævnte dog, at der var fremgang. Hun har ikke hørt om, at H havde problemer med en søn. I Vest 1 blev der peget på P12, og begrundelsen fra pædagogen var, at hun havde problemer med forældresamarbejdet. I Vest 3 blev der peget på P13.

Det var hende der sammen med souschefen skulle træffe afgørelse om, hvem der skulle afskediges. De nåede frem til to navne, nemlig D i Syd og A i Øst. D havde haft det svært med de pædagogiske opgaver og med forældresamarbejdet. Hendes dagplejepædagog C kom forbi kontoret, mens hun sammen med souschefen sad og drøftede afskedigelsen. C fortalte, at hun lige havde været på besøg hos D, og at hun havde oplevet en meget positiv udvikling hos hende. C var helt høj og sagde, at der var gået hul på bylden, og hun troede nu på, at det nok skulle gå. Valget af, hvem der skulle afskediges, faldt herefter på A. De valgte at lægge afgørende vægt på de manglende visitationsmuligheder. De måtte konstatere, at han var den, det var sværest at placere børn hos. Det var det, der blev det afgørende. A's vægt indgik ikke i beslutningen. De talte ikke om hans vægt.

Det var hende, der ringede til A om morgenen den 1. november 2010 og meddelte ham beslutningen om, at det var ham, der skulle afskediges. På det tidspunkt havde de sørget for, at hans børn blev passet i gæstedagpleje. Hun tilbød at komme og drøfte beslutningen med A hos ham i trygge omgivelser, men A valgte, at samtalen skulle foregå på hendes kontor. A kom derefter til møde hos hende den 1. november om formiddagen med tillidsrepræsentanten M. A var vred og frustreret, da han kom. Hun fortalte, at baggrunden for afskedigelsen var det faldende børnetal. Hun havde fået at vide af kommunen, at de ikke skulle gå ned i den nærmere begrundelse. A sagde, at han var sikker på, at det var hans vægt, som var årsagen, og det blev han ved med at fastholde. Hun sagde derefter: "Du har haft en udfordring, men det har ikke noget med det her at gøre". A blev ved med at holde fast i, at

det var vægten, der var årsagen til hans afskedigelse. Det kunne hun ikke ændre på, men hun holdt fast i, at det ikke havde noget med vægten at gøre. Til sidst måtte hun afslutte mødet, for de kunne ikke komme videre. A var fortsat vred, da han gik.

Til oversigterne over antallet af faste børn pr. dagplejer i Y Øst 2010 og 2011 har hun forklaret, at P1 havde varslet, at hun muligvis skulle være plejemor, men hun vidste ikke hvornår. C var ikke gravid, da de afskedigede A. Der kom ikke nye dagplejere som følge af P1's og C's orlov.

Hun har vedrørende oversigterne over antallet af faste børn pr. dagplejer i Y Syd i 2010 og 2011 forklaret, at P6 blev sygemeldt i 2010 og fratrådte i 2011. P7 fratrådte i maj 2011. Der kom ikke nye dagplejere i stedet for P6 og P7. Som det fremgår af oversigten vedrørende Y Vest i 2010 og 2011, fratrådte der også dagplejere i Vest i den pågældende periode. Der blev ikke ansat nye dagplejere i stedet for dem.

Hun er ikke klar over, hvornår oversigterne er lavet. Hun har gennemgået dem, og de er efter hendes opfattelse retvisende. A figurerer med 0 børn i uge 30, 31 og 32 i 2010, hvilket er korrekt, idet han ikke havde faste børn i den pågældende periode. Hun har ikke gennemgået oversigten over A's faste børn og gæstebørn i perioden fra uge 9 i 2010 til uge 45.

Hun mindes ikke, at der var en dagplejer i Y, der gik på pension den 31. juli 2010. Det fremgår heller ikke af oversigten. Hun husker, at de to dagplejere, som begge hed P4/P5 gik på pension i 2010.

Hun husker ikke, om hun så X Kommunes brev af 17. marts 2011 til A's /FOA's advokat. Hun husker heller ikke, om hun talte med O, inden brevet blev skrevet. Den viden, der fremgår af brevet i afsnit 4 om, at den udfordring, hun havde nævnt over for A, drejede sig om et forløb, der startede før 2007, hvor dagplejeledelsen drøftede A's vægtproblem med ham, idet hans overvægt havde negativ indflydelse på hans mulighed for at udføre arbejdet optimalt, ved hun ikke, hvor O har fra. Hun kan ikke genkalde sig, at det skulle være oplysninger, hun har meddelt ham. Hun har aldrig sagt til A, at hun havde stillet ham en udfordring, som det fremgår af kommunens brev af 17. marts 2011, afsnit 3. Det hun sagde til A var: "Ja, du har en udfordring, men den har ikke noget med det her at gøre".

Hun interesserede sig kun for A's trivsel. A havde selv fortalt, at det gik langsommere, når han skulle ned og op fra gulvet, men han klarede sig jo alligevel. Det var sværere for A, hvis et barn stak af, men L var ikke bekymret for det. L fortalte, at A var kreativ og god til at tage hånd om børnene. Hun var på tilsyn hos

A tre gange i 2010. Hun kunne aldrig finde på at sige til A, at han ikke måtte nævne besøget over for sine kolleger.

Hun er bekendt med sms-beskeden fra G til A, som G sendte den 1. november 2010 kl. 09.51. Hun har drøftet sms-beskeden med G. G har sagt, at hun ikke vidste, at det blev A, som skulle afskediges. Hun var blevet forskrækket og overrasket over det. Det skulle angiveligt være grunden til, at G havde sendt sms'en.

Hun deltog den 7. december 2010 sammen med O i mødet med FOA ved N. De drøftede A's afskedigelse. X Kommunes bemærkninger til N's referat, som fremgår af notatet på referatet, dateret den 8. december 2010, er ikke korrekte, for så vidt angår hendes møde den 18. oktober 2010 med A. Dette møde handlede ikke om vægttab. Hun spurgte ind til, hvordan A trivedes, og hvordan det gik. Det var det, der var formålet med mødet. Hun har ikke skrevet bemærkningerne.

L har forklaret, at hun er dagplejepædagog i X Kommune. Som pædagogisk tilsynsførende er det hendes opgave at sikre trivsel blandt børn og dagplejere, herunder sikre ny læring og udvikling. Hun tager jævnligt på tilsyn hos dagplejerne. De laver profiler på hvert enkelt barn. Indimellem er de også i legestuen. De har bestemte distrikter. Lige nu har hun distrikt X sammen med en anden. De har 27 dagplejere og et gæstehus, som de holder tilsyn med. En dagplejepædagog har normalt tilsyn med 13-20 dagplejere. De har færre grupper i dag, end i 2011, fordi der ikke er så mange dagplejere.

Hun mødte A i august 2007, da hun kortvarigt overtog distrikt Y Øst. Hun var der kun i august og september måned på grund af en sygdom. Hun havde et tilsyn hos A i august 2007 og et andet besøg, hvor hun afleverede et eller andet til ham i september måned. A var en engageret dagplejer, som deltog i alt, hvad der var at deltage i. Hun oplevede ikke umiddelbart, at A havde udfordringer. Hun bemærkede dog, at han havde det varmt og svedte, men ellers var der ikke noget særligt. Hun mindes ikke at have hørt nogen nævne, at A's vægt var et problem. A havde et længere sygefravær i 2007. Han fortalte, at han skulle have en gastrisk operation i Tyskland. A var følelsesmæssigt berørt, da han fortalte om operationen. A sagde, at lægen havde sagt til ham, at han skulle gøre noget nu, hvis han ville opleve sine børns konfirmation. Hun havde ikke indtryk af, at A havde mere sygefravær end andre. 11 dages sygefravær over 8 måneder, som han angiveligt havde i 2007, er ikke iøjnefaldende. Der er dagplejere, som har færre men også flere sygedage. Hun ved ikke, hvad gennemsnitssygefraværet er. A fortalte ikke, at han havde andre lidelser. Han fortalte kun om sin fedme.

I januar 2008 blev hun fastansat til at varetage gruppe Øst 1 i Y sammen med distrikt P, som hun havde haft hele tiden. B fortalte, at A havde fået et års fitnessabonnement. A fortalte selv senere, at han var glad for det, og han havde tabt sig. Han fortalte også, at han havde tabt sig i forbindelse med, at han havde været i Tyskland. Hun talte først med A efter, at han var raskmeldt i 2007. Der var ikke opgaver, som han ikke kunne klare. Det var sværere for A at komme ned og op, men han kunne godt. Han havde ingen problemer med at gå. A var taknemmelig over, at B havde sagt ja til, at han kunne få et fitnessabonnement.

Hun var dagplejepædagog for A fra januar 2008, til han gik på orlov i marts 2009. A var glad for sit arbejde og meget aktiv; også fysisk aktiv med børnene. A kunne sætte sig på gulvet og rejse sig op uden problemer, dog gik det lidt langsommere. A var ikke anderledes end andre dagplejere, og han tumlede også med børnene. Der var ikke arbejdsopgaver, han ikke deltog i. Hun hørte ikke negative bemærkninger fra ledelsen om A's vægt. Hendes oplevelse var også, at han blomstrede. Hun havde ikke kontakt med A i hans orlovsperiode. A besøgte legestuen en gang imellem, mens han havde orlov. Hun snakkede med ham om, at det kunne være svært at have børn i pleje. Det fortalte A åbent om. Hun gik på barselsorlov i begyndelsen af 2010. Hun var et par gange på besøg i legestuen under sin orlov, og i den forbindelse traf hun også A. Hun oplevede ikke A som anderledes end tidligere.

Hun husker ikke, hvornår hun hørte om de forestående afskedigelser af dagplejere i efteråret 2010. Hun var lidt involveret i afskedigelse af A. I oktober 2010 kom hun på besøg på kontoret, og B spurgte hende om, hvem hun ville pege på i Øst 1, hvis hun blev bedt om det. Hun sagde til B, at hun nok ville vælge A. Udfordringen med A var de manglende visiteringsmuligheder. Hun sagde dog til B, at hun måtte spørge G om, hvad der var sket i hendes orlovsperiode. B havde ingen bemærkninger til, at hun pegede på A, og hun forholdt sig neutral. Hun betonedede over for B, at det var vigtigt, at hun forhørte sig hos G. Hun drøftede senere spørgsmålet med G, og hun sagde til G, at hun måtte se på, om der stadig var forholdsmæssigt mange, der valgte A fra. G tilkendegav herefter, at hun var enig i, at det var A, der skulle peges på. A's vægt var ikke et emne. Hun har heller ikke selv tillagt hans vægt betydning. Det er G og ikke hende, der har peget på A.

Det var svært for dem, når de ikke havde mulighed for at visitere til alle dagplejerne. Der var forældre til gæstebørn, der sagde fra over for A, men også forældre til børn, som man havde til hensigt at placere fast hos ham. Den 1. april 2008 havde A to faste børn. De andre dagplejere i område Øst havde fire faste børn. Årsagen var måske, at nogen af

forældrene havde valgt A fra. Hun talte et par gange med A om udfordringen med at placere børn hos ham. A snakkede om, at det kunne være svært at være mand inden for dagplejefaget. De kom det ikke nærmere. A fik ikke at vide hver gang, der var nogen, der havde fravalgt ham. Der var nok 8-10 forældre, der havde sagt nej tak til en plads hos A i perioden fra januar 2008 og frem til marts 2009. Der var også andre dagplejere, der oplevede fravalg. Det skete måske 2-3 gange over en 15 måneders periode. Hun indberettede det til dagplejesystemet. Systemet blev afskaffet i 2009. Der var økonomiske udfordringer ved at have tomme pladser hos dagplejerne. Det gav også ekstra pres hos de andre dagplejere, som skulle have ekstra børn. Hun ved ikke altid, hvad der er årsag til, at forældre fravælger en dagplejer. Som regel går de i dialog med forældrene om spørgsmålet. Hun har en gang fået den begrundelse med hensyn til fravalg af A, at det var fordi A var en mand, og barnet var en pige, som var bange for mænd. Hun deltog ikke i personalemødet den 27. oktober 2010. Hun var ikke yderligere involveret i afskedigelsen. Hun har ikke senere hørt nogen sige, at A blev valgt på grund af sin vægt.

Hun har til oversigterne over faste børn hos de enkelte dagplejere i de forskellige grupper i Y i 2010 og 2011 oplyst, at de viser, at der var for mange dagplejeadsler i forhold til antallet af børn. Baggrunden for forskellen på antallet af børn hos den enkelte dagplejer kan et være behov for, at et søskendepar er sammen eller behov for varetagelse af særlige pædagogiske hensyn.

P10 har forklaret, at han er forhenværende konsulent i Kommunernes Landsforening. Han var konsulent i KL i alt i seks år, senest i perioden fra april 2010 til 2014. Han er uddannet cand.jur. I KL beskæftigede han sig også med afskedigelsessager. Ved driftsmæssigt begrundet afskedigelser som følge af nedskæringer var der tradition for, at man ikke konkret begrundede disse. Det var for at undgå at skade den ansatte. I 2007 traf Højesteret afgørelse om, at der var en begrænset begrundelsespligt ved afskedigelser på grund af økonomi. Det var i disse sager tilstrækkeligt at henvise til generelle afskedigelseskriterier. Hverken den ansatte eller arbejdsgiveren har interesse i, at der gives yderligere begrundelse.

Den omhandlede sag blev sendt ind til KL i juleferien i 2010. Efter juleferien kiggede han sagen igennem og kontaktede X Kommune, hvor han talte med O. O sagde klart, at begrundelsen for afskedigelsen udelukkende var nedskæringer. Der havde ikke indgået andre begrundelser ved valget af A end de generelle kriterier. Efter samtalen med O lavede han notatet af 5. januar 2011 om samtaleindhold.

Han er blevet foreholdt, at V har lavet et notat om, at hun havde talt med KL og anført "de vil ingenting og mener, at det er ok at afskedige

på grund af vægten, dog sender de nok ikke på skrift". Hertil har han forklaret, at det er korrekt, at han uformelt talte med V fra FOA for at høre, hvad der var i sagen. Han sagde til V, at efter de foreliggende oplysninger var A ikke handicappet. Han refererede til, at kommunen havde sagt, at fedme ikke var indgået i begrundelsen for afskedigelsen. Han sagde også til V, at selvom fedme var indgået som en del af begrundelsen for afskedigelse, ville det ikke være usagligt, da A ikke var handicappet af fedme. V kan derfor have ret i, at han sagde, at det ikke nødvendigvis var usagligt at inddrage fedme. Han har dog hele tiden holdt fast i, at fedme ikke indgik i begrundelsen for afskedigelsen.

Det er korrekt, at der ikke blev rejst en sag i Afskedigelsesnævnet. De modtog senere et krav fra A's advokat med anmodning om betaling af et beløb, idet sagen ellers ville blive indbragt for retten. Han ringede på den baggrund og drøftede sagen med A's advokat Jakob Sand. KL ønsker helst disse sager afgjort ved voldgift, da en afgørelse ved voldgift behandles hurtigere og ikke skal igennem flere instanser. Endvidere kan der deltage højesteretsdommere i behandlingen af sagen. Han kan ikke genkende, at han skulle have sagt til Jakob Sand, at baggrunden for, at A var valgt, var, at han havde haft vanskeligt ved at håndtere børnene på tilfredsstillende vis, herunder at bøje sig efter dem m.v., og at arbejdsgiver jo havde et meget vidt skøn i disse situationer. Han sagde det samme til Jakob Sand, som han havde sagt til V. Hans synspunkt var, at A ikke var handicappet. Derfor kunne fedme sagligt indgå i delbegrundelsen for en afskedigelse af økonomiske grunde. Han har ikke på noget tidspunkt sagt, at han var enig i, at fedme reelt havde indgået som en del af afskedigelseskriteriet.

Det er tilladt at inddrage de småhensyn, som gør, at nogen ikke er helt så gode til at passe deres arbejde som andre, men ikke hvis de er handicappede. Han talte med advokat Jakob Sand om, at det var sværere for A at bøje sig ned. O havde nævnt, at A i nogle situationer havde svært ved at sidde på hug med børnene, men at det havde været på et tidligere tidspunkt. Han ved ikke, om det stadig var situationen på afskedigelsestidspunktet. Han vidste, at der for nogle år siden havde været noget med, at A havde haft svært ved at komme ned og op fra gulvet. Da advokat Sand meddelte, at sagen skulle for retten, tog han til et møde med ledelsen i X Kommune og spurgte ind til, hvad kommunen ønskede. Meldingen var, at kommunen ikke kunne se, at der var gjort noget forkert. X Kommune satte herefter en advokat på sagen.

Hvis FOA beder om det, tager KL normalt et møde. Det kan være både før og efter et klageskrift. Hvis FOA's synspunkt er "helt skudt i hovedet", afholdes der dog ikke møde. Allerede da han talte med V, fik han den opfattelse, at der ikke var forligsmuligheder.

de fleste dagplejere, og det er sådan, det skal være. I Y placerer de børn på tværs af område Øst, Vest og Syd, men ikke til de andre distrikter, medmindre der fra forældrenes side er et specifikt ønske herom. Børnene i område Syd går til et skoledistrikt, og i område Øst og Vest går de til et andet skoledistrikt.

Hun deltog ikke i MED-mødet den 9. september 2010. Hun fik kort tid efter at vide, at der skulle reduceres med to dagplejere i Y. Grunden til, at der kun blev afskediget en, nemlig A, var, at P2 fra Øst gerne ville påbegynde en pædagoguddannelse, hvilket hun gjorde fra sommeren 2011, hvor hun udgik af normeringen. P1 gik på orlov fra starten af 2011, men det skete meget pludseligt og skyldtes, at hun havde sagt ja til at få et fuldtidsplejebarn. Hun sagde op i slutningen af november 2010. Selvom P1 gik på orlov, ansatte de ikke flere dagplejere. Det tilbageværende antal passede med børnetallet. I perioder på nogle måneder var der dog nogle dagplejere, der havde fem børn. Der blev ikke ansat nye dagplejere, fordi man kunne se, at der kun var tale om et kortvarigt pres. Hun var klar over, at de generelle afskedigelseskriterier var indsat i dagplejemappen. B oplyste, hver gang hun sendte noget revideret materiale ud til dagplejerne, hvor det skulle sættes ind i mappen.

Hun blev involveret i afskedigelsesprocessen, fordi ledelsen bad hende pege på en dagplejer i Øst 1 og en dagplejer i Øst 2. Hun sagde til B, at hun havde svært ved at pege på en dagplejer i Øst 1, fordi hendes kendskab til de pågældende dagplejere var for lille. B sagde, at hun kunne kontakte L, som tidligere havde haft gruppe Øst. Hun ringede til L, som var på barselsorlov. L gav hende ret i, at det var svært. L spurgte, om hun ikke kunne nøjes med at pege på en, da hun allerede havde peget på en i Øst 2. Det var dog ikke muligt, og L sagde derefter, at hun så ville pege på A, fordi hun havde haft en oplevelse af, at det tidligere havde været svært at visitere børn til ham. Hun mente, at hun var nødt til at tage historikken ind, fordi L havde større kendskab til dagplejerne i området. Driftsmæssigt er det meget uheldigt, når der er problemer med at visitere til en bestemt dagplejer. De snakkede overhovedet ikke om A's vægt. L nævnte ikke hans vægt. Hun har ikke undersøgt, om der før august 2010 havde været visiteringsproblemer med A. Hun tjekkede heller ikke L's oplysninger i systemet. L fortalte om nogle eksempler på, at nogen havde fravalgt A. Hun mener i hvert fald, at L nævnte nogle konkrete eksempler. Hun ved ikke, om L havde talt med B, inden hun selv talte med L. Det var som sagt B, der anbefalede hende at kontakte L.

Hun husker ikke, om hun gav B navnene på de dagplejere, hun indstillede, før hun deltog i MED-mødet den 27. oktober 2010. Drøftelsen af punkt 5 om de aktuelle personaleforhold, herunder indstilling af navne til afskedigelsen tog nok ca. 10 minutter. Der skulle indstilles en dagplejer fra alle syv grupper i Y. Hver dagplejepædagog nævnte den dagplejer, de

pegede på, og fortalte kort om baggrunden for valget. Hun oplyste, at hun havde valgt H af pædagogiske grunde. H havde svært ved at tage imod hendes guidning og omsætte den til handling. H har ikke drøftet med hende, at hun skulle have problemer med en søn. Hun husker ikke, at H havde en sygemelding. Hun ved ikke, hvem hun ville prioritere, hvis valget stod mellem H og A. Hun nævnte på mødet, at hendes valg af A skete efter samtale med L, og at begrundelsen var manglende mulighed for visitering. De afleverede ikke noget til B på skrift. Hun husker ikke, at hun skulle have skrevet noget ned. Der blev ikke nævnt noget om A's vægt. B sagde derefter, at de sidste navne skulle komme senest kl. 07.30 den følgende dag, hvorefter ledelsen ville træffe beslutning om, hvem der skulle afskediges. Hun ved ikke, hvad der sigtes til med hensyn til oplysningen i referatet om, at der skulle laves en ny strategi for ikke at komme i samme situation igen.

B kaldte hende ind på kontoret to dage senere. Det var om fredagen. B sagde, at valget var faldet på D. Hun noterede sig dette og tog derefter ud af huset resten af dagen. Hun blev ikke orienteret om, at ledelsen efterfølgende ændrede beslutningen om, hvem der skulle afskediges. Det fik hun først at vide mandag morgen, da hun erfarede, at A's børn var sendt i gæstepleje. Hun antog, at der åbenbart var noget, der havde medført, at beslutningen var ændret og konstaterede, at man i kampens hede ikke havde fået formidlet beslutningen til hende. Hun spurgte efterfølgende ind til dette og fik at vide, at D var kommet i et godt forløb, herunder med en specifik familie, og at B derfor havde ændret sit valg til, at det var A, der skulle afskediges. Hun har ikke hørt, at der blev nævnt noget om A's vægt. Den 1. november 2010 kl. 09.50 sendte hun en sms-besked til A. Grunden til det var, at hun følte, at hun var blevet taget med bukserne nede. Hun var blevet ekstremt overrasket over, at det blev ham, der var valgt til afskedigelse, og hun reagerede spontant. Hun skulle ikke have skrevet, at hun ikke havde peget på ham, for det havde hun jo været med til. Hun syntes, det var en mega svær situation, de stod med, for hun havde lige placeret tre faste børn hos A, og der havde været nogle gode opstartsmøder i den forbindelse. Hun husker ikke, at hun efterfølgende skulle have talt med A om afskedigelsen, og at hun angiveligt skulle have sagt, at hun havde peget på H. Hun diskuterer i øvrigt ikke personlige forhold med andre dagplejere.

Hun arbejder normalt ikke med oversigter over antal af faste børn hos den enkelte dagplejer. Hun bruger deres dagplejesystem, hvorfra der kan trækkes lister over antallet af børn og dagplejere.

Parternes synspunkter

A har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 25. januar 2016, hvoraf fremgår blandt andet:

"...

4 Anbringender

- 4.1 Sagsøgers anbringender fremsat i fuldstændig form i processkrift 2 fastholdes.
- 4.2 Det er sagsøgers overordnede påstand, at afskedigelse baseret på en medarbejders fedme er ulovligt som følge af et *almindeligt gældende princip* om forbud mod diskrimination som blandt andet følger af Danmarks folkeretlige forpligtelser.
- 4.3 Såfremt Retten finder, at der ikke gælder et generelt dansk princip om forbud mod diskrimination, skal der foretages en konkret bedømmelse af, hvorvidt A var *handicappet* i forskelsbehandlingslovens forstand, eller om han blev diskrimineret fordi han blev *opfattet* som handicappet.
- 4.4 Anser Retten ikke A for at være handicappet eller opfattet som handicappet, skal det vurderes om afskedigelsen af A opfyldte det ansættelsesretlige saglighedskrav og det forvaltningsretlige saglighedskrav. Endelig skal det vurderes om afskedigelsen uden angivelse af den reelle begrundelse for afskedigelsen opfyldte de *forvaltningsretlige krav*.
- 4.5 Der derfor flere juridiske begrundelser, som - hver for sig og samlet - kan begrunde A's krav på godtgørelse svarende til 15 måneders løn, hvis Retten finder, at afskedigelsen helt eller delvist er begrundet i hans fedme.
- 4.6 Sagen drejer sig således om følgende forhold:
1. Hvorvidt A's fedme indgik i X Kommunes begrundelse for afskedigelsen af ham i november 2010, og hvilke bevisbyrderegler der finder anvendelse ved vurderingen.
 2. Hvorvidt der gælder et generelt princip om forbud mod diskrimination på grund af fedme i dansk ret særligt som følge af EMRK og Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser.
 3. Hvorvidt A kan anses for at være handicappet, således som dette begreb er udviklet i EU-Domstolens retspraksis, og derved er beskyttet mod diskrimination i medfør af forskelsbehandlingsloven.
 4. Hvorvidt A af X Kommune er blevet opfattet som handicappet og derved er blevet diskrimineret på grund af sin fedme, uagtet om retten måtte finde, at A ikke konkret var

handicappet.

5. Hvorvidt X Kommune har udøvet saglig forvaltning og overholdt det ansættelsesretlige saglighedsbegreb, og endelig om X Kommune overholdt de forvaltningsretlige krav i forbindelse med afskedigelsen af A .

- 4.7 Til støtte for sagsøgers påstand gøres det principalt gældende, at forskelsbehandling på grund af fedme er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) samt en række øvrige internationale konventioner, som Danmark har ratificeret, og som derfor udgør en del af dansk ret.
- 4.8 Subsidiært gøres det gældende, at A er blevet diskrimineret på grund af handicap *eller* fordi han blev opfattet som handicappet.
- 4.9 Mere subsidiært påberåber sagsøgeren sig, at sagsøgtes afskedigelse strider med det ansættelsesretlige og forvaltningsretlige saglighedsprincip. Mest subsidiært, at X Kommunes afskedigelse ikke overholder de forvaltningsretlige krav der gælder herfor.

5 Anbringenderne i punktform

5.1 Til støtte for den nedlagte påstand gøres det overordnet gældende:

at A's fedme helt eller delvist har indgået som begrundelse for X Kommunes opsigelse af ham,

at A derved har været udsat for ulovlig forskelsbehandling på grund af sin fedme,

at A som følge af forskelsbehandlingen er berettiget til en kompensation svarende til 15 måneders løn,

at bevisbyrden er væltet over på X Kommune,

idet der ved tvister om diskrimination/forskelsbehandling gælder et lempet beviskrav, i denne sag en *delt bevisbyrde*, og

idet A har påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling,

at X Kommune ikke har løftet sin bevisbyrde om, at fedmen ikke indgik i afskedigelsesbegrundelsen.

5.2 Til støtte for hovedanbringendet om at opsigelsen er i strid med et generelt forbud mod diskrimination på baggrund af fedme i dansk ret. gø-

res det gældende:

at diskrimination på grund af fedme er i strid med grundlæggende rettigheder i dansk ret,

idet diskrimination på grund af fedme er i strid med EMRK artikel 14, sammenholdt med artikel 8, som er inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29. april 1992,

idet 12. tillægsprotokol til EMRK indeholder et generelt diskriminationsforbud mod forskellig behandling i sammenlignelige situationer, som er udtryk for allerede gældende ret i Danmark,

idet diskrimination på grund af fedme skal vurderes i lyset af artikel 26 og artikel 2, stk. 1, jf. artikel 17 i Den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder,

idet diskrimination på grund af fedme skal vurderes i lyset af artikel 2, stk. 2 sammenholdt med artikel 6 i Den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder,

idet diskrimination på grund af fedme skal vurderes i lyset af Den Europæiske Socialpagt, og/eller

idet X Kommune som forvaltningsmyndighed er forpligtet til såvel at overholde dansk lovgivning om menneskerettigheder og øvrige internationale konventionsforpligtelser som til at sikre en folkeretlig konform forvaltning, således at den offentlige forvaltnings almindelige saglighedskrav fortolkes i overensstemmelse med grundlæggende rettigheder.

at diskrimination i overensstemmelse med almindelige grundlæggende principper skal følges op af effektive sanktioner, der står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning,

at X Kommune i medfør af almindelige folkeretlige principper har pligt til at genoprette situationen, som den var før krænkelsen, herunder ved at kompensere økonomisk og ikke-økonomisk skade, samt

at EMRK artikel 41 endvidere fastslår, at A skal tilkendes en passende erstatning,

at en passende kompensation i nærværende sag vil udgøre DKK 422.859,00 svarende til 15 måneders løn.

5.3 Såfremt retten finder, at der ikke gælder et generelt forbud mod diskrimination på baggrund af fedme i dansk ret, gør sagsøgeren subsidiært

gældende:

at forskelsbehandling på grund af fedme er i strid med forskelsbehandlingslovens § 1, idet fedme kan være omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb,

at A's fedme konkret var et handicap, jf. forskelsbehandlingslovens § 1,

idet A som følge af sin fedme, og de heraf medførte lidelser og gener var begrænset i forhold til fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre,

da den med fedmen medførte funktionsnedsættelse skal vurderes i forhold til den pågældende persons mulighed for at deltage i samfundslivet/arbejdslivet i bred forstand, og ikke snævert i forhold til den aktuelle stilling, og

da gener i forbindelse med udførelsen af arbejde også skal indgå ved handicapvurderingen, jf. generaladvokatens præmis 54,

idet disse begrænsninger var lægeligt diagnosticeret,

idet begrænsningerne var af lang varighed og bestod under ansættelsen og på afskedigelsestidspunktet, og

idet X Kommune havde kendskab til den ekstreme fedme samt dennes omfattende følgevirkninger i form af funktionsnedsættelser,

at A på tidspunktet for afskedigelsen fortsat var kompetent, egnet og disponibel,

at A's fedme helt eller delvist har indgået som begrundelse for X Kommunes opsigelse af ham,

at A har påvist faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, hvorfor det påhviler X Kommune at bevise, at A's fedme ikke indgik i kommunens valg af A til afskedigelse, jf. forskelsbehandlingslovens § 7a,

at X Kommune ikke har løftet denne bevisbyrde,

at A derved har været udsat for ulovlig forskelsbehandling på grund af sin fedme i forbindelse med opsigelsen,

at A som følge af den foretagne forskelsbehandling er beret-

tiget til en godtgørelse, jf. forskelsbehandlingslovens § 7,

at der ved fastsættelse af godtgørelsen skal indgå de skærpende omstændigheder, at X Kommunes forvaltningsafgørelse lider af væsentlige, retlige mangler i form af såvel sagsbehandlingsmangler som en mangel vedrørende ulovlige hensyn,

idet X Kommune ikke har foretaget retmæssig partshøring af A i forbindelse med opsigelsen, da partshøringen ikke indeholdt oplysninger om hvilke faktiske forhold, X Kommune lagde vægt på i sin afvejning, men partshøringen derimod ved sin henvisning til "en konkret vurdering" reelt var indholdsløs, jf. forvaltningslovens § 19,

idet X Kommunes begrundelse af opsigelsen var mangelfuld, idet den ved sin henvisning til "en konkret vurdering" reelt var indholdsløs, jf. forvaltningslovens § 22, og

idet forvaltningsafgørelsen ikke levede op til kravet i forvaltningslovens § 24, stk. 1, da den ikke angav, hvilket hovedhensyn der var bestemmende for skønsudøvelsen,

at godtgørelsen i nærværende sag skal udgøre 15 måneders løn, jf. forskelsbehandlingslovens § 7, for at være en tilstrækkelig effektiv, forholdsmæssig og afskrækkende sanktionering som kan genoprette A's situation før opsigelsen.

5.4 Såfremt retten måtte finde, at A ikke var handicappet, gøres det til støtte for, at A i hvert fald er blevet opfattet som værende handicappet af X Kommune, gældende:

at A i hvert fald er blevet opfattet som værende handicappet af X Kommune,

idet X Kommune klart har angivet, at A's overvægt har været drøftet i det den hindrede ham i at udføre arbejdet optimalt,

idet B's udfordring til A om at tabe sig, har indgået i grundlaget for afskedigelsen, da hun mente den påvirkede hans evne til at varetage jobbet som dagplejer på lige fod med andre,

idet X Kommune ikke forholdte sig til A's indsigelse om fedmen som begrundelse for hans afskedigelse, men alene beholdte sig til, at han skulle afskediges efter en konkret bedømmelse,

idet X Kommune har antaget, at A led af en funk-

tionsnedsættelse, hvilket berettiger A til godtgørelse uanset om man konkret efterfølgende kan påvise en funktionsnedsættelse

at A som følge af denne stigmatisering fra X Kommune har været udsat for negativ forskelsbehandling,

at denne forskelsbehandling var usaglig og retsstridig,

idet denne forskelsbehandling baseret på fordomme baseret på overvægtiges fysiske fremtoning medfører en barriere for deres mulighed for at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre,

at forskelsbehandlingen på baggrund af et formodet handicap hos A kan sanktioneres med hjemmel i beskæftigelsesdirektivet, jf. særligt EU-Kommissionens bemærkninger herom samt retspraksis vedrørende diskriminationsdirektivet fra øvrige EU-medlemsstater, særligt England,

at forskelsbehandlingsloven eller som minimum principperne i forskelsbehandlingsloven således finder anvendelse,

at bevisbyrden for at der ikke er sket forskelsbehandling påhviler X Kommune, idet A har påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er sket ulovlig forskelsbehandling, og

at X Kommune ikke har løftet denne bevisbyrde,

at A således er berettiget til en godtgørelse, som passende kan fastsættes til et beløb svarende til 15 måneders løn, idet det skal indgå som en skærpende omstændighed, at X Kommunes sagsbehandling i øvrigt lider af væsentlige retlige mangler.

5.5 Såfremt retten måtte finde, at A ikke er blevet diskrimineret på grund af et handicap eller et formodet handicap gøres det mere subsidiært gældende, at forskelsbehandling på grund af fedme er i strid med det almindelige ansættelsesretlige og forvaltningsretlige saglighedskrav. Mest subsidiært gøres det gældende, at særligt for udøvelse af offentlig forvaltning:

at X Kommunes forskelsbehandling på grund af fedme er i strid med det ansættelsesretlige saglighedskrav, som gælder i Danmark,

idet dette saglighedskrav pålægger arbejdsgiver at tage højde for lønmodtagerens interesser,

idet dette saglighedskrav afskærer arbejdsgiver fra, at inddrage vilkår-

lige og udenforliggende hensyn – i denne sag hensyn der var i strid med afskedigelseskriterierne.

at forskelsbehandling på grund af fedme strider også med det almindelige saglighedskrav, der gælder for udøvelse af offentlig forvaltning, herunder ved forvaltningsakter vedrørende afskedigelse,

idet dette saglighedskrav ligeledes forhindrer, at X Kommune kan inddrage et vilkårligt og irrelevant hensyn som fedme,

at X Kommunes forvaltningsafgørelse lider af væsentlige sagsbehandlingsmangler i form af en reel indholdsløs partshøring og mangelfuld begrundelse, jf. forvaltningslovens §§ 19, 22 og 24, stk. 1,

at X Kommune ifølge retspraksis og almindelige forvaltningsretlige principper skal betale en compensation/godtgørelse til A, da forvaltningsakten lider af væsentlige retlige mangler

at en sådan compensation/godtgørelse bør ligge i samme niveau som godtgørelser efter forskelsbehandlingsloven og udgøre et beløb svarende til 15 måneders løn.

..."

X Kommune har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med sit påstandsdokument af 18. januar 2016, hvoraf fremgår blandt andet:

"...

2. Indledende bemærkninger

2.1 Sagsøgte **bestrid** overordnet sagsøgers hovedsynspunkt i nærværende sag om, at A' fedme indgik i grundlaget for X Kommunes beslutning om at afskedige ham den 22. november 2010, jf. nærmere herom i punkt 6.

Sagsøger har fravalgt muligheden for at gøre gældende, at afskedigelsen af A var usaglig og dermed i strid med den for ansættelsesforholdet gældende overenskomst for dagplejere indgået mellem KL og FOA, idet sagsøger har fravalgt at rejse sagen ved det mellem overenskomstparterne etablerede afskedigelsesnævn. Sagsøger har i henhold til retspraksis fra Højesteret (U.2007.1569H og U.2014.3725H) ikke mulighed for at påberåbe sig denne beskyttelse mod usaglig afskedigelse ved de almindelige domstole.

Retten skal således ved afgørelsen af nærværende sag **ikke** tage stilling til, om opsigelsen af A var rimeligt begrundet i "*den ansattes eller kommunens forhold*", jf. § 29, stk. 5, i den for ansættelsesforholdet gældende overenskomst mellem KL og FOA fremlagt som

bilag B.

- 2.2 EU-Domstolen har ved dom af 18. december 2014 i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse af nærværende sag afvist sagsøgers synspunkt om, at EU-retten skal fortolkes således, at der gælder et generelt princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme som et selvstændigt kriterium i EU-retten. Sagsøger har på denne baggrund frafaldet det, der oprindeligt var sagsøgers hovedsynspunkt i nærværende sag.

Efter EU-Domstolens afsigelse af dom den 18. december 2014 har sagsøger derimod til støtte for sit synspunkt om, at A er særligt beskyttet som følge af sin fedme – og dermed er beskyttet ud over, hvad der følger af det almindelige krav om opsigelsers saglighed i henhold til overenskomstgrundlaget – præciseret og suppleret sine anbringender i sagen. Sagsøgte gør i forhold til hver enkelt af disse hovedanbringender gældende:

3. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og andre internationale konventioner

- 3.1 Sagsøgte bemærker overordnet, at sagsøgte **bestrid**, at der på baggrund af Danmarks internationale konventionsforpligtelser kan udledes et forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme, som kan håndhæves ved de danske domstole.
- 3.2 Det gøres specifikt i forhold til hver enkelt af de af sagsøger påberåbte internationale konventioner gældende,

3.2.1 EMRK

Det gøres fra sagsøgtes side overordnet gældende, ,

at artikel 14 i EMRK ikke har noget selvstændigt anvendelsesområde og derfor ikke kan påberåbes uafhængigt af de øvrige rettigheder i EMRK, og

at sagsøger endvidere ikke har godtgjort, at der i henhold til EMRK's artikel 14 i sammenhæng med EMRK's artikel 8 skulle gælde et forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme, og der henvises i denne forbindelse særligt til, at der ikke forligger retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettigheds Domstol, der støtter et sådant synspunkt.

3.2.2 12. tillægsprotokol til EMKR

Det gøres i forhold til sagsøgers anbringende om anvendelsen af 12. til-

lægsprotokol til EMRK overordnet gældende,

at der er enighed mellem parterne om, at Danmark ikke har ratificeret denne protokol, hvorfor sagsøger allerede af denne grund ikke kan støtte sit synspunkt om, at der gælder et forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme, på denne tillægsprotokol, og

at Danmark da også i sit svar til FN's "*The Human Rights Counsel*" direkte har udtrykt betænkelighed ved at tiltræde den 12. tillægsprotokol til EMRK som følge af usikkerhed omkring udstrækningen af netop forbuddet mod forskelsbehandling på grund af diskrimination, idet der ikke gælder et sådant generelt forbud mod forskelsbehandling i dansk ret.

3.2.3 Den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, Den internationale konvention om civile og politiske rettigheder og Den Europæiske Socialpagt

Det gøres gældende,

at sagsøger ikke selvstændigt kan støtte ret på de pågældende konventioner, idet ingen af konventionerne er inkorporeret som en del af dansk ret,

at principperne i disse konventioner alene skal indgå ved fortolkningen af dansk ret, men

at der imidlertid ikke i dansk ret gælder et generelt forbud mod forskelsbehandling, ligesom der heller ikke gælder et selvstændigt forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme, og det gøres således gældende, at sagsøger allerede på denne baggrund ikke kan påberåbe sig de nævnte internationale konventioner til støtte for sit synspunkt om, at der er sket ulovlig forskelsbehandling af A .

Det bemærkes herudover specifikt i forhold til Den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og Den internationale konvention om civile og politiske rettigheder,

at sagsøger endvidere ikke har godtgjort, at der foreligger det fornødne grundlag for at fastslå, at en fortolkning af bestemmelserne i disse konventioner skulle omfatte et forbud mod forskelsbehandling på grund af fedme.

Det gøres herudover specifikt i forhold til Den Europæiske Socialpagt gældende,

at det ikke fremstår klart, hvad der nærmere er baggrunden for, at

det fra sagsøgers side gøres gældende, at der er grundlag for at fastslå, at de rettigheder, der følger af Den Europæiske Socialpagt, skulle være overtrådt, hvorfor retten allerede af denne grund må afvise sagsøgers synspunkt herom, men

at det imidlertid under alle omstændigheder gøres gældende, at de rettigheder, der følger af Den Europæiske Socialpagt, og som er ratificeret af Danmark, men ikke inkorporeret i dansk ret, ikke giver grundlag for at indfortolke et mere vidtgående forbud mod forskelsbehandling end det, der allerede kan udledes af EMRK.

3.3 Samlet gøres det således fra sagsøgtets side gældende,

at de af sagsøger påberåbte internationale konventioner ikke kan påberåbes som grundlag for sagsøgers synspunkt om, at der er sket ulovlig forskelsbehandling af A, og at sagsøgte således skulle have handlet retsstridigt, ligesom sagsøger heller ikke har godtgjort, at der i denne situation skulle forelægge den fornødne hjemmel i dansk ret til at pålægge sagsøgte at betale A økonomisk kompensation i form af en tabsafhængig godtgørelse, således som det er gjort gældende af sagsøger, og

at dette særligt gælder i en situation, hvor sagsøger – således som det er tilfældet i den foreliggende sag – har fravalgt muligheden for at påberåbe sig beskyttelsen mod usaglig opsigelse i den for ansættelsesforholdet gældende overenskomst.

4. Fedme som eventuelt handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven og beskæftigelsesdirektivet (direktiv 2000/78)

4.1 Det følger af praksis fra Højesteret (U.2015.3301H), at det er sagsøger, der skal godtgøre, at A på afskedigelsestidspunktet den 22. november 2010 havde et handicap omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven, således som dette må fortolkes i lyset af beskæftigelsesdirektivet (direktiv 2000/78) og praksis fra EU-Domstolen.

Det gøres fra sagsøgtets side overordnet gældende,

at sagsøger ikke har godtgjort, at A på afskedigelsestidspunktet den 22. november 2010 var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven.

Sagsøger har således ikke godtgjort, at A's fedme i overensstemmelse med den definition, der fremgår af præmis 59 i EU-Domstolens dom af 18. december 2014, på afskedigelsestidspunktet medførte en begrænsning i A's mulighed for "*fuldt og effektivt*

at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere”, ligesom sagsøger heller ikke har godtgjort, at en sådan eventuel begrænsning var af ”lang varighed”.

Ved sin besvarelse af præjudicielle spørgsmål præciserede EU-Domstolen i præmis 62 i sin dom af 18. december 2014

”Det tilkommer den forelæggende ret i hovedsagen at efterprøve, om A's fedme, til trods for, at han har varetaget sit arbejde gennem ca. 15 år, således som det er anført i denne doms præmis 17, har medført en begrænsning som opfylder de betingelser, der er anført i denne doms præmis 53”

Det gøres fra sagsøgtets side gældende,

at retten ved sin vurdering og også henset til EU-Domstolens bemærkning i præmis 62 må tillægge det afgørende betydning, at A til trods for sin fedme har varetaget sit arbejde som dagplejer i X Kommune gennem ca. 15 år, og at der mellem parterne er enighed om, at der i denne periode ikke har været utilfredshed med A's arbejdsindsats, og

at EU-Kommissionen da også i sit indlæg til EU-Domstolen af 14. november 2013 i punkt 27 direkte anførte:

”Efter Kommissionens opfattelse synes det, under hensyntagen til den omstændighed, at A arbejdede som dagplejer i X Kommune i mere end 15 år til sin arbejdsgivers generelle tilfredshed, at være klart at hans fedme ikke hindrede ham i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet. Hans fedme synes derfor ikke at have udgjort en begrænsning, og der forekommer derfor ikke at være anledning til at tage yderligere stilling til de af domstolens opstillede kriterier for, om der foreligger et handicap.”

Retten må endvidere ved sin vurdering tillægge det afgørende betydning,

at A ikke på noget tidspunkt under sin ansættelse i X Kommune har givet udtryk for, at han har følt sig forhindret eller begrænset i sin mulighed for at udføre sit arbejde som dagplejer, ligesom han heller ikke har givet udtryk for, at han har oplevet særlige gener ved udførelsen af sit arbejde,

at A da også selv gentagne gange positivt har givet udtryk for, at han ikke har følt sig begrænset i forhold til at udføre sit arbejde som dagplejer, og der kan i denne forbindelse bl.a. henvises til,

- Det som bilag 8 fremlagte hørings svar af 10. november 2010 fra A
- Side 5, 2. afsnit, i sagsøgers stævning af 6. maj 2011
- Adskillige udtalelser til pressen i forbindelse med sagens behandling ved EU-Domstolen, i hvilken forbindelse der bl.a. kan henvises til de som bilag AA, AB og AC fremlagte artikler

at A's sygefravær endvidere ikke oversteg det sædvanlige sygefravær for dagplejere i X Kommune, når bortses fra en enkelt langvarig sygeperiode i efteråret 2007, jf. bilag R.

Retten må herudover ved sin vurdering af, om det fra sagsøgers side er godtgjort, at A havde et handicap på afskedigelsestidspunktet, tillægge det afgørende betydning, at sagsøger har undladt at efterkomme den fra sagsøgte side i processkrift A fremsatte opfordring til at foretage fremlæggelse af de manglende sider i den som bilag 31 fremlagte journal fra A's egen læge og endvidere klart har tilkendegivet, at sagsøger ikke ønsker at efterkomme opfordringen til at fremlægge de manglende sider i lægejournalen.

Det bemærkes i denne forbindelse, at den manglende fremlæggelse af lægelige oplysninger bl.a. indebærer, at der ikke er fremlagt nogen form for lægelig dokumentation for A's helbredsmæssige tilstand i perioden fra den 10. december 2009 frem til december 2011, og dermed i en meget lang periode såvel før som efter opsigelsen af A den 22. november 2010.

Det gøres på denne baggrund fra sagsøgte side gældende,

at det må tillægges sagsøger **processuel skadevirkning**, at sagsøger har meddelt, at sagsøger ikke ønsker at efterkomme sagsøgte opfordring til at fremlægge de manglende lægelige oplysninger, og

at retten allerede på denne baggrund må konkludere, at sagsøger **ikke** har godtgjort, at A på tidspunktet for opsigelsen den 22. november 2010 var begrænset i sin mulighed for fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og at en sådan eventuel begrænsning var langvarig.

Såfremt retten – mod forventning – på trods af sagsøgers undladelse af **at** efterkomme opfordringen til at fremlægge de manglende lægelige oplysninger måtte lægge til grund, at A på afskedigelsestidspunktet den 22. november 2010 led af de ”sygdomme eller gener”, som sagsøger har henvist til i processkrift 2 og 3, gøres det gældende,

at ingen af disse sygdomme – helt i overensstemmelse med den definition af handicapbegrebet, der er fastslået af EU-Domstolen – i sig selv kan udgøre et handicap, idet sagsøger ikke har godtgjort, at sådanne eventuelle sygdomme (der skal være diagnosticeret på afskedigelsestidspunktet) medførte en begrænsning, der udgør en hindring i A's mulighed for fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og at en sådan eventuel begrænsning var langvarig.

- 4.2 Sagsøgte **bestrider** endvidere, at der ved vurderingen af, om A var omfattet af handicapbegrebet, således som det gøres gældende fra sagsøgers side, skal tages udgangspunkt i en vurdering ”i forhold til den pågældende persons deltagelse i samfundslivet/arbejdslivet i bred forstand”, og sagsøgte bestrider, at dette – således som det er gjort gældende af sagsøger – kan udledes af praksis fra EU-Domstolen.

For det tilfælde, at retten imidlertid – mod forventning – måtte give sagsøger medhold i dette synspunkt, gøres det gældende, at sagsøger heller ikke har godtgjort, at der foreligger en sådan mere generel begrænsning, og der henvises til støtte herfor til,

at A umiddelbart efter sin fratræden fra ansættelsen i X Kommune opnåede ansættelse som lastbilchauffør, og at der ikke er fremlagt nogen form for dokumentation om, at A skulle have været begrænset i sin mulighed for at udføre arbejde i dette erhverv, og

at det i øvrigt også må have formodningen mod sig, at dette skulle være tilfældet, idet det fremgår af den som bilag 33 fremlagte journal (notat fra den 13. juni 2013), at A på det pågældende tidspunkt arbejdede 60-65 timer om ugen som lastbilchauffør, om end han efter det oplyste vejede 187,5 kg.

- 3.3 For det tilfælde, at retten – mod forventning – måtte fastslå, at sagsøger har godtgjort, at A's fedme udgjorde et handicap på afskedigelsestidspunktet den 22. november 2010, gøres det gældende,

at sagsøger ikke har godtgjort, at sagsøgte var bekendt med eller burde være bekendt med, at A havde et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven, og

at sagsøger heller ikke af denne grund kan påberåbe sig beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap i nærværende sag.

5. **Den juridiske konsekvens, hvis A blev ”opfattet” som værende handicappet**

- 5.1 Det **bestrides**, at forbuddet mod forskelsbehandling i forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv (direktiv 2000/78) – således som det gøres gældende af sagsøger – kan udstrækkes til at omfatte en situation, hvor en medarbejder er blevet opfattet som handicappet, uanset at medarbejderen ikke de facto er omfattet af handicapbegrebet.

Sagsøgte gør til støtte for dette synspunkt gældende,

at dette kan udledes allerede af EU-Domstolens dom af 18. december 2014 i nærværende sag, idet EU-Domstolen i præmis 58 udtrykkeligt anfører, at *”...fedme efter sin art ikke nødvendigvis medfører, at der foreligger en begrænsning som den, der er omhandlet i denne doms præmis 53”*,

at det således ikke er fedmen i sig selv, men derimod det forhold, at der konkret har kunnet konstateres en relevant funktionsbegrænsning i medarbejderens mulighed for fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed, der vil være afgørende for beskyttelsens indtræden, og

at det således er åbenbart, at beskyttelsen ikke kan udvides til at omfatte en situation, hvor en medarbejder fejlagtigt måtte blive opfattet som værende handicappet som følge af de fordomme og barrierer, der muligt måtte være over for fedme i samfundet.

Sagsøger har da også i sit processkrift 2 anerkendt, at hverken generaladvokaten eller EU-Domstolen i nærværende sag direkte har taget stilling til dette forhold, og generaladvokaten udtrykte endog i præmis 49:

”Efter min opfattelse er det ikke nødvendigt at tage stilling til dette vanskelige retsspørgsmål inden for rammerne af den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.”

Det gøres endvidere fra sagsøgtes side gældende,

at sagsøger ikke kan støtte ret på EU-Kommissionens udtalelser om en mulig udvidelse af beskyttelsen mod forskelsbehandling til den situation, hvor en medarbejder forskelsbehandles, fordi medarbejderen fejlagtigt anses for at være omfattet af et af de beskyttede kriterier, idet de overvejelser, EU-Kommissionen har gjort sig, knytter sig til de kriterier, der er beskyttet som selvstændige kriterier i EU-retten, hvilket netop ikke er tilfældet med fedme, og

at dette da også understreges af, at EU-Kommissionen i sit indlæg af 14. november 2013 til EU-Domstolen i punkt 27 klart anførte, at en

beskyttelse i henhold til beskæftigelsesdirektivet (direktiv 2000/78) forudsætter, at fedmen hindrer medarbejderen i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet.

6. Bevisbyrdevurderingen i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt opsigelsen af A var begrundet i et eventuelt handicap

6.1 For det tilfælde, at retten – mod forventning – måtte nå frem til, at A på afskedigelsestidspunktet den 22. november 2010 var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven, gøres det fra sagsøgtes side gældende,

at sagsøger ikke har påvist faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at der i forbindelse med opsigelsen af A blev udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund handicap, herunder et eventuelt forbud mod forskelsbehandling på grund af et opfattet handicap.

6.2 Det gøres i denne forbindelse overordnet gældende,

at beslutningen om at nedbringe antallet af dagplejere var driftsmæssigt begrundet i et konstateret fald i børnetallet såvel generelt i X Kommune som konkret i dagplejedistrikt Y, således som det også fremgår af de som bilag T, U og X fremlagte oversigter over indvisiterede faste børn i dagplejedistrikt Y, og således som der også er henvist til i det som bilag S fremlagte referat af MED-møde den 9. september 2010.

6.3 Det er sagsøgtes opfattelse, at følgende faktuelle forhold understreger sagsøgtes opfattelse af, at sagsøger ikke har påvist faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at der er sket ulovlig forskelsbehandling af A i forbindelse med udvælgelsen til afskedigelse:

A havde på afskedigelsestidspunktet i november 2010 været ansat i X Kommune i knap 15 år, og der er enighed mellem parterne om, at A i alle årene havde været omfattet af det medicinske fedmebegreb og også var det i forbindelse med ansættelsen som dagplejer.

Det var A's egen tilkendegivelse om betydelig bekymring over sin vægt, der fik dagplejeledelsen til at tage initiativ til en dialog med A herom, fordi dagplejeledelsen – som følge af den særegne karakter arbejdet som dagplejer har – havde et helt særligt ansvar for og interesse i at sikre en optimal trivsel – både mentalt og fysisk – hos de ansatte dagplejere.

- Det er derfor også helt sædvanligt, at dagplejeledelsen gennemfører møder med/besøg hos dagplejere, der i perioder af deres arbejdsliv – af den ene eller anden grund – har behov for støtte og opbakning med henblik på at sikre en optimal trivsel.
- A gav da også selv udtryk for, at han satte stor pris på den støtte, han modtog fra dagplejeledelsen i forbindelse med dagplejeledelsens tilbud i forbindelse med årsskiftet 2007/2008 om at betale 1 års abonnement i et motionscenter, ligesom han flere gange i løbet af dette år gav udtryk for, at denne støtte havde påvirket hans generelle trivsel positivt.
- A – såvel under sin orlov som i forbindelse med afslutningen af sin orlov i foråret 2010 – over for dagplejeleder B åbent fortalte om de udfordringer, han havde som følge af et dødsfald i den nærmeste familie og et krævende forløb som plejefamilie, ligesom A også åbent gav udtryk for, at disse udfordringer havde gjort det vanskeligt for ham at holde fast i sin egen målsætning om at tabe sig.
- Det var således på baggrund af disse drøftelser, dagplejeleder B traf beslutning om at gennemføre et besøg hos A henholdsvis i juni og oktober 2010 med henblik på at yde støtte og opbakning til A's generelle trivsel, i hvilken forbindelse det var naturligt tillige at drøfte A's egen udtrykkelige målsætning om at ville tabe sig.
- Der blev imidlertid på intet tidspunkt fra dagplejeleder B's side stillet krav om, at A skulle tabe sig, eller at han skulle genoptage motionsforløbet, men dagplejeleder B støttede op om hans eget ønske om atter at komme i gang med et motionsforløb.
- Denne dialog var endvidere fuldt ud i overensstemmelse med den sundhedspolitik for kommunens medarbejdere, der netop var blevet godkendt i MED-Hovedudvalget den 19. maj 2009 (bilag L).
- Der blev endvidere ved udvælgelsen af, hvilken dagplejer i distrikt Y der skulle afskediges i forbindelse med den driftsmæssigt begrundede afskedigelsesrunde i efteråret 2010, taget udgangspunkt i de af MED-Hovedudvalget vedtagne afskedigelseskriterier (bilag H).
- Årsagen til udvælgelsen af netop A som den dagplejer, der bedst kunne undværes i distrikt Y, var det forhold, at han var den dagplejer i distriktet, det var sværest at placere børn hos, og at udvælgelsen således skete i henhold til afskedigelseskriteriet ”manglende visiteringsmuligheder” i de af MED-Hovedudvalget ved-

tagne afskedigelseskriterier, hvilket utvivlsomt må anses for at udgøre et sagligt og driftsmæssigt velbegrundet kriterium.

- Det er helt i overensstemmelse med fast praksis i X Kommune – og i øvrigt også i hovedparten af landets øvrige kommuner – at der ved gennemførelsen af en driftsmæssigt begrundet afskedigelse alene henvises overordnet til dette som begrundelse for afskedigelsen, og at der således ikke henvises mere specifikt til det afskedigelseskriterium, der har været udslagsgivende for beslutningen om, hvilke medarbejdere der er udvalgt til afskedigelse.

- Det har først efter EU-Domstolens dom af 18. december 2014 været relevant for X Kommune nærmere at uddybe baggrunden for opsigelsen af netop A i forbindelse med den driftsmæssigt begrundede afskedigelsesrunde, idet det først på dette tidspunkt stod klart, at A kunne påberåbe sig en beskyttelse mod forskelsbehandling for det tilfælde, at retten måtte nå frem til, at A's fedme udgør et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv (direktiv 2000/78).

- Såvel dagplejeledelsen som X Kommune har endvidere stedse afvist, at opsigelsen af A på nogen måde (helt eller delvist) skulle være begrundet i A's fedme, hvilket første gang skete i forbindelse med mødet den 1. november 2010, hvor A blev orienteret om, at man påtænkte at opsiges ham, ligesom det fastholdes, at dette også konsekvent har været afvist såvel i forbindelse med de efterfølgende drøftelser om afskedigelsen – herunder drøftelserne mellem FOA og KL – som ved kommunens fremsendelse af det som bilag 11 fremlagte brev af 17. marts 2011.

6.4 Hvis retten – mod forventning – måtte nå frem til, at sagsøger har påvist faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at der i forbindelse med afskedigelsen den 22. november 2010 skete direkte forskelsbehandling på grund af handicap, gøres det gældende,

at de ovenfor anførte faktiske forhold må føre til, at sagsøgte må anses for at have løftet bevisbyrden for, at et eventuelt handicap ikke indgik i afskedigelsesgrundlaget, hvorfor sagsøgte under alle omstændigheder må frifindes.

6.5 For det tilfælde, at retten – mod forventning – måtte nå frem til, at sagsøger har påvist faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at der er sket indirekte forskelsbehandling på grund af et eventuelt handicap af A i forbindelse med afskedigelsen den 22. november 2010, gøres det gældende,

at sagsøger ikke har påvist faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at årsagen til, at A var den dagplejer i distrikt Y, det var sværest at placere børn hos, var begrundet i A's fedme, og

at det af X Kommune anvendte udvælgelseskriterium – for det tilfælde at retten mod forventning måtte nå frem til, at der er påvist sådanne faktiske omstændigheder – under alle omstændigheder må anses for at være objektivt begrundet i et sagligt formål, og at midlerne til at opfylde dette formål er hensigtsmæssige og nødvendige, idet det har afgørende betydning for sagsøgte at sikre sig en så udstrakt grad af driftsmæssig fleksibilitet som muligt – og dette særligt i forbindelse med en reduktion af antallet af dagplejere i et dagplejedistrikt.

7. De almindelige principper for offentlig forvaltning

7.1 Det gøres til støtte for den af sagsøgte nedlagte påstand om frifindelse i forhold til dette synspunkt overordnet gældende,

at sagsøgte ikke har tilsidesat hverken sin partshørings- eller begrundelsespligt, jf. forvaltningslovens §§ 19 og 22.

Det præciseres i denne forbindelse, at A – på samme måde som alle øvrige dagplejere i kommunen – havde fået udleveret de af MED-udvalget vedtagne generelle afskedigelseskriterier (bilag L), hvilket også fremgår forudsætningsvis af det som bilag S fremlagte referat af MED-udvalgsmøde den 9. september 2010 (som er udsendt i kopi til samtlige dagplejere).

Sagsøger kan således ikke med rette gøre gældende, at A ikke har været bekendt med de generelle kriterier for udvælgelse i forbindelse med den driftsmæssigt begrundede afskedigelse. Der henvises i denne forbindelse til Højesterets dom U.2007.537H, hvor Højesteret fastslog, at det er tilstrækkeligt, at en opsagt medarbejder er bekendt med de generelle udvælgelseskriterier, og at det således ikke er nødvendigt for arbejdsgiver at uddybe den vurdering, der på baggrund af afskedigelseskriterierne er foretaget af den enkelte medarbejder i forhold til andre medarbejdere.

7.2 Det bestrides endvidere overordnet fra sagsøgtes side, at sagsøgte skulle have ageret i strid med det i den offentlige forvaltning generelle saglighedskrav i forbindelse med afskedigelsen af A, men selv hvis retten – mod forventning – måtte nå frem til, at dette er tilfældet, gøres det fra sagsøgtes side gældende,

at sagsøger ikke kan påberåbe sig en beskyttelse i henhold til det i den offentlige forvaltning almindelige saglighedsprincip i en situation,

hvor sagsøger har fravalgt at påberåbe sig den i den for ansættelsesforholdet gældende overenskomst fastsatte beskyttelse mod usaglig opsigelse, i hvilken forbindelse der bl.a. kan henvises til U.2008.401H.

Det gøres endvidere under henvisning til U.2008.401H i forhold til det af sagsøger rejste krav på kompensation fra sagsøgtes side gældende,

at der ikke er grundlag for at tilkende sagsøger en kompensation for sagsøgtes eventuelle tilsidesættelse af de almindelige principper for offentlig forvaltning, herunder eventuelle fejl i forbindelse med gennemførelse af partshøring og begrundelse, idet det ikke ved en afgørelse truffet i afskedigelsesnævnet er fastslået, at opsigelsen af A var usaglig.

8. Godtgørelse

8.1 Til støtte for den nedlagte subsidiære påstand gøres det gældende,

at sagsøgte ikke har godtgjort, at der foreligger den fornødne hjemmel til at pålægge sagsøgte at betale A en økonomisk kompensation i form af en tabsafhængig godtgørelse, såfremt retten – mod forventning – måtte nå frem til, at sagsøgte har handlet i strid med EMRK og/eller de af sagsøger påberåbte øvrige internationale kompensationer, og

at en eventuel tabsafhængig godtgørelse – hvis retten mod forventning måtte nå frem til, at der foreligger den fornødne hjemmel til at tilkende en sådan – under alle omstændigheder må udmåles til et langt mindre beløb end det, der gøres gældende fra sagsøgers side.

8.2 Såfremt retten – mod forventning – måtte nå frem til, at A på afskedigelsestidspunktet havde et handicap, og at der endvidere i forbindelse med afskedigelsen skete forskelsbehandling af A på denne baggrund, gøres det gældende,

at X Kommune ikke var eller burde være bekendt med, at A havde et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven, og

at X Kommune derfor allerede på denne baggrund må frifindes for det af sagsøger rejste krav på godtgørelse i henhold til forskelsbehandlingsloven, jf. også principperne i U.2015.3301H.

8.3 Hvis retten – mod forventning – måtte nå frem til, at der foreligger det fornødne grundlag for at tilkende A en godtgørelse i henhold til forskelsbehandlingsloven, gøres det gældende,

at der som følge af den betydelige usikkerhed om retstilstanden i en situation som den foreliggende, foreligger sådanne særlige omstændigheder, at der i henhold til Højesterets præmisser i U.2013.2575H er grundlag for at fravige udgangspunktet om udmåling af godtgørelse i sager om overtrædelse af forskelsbehandlingsloven i nedadgående retning, og at en eventuel godtgørelse således må udmåles til et betydeligt lavere beløb end det, der er udgangspunktet i retspraksis ved overtrædelse af forskelsbehandlingsloven i afskedigelsessituationen,

at dette synspunkt da også understøttes af retspraksis fra Højesteret, herunder U.2011.417H, U.2014.1119H, U.2015.1H og U.2015.2027H. og

at der endvidere under alle omstændigheder ikke er støtte i retspraksis for at tilkende A en godtgørelse på det niveau, der er gjort gældende fra sagsøgtes side.

- 8.4 For det tilfælde, at retten – mod forventning – måtte nå frem til, at der foreligger det fornødne grundlag for at tilkende A en godtgørelse, gøres det endvidere gældende,

at der ved udmåling af en sådan eventuel godtgørelse skal tages udgangspunkt i en gennemsnitlig månedsløn på 24.738 kr., i hvilken forbindelse der fra sagsøgtes side henvises til den som bilag A fremlagte oversigt over A's løn i perioden fra den 1. marts 2010 til den 28. februar 2011.

..."

Rettens begrundelse og afgørelse

Handicap

Som fastslået ved Højesterets dom af 23. juni 2015, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2015 side 3301, skal begrebet handicap i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (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 besvarelse af det første spørgsmål i sagen C-335/11 og C-337/11. Begrebet omfatter efter denne definition en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt 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.

EU-Domstolen har ved besvarelsen af det første spørgsmål i dom af 18. december 2014 i sagen C-354/13 (Kaltoft-sagen) udtalt, at fedme ikke i sig

selv udgør et handicap som omhandlet i direktivet, idet fedme efter sin art ikke nødvendigvis medfører en sådan begrænsning.

EU-Domstolen har endvidere udtalt, at begrebet handicap skal forstås således, at det ikke alene omfatter den omstændighed, at det er umuligt at udøve erhvervsmæssig aktivitet, men også omfatter gener for udøvelsen af en sådan aktivitet. At der ikke er truffet tilpasningsforanstaltninger i forhold til A, er ikke tilstrækkelig til at fastslå, at han ikke kan være en handicappet person som omhandlet i direktivet, idet definitionen af begrebet handicap i artikel 1 går forud for vurderingen af bl.a. hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i direktivets artikel 5.

Hvis en arbejdstagers fedme under givne omstændigheder medfører en sådan beskrevet begrænsning, kan tilstanden henhøre under begrebet handicap, som omhandlet i beskæftigelsesdirektivet (præmis 59), f.eks. hvis fedmen hindrer arbejdstageren i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere som følge af begrænset bevægelighed eller sygdomme hos arbejdstageren, som forhindrer den pågældende i at udføre sit arbejde, eller som indebærer gener ved udøvelsen af den pågældendes erhvervsmæssige aktivitet.

Bevisbyrden

Arbejdstageren har efter fast praksis bevisbyrden for, at han på opsigelsestidspunktet led af en sygdom, der har medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Det er uden betydning for bedømmelsen af, om der foreligger et handicap, om arbejdsgiveren, X Kommune, vidste eller burde vide, at A's sygdom havde medført et handicap.

Arbejdstageren skal endvidere fremføre faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling.

Faktum

Efter oplysningerne om faldende børnetal i X Kommune i 2010, navnlig i distrikt Y lægger retten til grund, at der driftsmæssigt var grundlag for reduktion af antallet dagplejere. Efter dagplejeleder B's og dagplejepædagog G's forklaringer blev nedskæringen i Y gennemført ved, at en medarbejder blev optaget på PAU-uddannelse og en medarbejder blev afskediget.

Retten lægger til grund, at A ved og under sin ansættelse som dagplejer fra 1996 til 2011 vejede ikke under 160 kg og derved havde et Body Mass Index (BMI) på mindst 54 svarende til ekstrem fedme efter WHO's definition. I den væsentligste del af ansættelsesperioden var han fuldtidsansat. Der er enighed om, at der på intet tidspunkt har været drøftet

eller iværksat tilpasningsforanstaltninger i henhold til beskæftigelsesdirektivets artikel 5. Det forhold, at X Kommune i 2008 bevilligede et fitnessabonnement i et år finder retten ikke udgør en tilpasningsforanstaltning omfattet af denne bestemmelse.

A har blandt andet forklaret, at B tre gange fra april til oktober 2010 kom på uanmeldt besøg i hjemmet, og at emnet hver gang var hans vægt. A har endvidere forklaret, at han ved mødet den 1. november 2010 på hans forespørgsel af B fik oplyst, at han blev fyret, da han havde fået en udfordring, som han ikke havde taget, og at dette var hans vægt.

B har herom forklaret, at hun på mødet ikke nævnte A's vægt, men på A's forespørgsel bekræftede, at han havde haft en udfordring, der dog ikke havde noget med afskedigelsen at gøre. Tillidsrepræsentant M, der var med til mødet, har forklaret, at hun ikke erindrede indholdet af ordvekslingen om udfordringen.

Der blev i alt indstillet syv medarbejdere fra de forskellige grupper i Y, hvoraf en medarbejder skulle afskediges. Dagplejepædagogerne L og G, der deltog i indstillingen af medarbejdere til firing, og B, der traf den endelige beslutning om afskedigelsen af A, har samstemmende forklaret, at hans fedme ikke indgik i begrundelsen for afskedigelsen, men at begrundelsen var en samlet vurdering ud fra kriterierne for uansøgt afskedigelse, navnlig manglende visiteringsmuligheder.

Det fremgår af referat fra MED-udvalgsmødet den 9. september 2010, at afskedigelse ville ske efter kriterierne for uansøgt afskedigelse af dagplejere, og at disse indgik i dagplejernes mappe. Retten lægger til grund, at referatet blev sendt til A, og at han havde mulighed for at gøre sig bekendt med kriterierne.

A har om sine helbredsmæssige forhold blandt andet forklaret, at han led af søvnapnø, tegn på sukkersyge, navlebrøk, forhøjet blodtryk, tilbageløb fra maven og astma, og hans privatpraktiserende læge T har forklaret om samme symptomer. Efter T's forklaring var der ikke i 2008 længere tegn på sukkersyge, og søvnapnøen var forud for 2009 reguleret maskinelt, ligesom blodtrykket var medicineret.

A har ikke fremlagt lægelige oplysninger for perioden mellem den 10. december 2009 og den 3. januar 2012.

A har forklaret, at overvægten belastede ham meget, og at det var hårdere for ham at komme ned og op fra gulvet. Han blev hurtigt forpustet og fik ondt i knæene og benene, hvis han skulle gå langt. Fedmen belastede ham psykisk, idet han ikke brød sig om at skille sig ud.

Beskyttelse efter forskelsbehandlingsloven

Retten lægger til grund, at A's vægt under hele ansættelsesforholdet opfyldte kriteriet for fedme, og at fedme ikke i sig selv udgør et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Trods sin overvægt udførte A kontinuerligt i mere end 14 år sit arbejde som dagplejer på fuld tid, uden at der mellem ham og X Kommune blev drøftet eller iværksat tilpasningsforanstaltninger efter forskelsbehandlingslovens § 2 a.

Efter de foreliggende lægelige oplysninger var der ikke tegn på sukkersyge i 2010, ligesom han var velbehandlet for søvnapnø og forhøjet blodtryk. Retten finder, at A ikke efter de lægelige oplysninger, herunder læge T's forklaring har godtgjort, at han på opsigelsestidspunktet havde fysiske, mentale eller psykiske skader som følge af overvægten, der hindrede ham i fuldt og effektivt at kunne udføre arbejdet som dagplejer på lige fod med andre arbejdstagere. Retten finder, at dette støttes af A's egne oplysninger i indsigelsesbrev af 10. november 2010 og hans udtalelser i forbindelse med sagen, herunder til medierne i 2014.

De efter A's forklaring beskrevne gener, herunder begrænsning i hans bevægelighed i forhold til udøvelsen af hans erhvervsmæssige aktivitet, finder retten, ikke har en sådan karakter, at disse hindrede ham i at udføre sit arbejde som dagplejer. Retten har herved tillige lagt vægt på arbejdets art.

Retten finder det herefter ikke bevist, at A på opsigelsestidspunktet led af en sygdom, der har medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Opfattet som handicappet

Det er ikke udelukket, at en arbejdstager kan være beskyttet efter forskelsbehandlingsloven, selvom arbejdstageren efter de faktiske omstændigheder ikke er omfattet af den beskyttede personkreds i et tilfælde, hvor arbejdsgiveren efter en sædvanlig og konkret bevisbedømmelse opfatter arbejdstageren som omfattet af personkredsen.

Allerede på baggrund af rettens vurdering af beviserne i sagen er der ikke grundlag for at fastslå, at medarbejderne i X Kommune, som deltog i beslutningen om afskedigelse af A, opfattede ham som handicappet.

Almindeligt princip om forbud mod diskrimination ifølge Danmarks folkeretlige forpligtelser

Beskyttelsen af handicappede i forhold til beskæftigelse og erhverv er særskilt reguleret i EU-retten ved beskæftigelsesdirektivet og implementeret i

dansk ret ved lov om forbud mod forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

Retten finder ikke grundlag for at fastslå, at en handicappet arbejdstager med hensyn til beskyttelse i forhold til beskæftigelse og erhverv tillige på et selvstændigt grundlag kan påberåbe sig Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, navnlig artikel 21 og 26 om deltagelse i samfundslivet.

Det tilkommer ikke en national domstol at tilkende erstatning efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 41 for mulig overtrædelse af artikel 14 sammenholdt med artikel 8 om respekten for den enkeltes privatliv.

Herefter, og idet der ikke er hjemmel for retten til at tilkende en arbejdstager godtgørelse for mulig tilsidesættelse af Danmarks internationale forpligtelser i øvrigt, sammenholdt med A's påstand, finder retten ikke grundlag for at tage stilling til, om der efter et almindeligt princip om forbud mod diskrimination ifølge Danmarks folkeretlige forpligtelser ved siden af forskelsbehandlingslovens § 7 a, kan tilkendes en godtgørelse.

Ansættelses- og forvaltningsretlige saglighedskrav

Retten lægger til grund, at A's ansættelse er omfattet af Overenskomst for dagplejere 14/2010 mellem KL og FOA Fag og Arbejde, og at uansøgt opsigelse er reguleret af overenskomstens § 29, stk. 4. Efter overenskomstens § 29, stk. 5 og 6, er der truffet aftale om en afskedigelsesprocedure i overensstemmelse med sædvanlige principper for fagretlig tvistløsning, idet FOA efter bestemmelsen kan kræve sagen behandlet ved et afskedigelsesnævn.

Ifølge arbejdsretslovens § 11, stk. 2, kan en organiseret lønmodtager anlægge sag ved de almindelige domstole angående lønkrav mv., såfremt lønmodtageren godtgør, at den faglige organisation ikke agter at iværksætte fagretlig behandling af kravet. Som fastslået af Højesteret ved dom af 26. marts 2007, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2007 side 1596, kan det ikke antages, at det i et tilfælde, hvor den faglige organisation er indstillet på at forfølge et eventuelt krav, har været tilsigtet at give frit valg mellem det fagretlige system og domstolene.

FOA har som mandatar for A anlagt sagen ved Retten i Kolding. A's krav om en godtgørelse, der støttes på ansættelses- og forvaltningsretlige saglighedskrav, kan herefter ikke prøves for domstolene, idet det er ubestridt, at FOA har valgt ikke at forfølge kravet i det fagretlige system.

Uanset at X Kommune ikke har påstået afvisning i forhold til denne del af A's påstand, finder retten ex officio, at denne del af kravet i

medfør af retsplejelovens § 232, stk. 3, jf. stk. 1, skal afvises.

Forvaltningsretlige krav

A har til støtte for en del af godtgørelsespåstanden anført, at opsigelsen lider af væsentlige sagsbehandlingsmangler i form af en reel indholdsløs partshøring og mangelfuld begrundelse, jf. forvaltningslovens §§ 19, 22 og 24, stk. 1.

Retten lægger til grund, at sagen angår en diskretionær afskedigelse udelukkende på grund af arbejdsmangel. Den givne begrundelse for afskedigelsen – på baggrund af faldende børnetal med heraf følgende arbejdsmangel, hvilket medfører økonomiske og driftsmæssige forstyrrelser i Dagplejen – finder retten, er i overensstemmelse med den faktiske situation i oktober 2010 for Dagplejens normeringsbehov i grupperne i Y .

Afskedigelsen er sket i overensstemmelse med overenskomstens opsigelsesregler og efter de gældende kriterier for uansøgte afskedigelser i dagplejen. Retten finder, at der hverken i X Kommunes høringsbrev af 4. november 2010 om påtænkt afskedigelse eller i selve opsigelsen er angivet eller henvist til disse kriterier. Retten lægger dog til grund, at kriterierne var en del af dagplejernes personalemappe samt omtalt i et nyhedsbrev i uge 38/2010, og derved burde være A bekendt.

Retten finder, at der i en afskedigelsessituation, som den foreliggende ikke tillige efter forvaltningslovens kan stilles krav om uddybning af begrundelse for ledelsens valg af en medarbejder frem for en anden, så længe begrundelsen ligger inden for de aftalte kriterier. Derimod finder retten, at X Kommune i høringsbrevet burde have henvist til kriterierne for uansøgt afskedigelse. Undladelse heraf kan dog i et tilfælde, hvor afskedigelsen var saglig, ikke i sig selv udløse et krav om godtgørelse. Spørgsmålet om saglighed henhører som ovenfor anført ikke under rettens kompetence.

På denne baggrund er der ikke grundlag for at tilkende A en godtgørelse efter almindelige forvaltningsretlige forpligtelser.

Sagsomkostninger

Efter udfaldet af sagen skal FOA som mandatar for A til KL som mandatar for X Kommune betale 140.000 kr. i sagsomkostninger. Beløbet, der dækker advokatudgifter inklusive moms, er fastsat efter sagens karakter, varighed og kompleksitet samt det for parterne opnåede resultat. Retten har endvidere navnlig lagt på, at der har været iværksat præjudiciel forelæggelse af spørgsmål for EU-domstolen og varigheden af hovedforhandlingen.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Kommune, frifindes.

I sagsomkostninger skal sagsøgeren, FOA som mandatar for A
til KL som mandatar for kommune betale 140.000 kr.

De idømte sagsomkostninger skal betales inden 14 dage efter denne doms
afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.

Peter Ulrik Urskov
dommer

Hanne Rasmussen
dommer

Helle Krogh
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Kolding, den 31. marts 2016.

Zanetta Kristiansen, Kontorfuldmægtig