

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2a

- **The employer's obligation to make reasonable accommodations as stated in the Danish Discrimination Act § 2a**

Opgaven er udarbejdet af:

Sara Beck Jochumsen
Cand.Jur. deltid 10. semester

Antal anslag:

177.880

Vejleder:

Christian Højer Schjøler
Juridisk Instit

Summary in English

This thesis deals with the protection of disabled persons under the Danish Discrimination Act. Due to the extent of the topic, the main purpose has been to analyze to what extent the employer is obligated to make reasonable accommodation for disabled persons as stated in the Danish Discrimination Act § 2a.

To achieve this goal the thesis initially analyzes the historic and international background of the Danish Discrimination Act, before chapter 4 analyzes the definition of handicap. This is done especially with regard to the judgements of the European Court of Justice. Chapter 5 analyzes the understanding of direct discrimination, indirect discrimination, and discrimination by association. This is found relevant because the employer's obligation to make reasonable accommodation depends on the kind of discrimination. Chapter six and seven analyzes whom is subject to the Act and chapter eight analyzes the burden of proof as to understand the context of the obligation. Thereafter chapter nine gives a more detailed analysis of the scope of the employer's obligation to make reasonable accommodation. Finally, the thesis gives an overhead evaluation at too what extent the obligation fulfills the purpose of the regulation.

The overall conclusion of this thesis is that the employer is obligated to make all reasonable accommodation for disabled persons, needed in a particular situation, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. Regarding this The European Court of Justice has established that the council directive 2000/78/EC does not enforce an absolute boundary of what is to be understood by reasonable accommodations. Any assessment of the facts in this case is a matter for the national court. In accordance to this, the Danish Supreme Court has stated that an employer is not obligated to increase the number of employed by a full-time position. Likewise, the employer is not obligated to provide an accommodation if the employee is no longer competent, capable and available to perform the essential functions of the position concerned. But it has also been established that it is at the risk of the employer if the obligation is not met. This includes if the options have not been carefully investigated and if it is not possible to explain why a suggested accommodation has been rejected.

In regard to whereas the obligation fulfills the purpose of the regulation, it is stated that on the surface it seems to be the case. But due to eg. the differences in the size of compensation and the burden of proof the obligation does not prevent all forms of discrimination.

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING	1
1.1. PROBLEMFOMULERING	1
1.2. AFGRÆNSNING	2
1.3. METODE.....	3
1.4. TERMINOLOGI.....	4
1.4.1. Diskrimination/forskelsbehandling	4
1.4.2. Den beskyttede kreds.....	5
2. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS HISTORISKE BAGGRUND OG INTERNATIONALE KONTEKST	5
2.1. BESKÆFTIGELSESDIREKTIVET.....	6
2.2. FN'S HANDICAPKONVENTION.....	8
2.3. EMRK	9
2.4. EU'S CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER	10
3. PLIGTEN TIL EU-KONFORM FORTOLKNING	12
4. HANDICAPBEGREBET	16
4.1. SYGDOM CTR. HANDICAP	18
4.1.1. <i>Chacón Navas-sagen</i>	19
4.1.2. <i>Ring/Werge-sagerne</i>	19
4.2. LÆGELIG DIAGNOSE.....	21
4.2.1. <i>Daouidi-sagen</i>	21
4.2.2. <i>FA mod HK hhv. Finansforbundet</i>	22
4.3. LANG VARIGHED	24
4.3.1. <i>Dansk praksis om lang varighed</i>	26
4.4. ÅRSAGEN TIL FUNKTIONSBEGRÆNSNINGEN	27
4.5. ARBEJDSGIVERS VIDEN/BURDE VIDE.....	27
4.5.1. <i>Arbejdsgivers subjektive vurdering</i>	28
5. HVAD FORSTÅS VED FORSKELSBEHANDLING	29
5.1. DIREKTE FORSKELSBEHANDLING	29
5.2. INDIREKTE FORSKELSBEHANDLING	29
5.3. TILKNYTNINGSBASERET FORSKELSBEHANDLING	31
5.4. UNDTAGELSE FRA FORBUDET - REGULÆRE ERHVERVSMÆSSIGE KRAV	33
6. PLIGTSUBJEKT	34
7. RETTIGHEDSSUBJEKT	35
8. BEVISBYRDEN	37
8.1. DIREKTE FORSKELSBEHANDLING	39
8.2. INDIREKTE FORSKELSBEHANDLING	40
9. TILPASNINGSFORPLIGTELSEN	41
9.1. DIREKTE FORSKELSBEHANDLING	43
9.2. INDIREKTE FORSKELSBEHANDLING	43
9.3. TILKNYTNINGSBASERET FORSKELSBEHANDLING	44

9.4.	HENSIGTSMÆSSIGE FORANSTALTNINGER.....	46
9.5.	ER FORANSTALTNINGERNE FOR BYRDEFULDE?	49
9.5.1.	<i>Pligter, der følger af arbejdsmiljøloven</i>	50
9.5.2.	<i>Ændret indretning af arbejdspladsen</i>	51
9.5.3.	<i>Opnormering</i>	52
9.5.4.	<i>Deltid</i>	55
9.5.5.	<i>Fleksjob</i>	56
9.5.6.	<i>"§ 56 aftale"</i>	59
9.5.7.	<i>Omplacering</i>	60
9.6.	KOMPETENT, EGNET OG DISPONIBEL.....	65
9.7.	POSITIV SÆRBEHANDLING CTR. MATERIEL LIGEBEHANDLING	66
9.8.	KONSEKVENNS AF MANGLENDE TILPASNING.....	69
9.8.1.	<i>"120-dages reglen"</i>	72
10.	KONKLUSION	73
11.	PERSPEKTIVERING	75
	LITTERATURLISTE	79

1. Indledning

Et presset arbejdsmarked, der mange steder ikke levner plads til kollegaer og medarbejdere, der ikke performer 100 %, er formentlig medvirkende til at opretholde et konstant fokus på, at forskelsbehandlingsloven forpligter en arbejdsgiver til at tilpasse arbejdet til en handicappet medarbejder.¹ En forpligtelse det i sidste ende kan koste arbejdsgiver dyrt at tilsidesætte.

Grænserne for hvor langt denne forpligtelse rækker er imidlertid ikke klare, ligesom det kan være uklart, hvorvidt medarbejderen de facto er handicappet. Efter handicap og alder blev indsat som beskyttelseskriterier i forskelsbehandlingsloven rejses der derfor, modsat de første år efter gennemførelsen af loven, et stigende antal sager ved domstolene.² En del af disse sager angår naturligt nok, hvorvidt arbejdsgiver konkret har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse eller ej.

Beskyttelsen mod forskelsbehandling pga. handicap udspringer af det EU-retlige ”Beskæftigelsesdirektiv”.³ I forlængelse af de nationale sager har EU-Domstolen som øverste instans derfor også haft lejlighed til at tage stilling til flere præjudicielle spørgsmål i forhold til beskyttelsen, herunder tilpasningsforpligtelsen. Uanset, at mange aspekter er blevet afklaret gennem årene, er der dog næppe grund til at tro, at antallet af sager for de danske domstole vil falde markant fremadrettet, da sagerne her afgøres ud fra konkrete vurderinger.

At der herudover kan forekomme et modsætningsforhold mellem, hvad der ud fra en samfundsøkonomisk betragtning er ønskværdigt i forhold til at fastholde handicappede på arbejdsmarkedet og hvad der for den enkelte arbejdsplads må opleves som en – mere eller mindre marginal – byrde, gør ikke emnet mindre interessant.

1.1. Problemformulering

Det er med baggrund i ovenstående, at jeg i denne afhandling har valgt at fokusere på den beskyttelse, som forskelsbehandlingsloven giver den enkelte lønmodtager mod

¹ Beskæftigelsesministeriet, *Undersøgelse af forskelsbehandling på arbejdsmarkedet 2014-2016*, s. 14.

² Lars Svenning Andersen, mf.; *Funktionærret*, s. 856.

³ Direktiv 2000/78/EF.

forskelsbehandling som følge af handicap. Emnet er vidtrækkende, så grundet afhandlingens begrænsede omfang er kerneområdet en analyse af:

I hvilket omfang er arbejdsgiver forpligtet til at tilpasse arbejdet til en handicappet medarbejder i medfør af forskelsbehandlingslovens § 2a?

Målet med afhandlingen er dermed at fastslå rækkevidden af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse og afdække eventuelle uklarheder.

Det er dog vanskeligt at analysere arbejdsgivers forpligtelse uden at se på, den sammenhæng begrebet udspringer af og de regler, der er normerende for, at forpligtelsen i det hele taget finder anvendelse. Med henblik på at forstå baggrunden for forpligtelsen redegøres der derfor indledningsvist for den historiske baggrund for forskelsbehandlingsloven, set i en EU-retlig/folkeretlig kontekst. Det er herudover af afgørende betydning for arbejdsgivers forpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2a at fastslå, hvornår der er tale om handicap ctr. fx sygdom, hvorfor dette analyseres i afsnit 4. Afsnit 5 indeholder en gennemgang og analyse af de forskellige typer af forskelsbehandling, da arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse afhænger heraf. Dvs. hvornår er der tale om indirekte, direkte og tilknytningsbaseret forskelsbehandling? I afsnit 6 og 7 redegøres for hvem der er hhv. rettigheds- og pligtsubjekt i forhold til tilpasningsforpligtelsen, mens afsnit 8 analyserer forskelsbehandlingslovens særlige bevisbyrderegler, hvorefter tilpasningsforpligtelsens retlige indhold analyseres i afsnit 9. Afslutningsvist foretages en perspektivering af mere retspolitisk karakter med henblik på en overordnet vurdering af, om omfanget af tilpasningsforpligtelsen opfylder formålene bag gældende ret.

1.2. Afgrænsning

Emnevalget og relationen til EU-retten og folkeretten åbner mulighed for at analysere en lang række interessante forhold af såvel EU-retlig, folkeretlig som af national karakter. Grundet omfanget af afhandlingen er det selvsagt ikke muligt at favne dem alle. Af denne årsag indeholder afhandlingen fx ikke en analyse af forbuddet som et EU-retligt grundprincip og betydningen af, at chartret om grundlæggende rettigheder har opnået traktatstatus. Ligesom der ikke foretages en diskussion af, hvorvidt retten skal anskues

ud fra en monistisk eller en dualistisk synsvinkel.⁴ Herudover vil afhandlingen kun ganske overordnet berøre om godtgørelsesniveauerne i dansk ret lever op til EU-rettens krav om effektiv beskyttelse, ligesom bevisbyrdeproblematikken og typerne af forskelsbehandling alene analyseres med henblik på at forstå den kontekst arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse indgår i. Afhandlingen vil herudover alene inddrage på de mere EU- og folkeretlige aspekter, hvor det er af relevans for fortolkningen af tilpasningsforpligtelsen.

Der foreligger som nævnt et stort antal retsafgørelser, hvorfor alene de mest principielle og/eller mest illustrative inddrages i analysen.

1.3. Metode

I opgaven anvendes primært den retsdogmatiske metode, hvilket betyder, at den gældende retstilstand - de lege lata - i forhold til arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse søges udledt ved en analyse, systematisering og beskrivelse af allerede gældende national, EU – og folkeretlig regulering, retspraksis og juridisk litteratur.⁵ Tages fx afsæt i Ross' prognoseteori anvendes dermed de allerede tilgængelige retskilder i et forsøg på at forudsige, hvordan domstolene vil handle i en lignede sag.⁶

Det er også vigtigt at holde sig for øje, at forskelsbehandlingslovens EU-retlige udspring gør, at den danske retstilstand er uløseligt forbundet med EU-domstolens afgørelser. EU-domstolen er således øverste myndighed i forhold til at fortolke de EU-retlige regler, hvorfor der inddrages såvel retspraksis fra de danske domstole, ligebehandlingsnævnet og EU-domstolen i analysen.

EU-domstolens fortolkningsstil er dog mere dynamisk end de danske domstoles, ligesom den, da de EU-retlige regler ofte er formuleret vagt og upræcist, primært tager udgangspunkt i en fortolkning af formålet bag den relevante retsregel og ikke som i dansk ret, hvor der primært ses på en ordlydsfortolkning og forarbejder til reglen, når gældende

⁴ Herom henvises fx til Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s.262ff og Jens Kristiansen; *Grænserne for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos sagen*, U2017B.75.

⁵ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen; *Retskilder og retsteorier*, s. 29 ff.

⁶ Sten Schaumburg-Müller og Jens Evald; *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, s. 65 ff.

ret skal udfindes.⁷ Denne forskel har betydning for analysemetoderne i denne afhandling, da forskelsbehandlingsloven qua sit EU-retlige udspring skal fortolkes EU-konformt. Det vil sige i overensstemmelse med EU-retten, herunder EU-domstolens praksis i det omfang det efter nationale fortolkningsprincipper gør det muligt, med mindre det sker imod klare nationale lovbestemmelser - ”contra legem”.⁸ Rækkevidden af princippet om contra legem giver anledning til selvstændige fortolkningsspørgsmål, hvilket behandles overordnet under afsnit 3.

Perspektiveringen vil have en mere retspolitisk vinkel i forhold til at se på, om retstillingen opfylder direktivets formål.⁹

1.4. Terminologi

Forinden den mere materielle analyse er det relevant at overveje og definere, hvilke begreber der skal anvendes i afhandlingen, da loven og direktivet ikke konsekvent benytter sig af samme terminologi.

1.4.1. Diskrimination/forskelsbehandling

Direktivet anvender begrebet ”diskrimination”, mens forskelsbehandlingsloven anvender ”forskelsbehandling”, hvilket kan give anledning til indgående analyser af, om de to begreber er indholdsmæssigt forskellige og i givet fald hvilket, der er mest korrekt at anvende. Analysen skal ikke tages i denne afhandling, men der henvises til fx Nielsen¹⁰ og Højer Schjøler.¹¹ Her skal blot konstateres, at forskelsbehandlingsloven, såvel som meget andet dansk regulering, der udspringer af EU-retten, konsekvent anvender ”forskelsbehandling”, hvorfor denne sprogbrug opretholdes i nærværende afhandling vel vidende, at det kan blive mødt med kritik.¹² Derfor lægges det også til grund, at begreberne, i forhold til denne afhandling, har samme materielle indhold, dvs. ”forbud

⁷ Ruth Nielsen; *Civilretlige diskriminationsforbud*, s. 38.

⁸ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandlingsloven med kommentarer*, s. 71.

⁹ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen; *Retskilder og retsteorier*, s 445 ff.

¹⁰ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandlingsloven med kommentarer*, s. 19.

¹¹ Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, s. 60 ff.

¹² Ibid og Ruth Nielsen, *Lov om forbud mod forskelsbehandlingsloven med kommentarer*, s. 20ff.

mod ringere behandling pga. et af de beskyttede kriterier, herunder handicap” med mindre andet er konkret angivet.¹³

1.4.2. Den beskyttede kreds

Som det vil fremgå af afsnit 7, kan det være vanskeligt at finde en terminologi, der er fuldt dækkende for den persongruppe, der er omfattet af beskyttelsen efter loven og direktivet. For overskuelighedens skyld og da denne afhandling omhandler arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, benyttes begreberne ”lønmodtageren”, ”den ansatte” eller ”medarbejderen”, med mindre andet følger af sammenhængen.

2. Forskelsbehandlingslovens historiske baggrund og internationale kontekst

For at kunne forstå og fortolke rækkevidden af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse er det nødvendigt at forstå lovens plads i retssystemet og dens sammenhæng med såvel nationale regler, som EU- og folkeretten, hvilket behandles i dette afsnit.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. herefter ”forskelsbehandlingsloven” blev vedtaget i 1996, som en implementering af ILO-konvention nr. 111 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv¹⁴ og FN’s konvention om racediskrimination, i en erkendelse af, at Danmark ikke levede op til sine internationale forpligtelser i forhold til at forbyde forskelsbehandling på grund af race, farve, religion, politisk anskuelse, national, social eller etnisk oprindelse.¹⁵ Køn er også et beskyttet kriterium, men var – og er – beskyttet i medfør af ligebehandlingsloven og ligebehandlingsdirektivet.¹⁶

¹³ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 21.

¹⁴ ILO står for ”International Labour Organization” og er FN’s organisation for arbejdsmarkedsforhold, der gennem et trepartssamarbejde mellem arbejdsmarkedets parter og FN beskæftiger sig især med normskabende virksomhed og informationsudveksling gennem studier og konferencer, og gennem behandling og vedtagelse af konventioner og anbefalinger. <http://um.dk/da/om-os/stillinger/internationale/organisationer/ilo---fns-organisation-for-arbejdsmarkedsforhold/>

¹⁵ Fremsættelsestalen, samt bem. til lovforslag nr. 181 af 17.1.1996, § 1, stk. 1.

¹⁶ Den første ligebehandlingslov blev vedtaget 31.3.1978 og mens direktiv 76/207/EØF om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse mv. blev vedtaget den 9.2.1976 og senest ændret ved direktiv 2006/54/EF af 5.7.2006.

Med forskelsbehandlingsloven indførte Danmark dermed et forbud mod såvel direkte som indirekte forskelsbehandling på baggrund af de ovenfor anførte kriterier, men kun inden for arbejdsmarkedet, og i relation til denne afhandling nok så vigtigt ikke på grund af handicap. Herudover blev kriteriet ”seksuel orientering” indsat i loven med henvisning til, at dansk ret også på andre væsentlige områder, fx straffeloven, allerede ydede beskyttelse mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering.¹⁷

2.1. Beskæftigelsesdirektivet

Den 27. november 2000 vedtog Europarådet direktiv 2000/78 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. Herefter betegnet ”beskæftigelsesdirektivet” eller blot ”direktivet”. Med beskæftigelsesdirektivet og implementeringen heraf i forskelsbehandlingsloven blev den EU-retlige kontekst den primære kilde til fortolkning af loven.¹⁸

Beskæftigelsesdirektivet har til formål at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne,¹⁹ samt at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.²⁰ Forenklet sagt har direktivet til formål at bekæmpe alle former for forskelsbehandling på såvel det offentlige som det private arbejdsmarked i henhold til de beskyttede kriterier.²¹

Beskyttelsesområdet for direktivet er dermed bredere end efter den daværende forskelsbehandlingslov, da loven ikke beskyttede mod forskelsbehandling på grund af tro, alder eller handicap. Omvendt beskyttede forskelsbehandlingsloven allerede dengang mod forskelsbehandling på grund af en række kriterier, der ikke findes i direktivet.²²

Direktivet indeholder herudover bestemmelser, der definerer diskriminationsbegrebet, regler om bevisbyrde og om beskyttelse mod repressalier, hvis en person klager. Alle med det formål at sikre, at princippet om ligebehandling overholdes.

¹⁷ Alm. bem. til lovforslag nr. 181 af 17.1.1996.

¹⁸ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 25 ff.

¹⁹ Om ligebehandlingsprincippet se afsnit 9.7.

²⁰ Art 1.

²¹ Art. 3, stk.1.

²² Hudfarve, politisk anskuelse, national og social oprindelse.

I april 2004 blev kriteriet ”tro” indsat i forskelsbehandlingsloven som en delvis gennemførelse af beskæftigelsesdirektivet.²³ Men først i december 2004 blev ”alder” sammen med ”handicap” indsat i loven som led i restimplementeringen af direktivet.²⁴ Med handicapkriteriet kom også tilpasningsforpligtelsen, der er særegen for handicapkriteriet, ind i forskelsbehandlingsloven. Baggrunden, rammerne og indholdet af tilpasningsforpligtelsen er nærmere analyseret i afsnit 9, hvortil der henvises.

Der er en langvarig praksis for, at arbejdsretlige direktiver kan aftaleimplementeres ved kollektiv overenskomst af arbejdsmarkedets parter, således også beskæftigelsesdirektivet.²⁵ Det er bl.a. sket i Industriens Overenskomst og Industriens Funktionæroverenskomst,²⁶ men fx ikke på det statslige, kommunale og regionale område.^{27,28} Herefter finder lovens regler ikke anvendelse, men aftaleimplementeringen skal overholde de ufravigelige regler i direktivet og skal dermed også fortolkes i overensstemmelse med direktivet.²⁹ Eftersom sigtet med denne afhandling er forskelsbehandlingslovens tilpasningsforpligtelse, behandles denne separate problemstilling ikke yderligere.

Anskuer man det fra denne vinkel, udspringer forskelsbehandlingsloven formelt set af implementeringen af ILO-konventionen og sekundær EU-retlig regulering (direktiverne). Imidlertid er situationen mere nuanceret, da der herudover er et antal folkeretlige traktater, samt EU-retlige regler, der i et vist omfang regulerer de samme områder som forskelsbehandlingsloven og direktivet.³⁰ Det ligger udenfor rammerne af denne afhandling at redegøre for de mere folkeretlige aspekter, hvorfor der nedenfor blot redegøres overordnet for indholdet af hhv. FN's handicapkonvention og den Europæiske

²³ Lov nr. 253 af 7.4.2004.

²⁴ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, pkt. 2.

²⁵ Fx. direktiv 91/533/EØF ”Ansættelsesbevisdirektivet”, direktiv 999/70/EF ”Tidsbegrænset ansættelse”, direktiv 97/81/EF ”Deltidsdirektivet”.

²⁶ Protokollat af 2.10.2004 mellem Dansk Industri og CO-industri om aftaleimplementering af alder og handicapbestemmelserne i direktiv 2000/78/EF.

²⁷ KEN nr. 9356 af 25.4.2018.

²⁸ Det er vanskeligt at sige præcist, hvad forskellen skyldes. Et nærliggende argument i mod er, at eventuelle tvister skal føres i det fagretlige system, hvis reglerne aftaleimplementeres. I det fagretlige system er der ingen ankemulighed, hvilket kan være et bærende argument imod, når man ser på antallet af forskelsbehandlingssager, der føres ved flere instanser.

²⁹ Forskelsbehandlingsloven §1, stk. 7.

³⁰ Ruth Nielsen, *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 30 ff.

menneskerettighedskonvention, ligesom der kort redegøres for betydningen af EU's charter om grundlæggende rettigheder.

2.2. FN's handicapkonvention

Den 13. december 2006 vedtog FN "Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap", herefter blot "konventionen" eller "handicapkonventionen". Konventionen udspringer af de principper, der findes i FN's verdenserklæring om menneskerettigheder og i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, samt økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, ligesom den anerkender vigtigheden af de principper, der fremgår af Verdenshandlingsprogrammet for personer med handicap og FN's standardregler³¹ og den har til formål, at:

*"Fremme, beskytte og sikre muligheden for, at alle personer med handicap fuldt og helt kan nyde alle menneskerettigheder og frihedsrettigheder på lige fod med andre, samt fremme respekten for deres naturlige værdighed."*³²

Konventionen pålægger herudover deltagerstaterne, at "forbyde enhver diskrimination på grund af handicap",³³ men modsat beskæftigelsesdirektivet er konventionen ikke begrænset til arbejdsmarkedet.

Danmark ratificerede konventionen den 24. juli 2009 med ikrafttrædelse en måned senere. Hermed forpligtede Regeringen sig til at bringe dansk ret i overensstemmelse med de forpligtelser konventionen indeholder.³⁴ På tidspunktet for ratifikationen anså Regeringen det dog ikke for nødvendigt at gennemføre mere generel lovgivning om handicapbeskyttelsen, da det blev vurderet, at det almindelige lighedsprincip,³⁵ samt forskelsbehandlingslovens regler sikrede, at Danmark levede op til konventionens indhold.³⁶ Men eftersom forskelsbehandlingsloven alene finder anvendelse i ansættelsesforhold sammenholdt med, at Danmark i 2014 tiltrådte den valgfri protokol til handicapkonventionen om individuel klageadgang til FN's Handicapkomité, anbefalede

³¹ Præamblen litra B.

³² Art 1.

³³ Art 5, stk. 2. 1. pkt.

³⁴ www.eu.dk/da/spoergsmaal-og-svar-folder/hvad-er-ratifikation.

³⁵ Se herom afsnit 9.7.

³⁶ Bem. til forslag 194/08 til folketingsbeslutning om Danmarks ratifikation af FN's konvention af 13.12.2006 om rettigheder for personer med handicap, litra B, og litra C 2, art 5.

såvel FN's Handicapkomité som Institut for Menneskerettigheder, at der blev indført et generelt forbud mod forskelsbehandling af personer med handicap, også uden for arbejdsmarkedet og med klageadgang til ligebehandlingsnævnet.³⁷ Det skete den 8.juni 2018.³⁸

Da loven som anført vedrører forskelsbehandling uden for arbejdsmarkedet, ligger det uden for rammerne af denne afhandling at redegøre nærmere for den beskyttelse, der følger heraf. Det skal blot bemærkes, at loven ikke indeholder en tilpasningsforpligtelse,³⁹ hvilket Institut for Menneskerettigheder netop har sat fokus på.⁴⁰

Uanset at ratifikationen af handicapkonventionen efter regeringens vurdering ikke krævede følgelovgivning, så er Danmark forpligtet til at sikre, at den danske retsanvendelse er i overensstemmelse med de folkeretlige forpligtelser, man har påtaget sig.⁴¹ På de områder EU-retten regulerer, er denne forpligtelse så at sige ”dobbelt”. Årsagen hertil er, at EU i 2012 også ratificerede FN's handicapkonvention, hvormed den blev selvstændigt integreret i EU-retten.⁴² Samlet betyder det, at både den beskyttelse direktivet og dansk ret, herunder tilpasningsforpligtelsen efter forskelsbehandlingsloven, yder handicappede, alle i videst muligt omfang må fortolkes i overensstemmelse med handicapkonventionen.⁴³

2.3. EMRK

Også den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) indeholder et forbud mod diskrimination pga. handicap. Danmark ratificerede allerede EMRK i 1950 med ikrafttrædelse 3. september 1953. I 1992 blev den formelt inkorporeret ved lov i dansk ret.⁴⁴ At EMRK er inkorporeret i dansk ret betyder, at EMRK, til forskel for FN's

³⁷ Alm. bem. til lovforslag nr. 221 af 18.4.2018, pkt. 2.

³⁸ Lov nr. 688 af 08.06.2018.

³⁹ Ibid § 3

⁴⁰ Institut for menneskerettigheder: Juridisk baggrundsnot om ”børn med handicap på frie grundskoler”, 2018.

⁴¹ Betænkning nr. 1546/2014, kapitel 3, afsnit 3.

⁴² Ruth Nielsen; *lov om forbud mod forskelsbehandling* med kommentarer, s. 30 og s. 38 ff.

⁴³ Sag C-395/15 Daouidi præmis 41.

⁴⁴ Lov nr. 285 af 29.4.1992.

handicapkonvention, kan påberåbes ved de danske domstole på linje med enhver anden dansk lov men kun på lovniveau og ikke på grundlovsniveau.⁴⁵

Der er i EMRK tillægsprotokol 14 fra 2010 skabt mulighed for, at EU kan tiltræde EMRK og med Lissabontraktaten art. 6, stk. 2 har EU forpligtet sig hertil.⁴⁶ I overensstemmelse hermed fremlagde Europarådet og EU-repræsentanter i april 2013 et aftaleudkast, der skulle føre til, at EU ratificerede EMRK. Forslaget blev dog forkastet af EU-domstolen som uforeneligt med Lissabontraktatens art. 6. Der er ikke efterfølgende fremlagt nye forslag og EU har dermed ikke formelt tiltrådt EMRK.⁴⁷ Det ændrer dog ikke på, at EMRK anvendes i praksis. Lissabontraktatens art. 6, stk. 3 bestemmer således, at EMRK's grundlæggende rettigheder udgør generelle principper i EU-retten. Dette har EU-Domstolen også bekræftet i flere afgørelser, ligesom Domstolen har præciseret at foranstaltninger, der er i strid med EMRK, ikke er tilladt.⁴⁸ EU-Domstolen anerkender og anvender dermed allerede EMRK i sine afgørelser, hvilket Domstolen begrundes med, at den lader sig inspirere af de forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne og af anvisningerne i de internationale instrumenter om beskyttelse af menneskerettigheder, som medlemsstaterne har samarbejde om, eller har tiltrådt, og at EMRK i den forbindelse har særlig betydning.⁴⁹

Det er dog også relevant at fremhæve, at i modsætning til beskæftigelsesdirektivet og handicapkonventionen indeholder EMRK ikke et selvstændigt diskriminationsforbud, men alene et accessorisk diskriminationsforbud. Dvs. der må ikke diskrimineres i forbindelse med de friheder, som EMRK beskytter.⁵⁰

2.4. EU's Charter om grundlæggende rettigheder

EU's Charter om grundlæggende rettigheder, herefter "chartret", blev oprindeligt vedtaget på EU topmødet i Nice i 2000 som en politisk hensigtserklæring og var dermed ikke selvstændigt juridisk bindende. Formålet med chartret var at sammenskrive og

⁴⁵ <https://menneskeret.dk/om-os/menneskerettigheder/menneskerettigheder-danmark/dansk-lovgivning>.

⁴⁶ Ruth Nielsen; *Dansk Arbejdsret*, kap 8, afsnit 5.5.2.

⁴⁷ Europa Parlamentet, faktablad om Lissabontraktaten.

⁴⁸ Ruth Nielsen; *Dansk Arbejdsret*, kap 8.

⁴⁹ EU-Domstolens udtalelse 2/13 af 18.12.2014, præmis 37.

⁵⁰ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 41 ff.

synliggøre allerede eksisterende menneskerettigheder og grundlæggende rettigheder.⁵¹ Efter ikrafttrædelse af Lissabontraktaten har chartret imidlertid opnået traktatstatus uden, at det i den forbindelse har været tilsigtet at give EU nye beføjelser i kraft heraf.⁵² Herudover skal chartret, jf. art. 52, stk. 3, tolkes i overensstemmelse med EMRK, hvis chartret indeholder rettigheder svarende til de rettigheder, der følger af EMRK.

Af relevans for denne afhandling indeholder chartret i art. 21, stk. 1, en kodificering af det almindelige EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af en række forhold, herunder handicap, som er konkretiseret i fx beskæftigelsesdirektivet.⁵³ Forbuddet mod forskelsbehandling i chartret er som EMRK accessorisk. Men i modsætning til EMRK art. 14, der alene finder anvendelse på andre rettigheder i EMRK, er forbuddet i chartret ikke begrænset til at finde anvendelse på andre rettigheder i chartret.⁵⁴ Forbuddet i chartret er derimod et generelt princip, der binder EU, samt medlemsstaterne, når disse gennemfører EU-retten.⁵⁵ For at chartret kan anvendes på de nationale regler, skal et område dermed være reguleret i en anden EU-retlig forskrift end chartret, fx et direktiv. Når det er tilfældet, skal de nationale retsregler, der falder under anvendelsesområdet for forskriften fortolkes i lyset af chartret.⁵⁶ Falder forholdet uden for områder, der er reguleret af EU-retten, finder chartret derimod som hovedregel ikke anvendelse. EU-Domstolen har dog på trods heraf anvendt chartret også i sager omhandlende retsregler, der ikke direkte tilsigter at implementere EU-retlig regulering, men alene virker i nært samspil med denne.⁵⁷

Chartrets traktatstatus og kodificering af generelle uskrevne EU-retlige principper har herudover givet anledning til debat om den horisontale virkning af chartret, dvs. i retsforholdet mellem private.⁵⁸ Som anført i afgrænsningen ligger en selvstændig diskussion heraf udenfor rammerne af denne afhandling, men det behandles kort i

⁵¹ Jonas Christoffersen; *EU's charter om grundlæggende rettigheder med kommentarer*, s. 41.

⁵² Lissabontraktatens art. 6, stk. 1.

⁵³ Jonas Christoffersen; *EU's charter om grundlæggende rettigheder med kommentarer*, s. 34.

⁵⁴ *Ibid* s. 227.

⁵⁵ Chartrets art. 51.

⁵⁶ Jonas Christoffersen; *EU's charter om grundlæggende rettigheder med kommentarer*, s. 227, samt Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 267.

⁵⁷ Niels Fenger; *Hvornår gælder EU's Charter om grundlæggende rettigheder i sager for de danske domstole?* s. 169 ff.

⁵⁸ Jonas Christoffersen; *EU's charter om grundlæggende rettigheder med kommentarer*, s. 42.

sammenhæng med princippet om EU-konform fortolkning nedenfor under afsnit 3, hvortil der henvises.

3. Pligten til EU-konform fortolkning

At forbuddet mod forskelsbehandling pga. handicap implementerer et EU-direktiv betyder som anført også, at det skal fortolkes EU-konformt. Det vil sige, at de nationale domstole ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i national ret, skal anlægge en fortolkning, der kan bringe bestemmelserne i overensstemmelse med EU-retten, med mindre det sker ”contra legem” – imod loven.⁵⁹ Spørgsmålet er herefter, i hvilket omfang det er muligt og hvad retstilstanden er, hvis ikke det er muligt.

I forhold til tilpasningsforpligtelsen, som er det centrale for denne afhandling, har diskussionen særligt betydning for i hvilket omfang, en privat arbejdsgiver kan pålægges forpligtelser, hvis andre danske regler og/eller praksis måtte vise sig at være i strid med EU-retten, herunder EU-retlige principper. Et spørgsmål, der blev sat på spidsen i Ajos sagen,⁶⁰ om retten til fratrædelsesgodtgørelse efter funktionærlovens (ful) § 2a, stk. 3, hvor Højesteret havde en langvarig praksis for at fortolke bestemmelsen mod dens ordlyd.⁶¹ Ajos-sagen vedrørte således forskelsbehandling på baggrund af alder, men den kan uanset dette tjene til illustration af den principielle problemstilling.

I sagen konstaterede EU-Domstolen, på baggrund af en præjudiciel forelæggelse, for det første, at der foruden forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder i direktivet, gælder et tilsvarende uskrevet princip og for det andet, at princippet om ”contra legem”, skal fortolkes indskrænkende, så det alene omfatter klare og utvetydige retsregler, men derimod *ikke* en langvarig national retspraksis.⁶²

Højesteret fastholdt imidlertid, at det ikke ved anvendelse af de fortolkningsmetoder, der er anerkendt i dansk ret, ville være muligt at anlægge en fortolkning, der kunne bringe

⁵⁹ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 71.

⁶⁰ Sag C-441/14.

⁶¹ Efter den dagældende ordlyd af Ful § 2a, stk. 3, mistede medarbejderen sin fratrædelsesgodtgørelse, hvis medarbejderen ved ”*fratrædelsen vil oppebære en alderspension fra arbejdsgiveren*”, Højesterets praksis afskar dog medarbejderen herfra, hvis medarbejderen ved fratræden ”*kunne oppebære alderspension*”, uanset medarbejderen ikke konkret gjorde det.

⁶² Præmis 33-34.

fortolkningen af ful § 2a, stk. 3 i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet som fortolket af EU-domstolen.⁶³ Der forelå efter Højesterets opfattelse derfor en klar *contra legem situation*.⁶⁴

Spørgsmålet er herefter om direktivets bestemmelser, et uskrevet EU-retligt princip eller bestemmelserne i chartret kunne have direkte virkning med det resultat, at Højesteret helt skulle undlade at anvende reglen i funktionærloven, da den ikke kunne fortolkes EU-konformt. Her må der for det første skelnes mellem retsforholdet mellem staten og en privat borger (vertikal) og mellem to private parter (horisontal).

I forhold til den vertikale virkning ligger det fast, at en offentlig arbejdsgiver er direkte bundet af EU-direktiver, også selvom disse ikke er implementerede i national ret forudsat, at direktivets bestemmelser er ubetingede, tilstrækkeligt klare og præcise og medlemsstaten ikke har gennemført direktivet inden for fristen. Er betingelserne opfyldt, kan direktivet dermed påberåbes af en borger direkte over for staten. Også generelle EU-retlige principper har direkte horisontal virkning, men her er det ikke nødvendigvis en betingelse, at direktivets gennemførelsesfrist skal være udløbet.⁶⁵

Er der tale om to private parter er det klare udgangspunkt omvendt, at direktiver ikke kan få direkte virkning med mindre, de er implementerede i national ret.⁶⁶ I forhold til de EU-retlige principper fastslog EU-domstolen i Ajos-sagen derimod, at det uskrevne EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder har forrang for national ret, uanset det vil ske til skade for en privat part.

Højesteret skulle derfor helt undlade at anvende bestemmelsen, da den ikke kunne fortolkes EU-konformt. Højesteret var imidlertid ikke enig i heri og udtalte, at uanset der findes et EU-retligt princip om forbud mod forskelsbehandling pga. alder, så er det ikke blevet gjort direkte anvendeligt i Danmark. Endvidere fandt Højesteret, at det lå uden for rammerne af grundlovens § 3, hvis Højesteret skulle undlade at anvende den i sagen

⁶³ Domstolen henviste til sag C-499/08 – Ole Andersen, hvor spørgsmålet var det samme, men hvor sagsøgte i modsætning til Ajos-sagen, var en offentlig arbejdsgiver. EU-domstolen havde derfor allerede fastslået, at den hidtidige fortolkning var i strid med beskæftigelsesdirektivet.

⁶⁴ HRD af hhv. 22.9.2014 (forelæggelsen) og 6.12.2016 i sag 15/2014. Fra forelæggelsen til den endelige dom ændrede Højesteret ”fast praksis”, der også anvendes i EU-domstolens afgørelse, til ”en klar retstilstand”.

⁶⁵ Jonas Christoffersen; *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder*, s. 52 og sag C-144/04 Mangold præmis 76 + 77.

⁶⁶ jf. bl.a. sag C-152/84, Marshall præmis 47-48.

omtvistede bestemmelse i en tvist mellem private alene med henvisning til et uskrevet EU-retligt princip.⁶⁷ I modsætning til EU-domstolen lægger Højesteret herudover afgørende vægt på hensynet til de private parterets retssikkerhed. Samme resultat når Højesteret frem til for bestemmelserne i chartret, herunder chartrets art. 21 om ikke-forskelsbehandling. Højesterets konklusion er dermed i direkte modstrid med EU-domstolens praksis,⁶⁸ hvorfor den har været yderst omdiskuteret i litteraturen.⁶⁹

EU-domstolen har så vidt vides ikke taget konkret stilling til om forbuddet mod forskelsbehandling pga. handicap har forrang på samme måde som forbuddet mod aldersdiskrimination. Men der kan med henvisning til blandt andet Domstolens præmis 74 i Mangold-sagen og EU-domstolens dynamiske fortolkningsstil argumenteres for, at det vil være sandsynligt, at Domstolen vil fastslå, at det er tilfældet.⁷⁰

Med ovenstående i erindring er det herefter relevant at se på Højesterets afgørelse i ”Skibby Supermarked”⁷¹ om ”120-dages reglen” i funktionærlovens § 5, stk. 2. Efter 120-dages reglen kan en medarbejder opsiges med forkortet varsel efter 120 dages sygefravær inden for 12 på hinanden følgende måneder. Højesteret fastslog imidlertid, at reglen ikke kan anvendes, heller ikke af private arbejdsgivere, hvis medarbejderens sygefravær er en følge af, at arbejdsgiveren har undladt at træffe hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger efter forskelsbehandlingslovens § 2a, uagtet en sådan indskrænkelse ikke kan indlæses i bestemmelsen.⁷² Det vil sige en situation, der på overfladen kan sammenlignes med Ajos-sagen.⁷³

⁶⁷ HRD af 6.12.2016 i sag 15/2014.

⁶⁸ Foruden Ajos-sagen har EU-Domstolen udtalt sig herom i Sag C-144/04 Mangold og C-555/07, Küçükdeveci.

⁶⁹ Se fx Jens Kristiansen; *Om grænserne for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen*, ctr. Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø; *Det afviste manuskript i Ajos-debatten og Det afviste manuskript II i Ajos-debatten*

⁷⁰ Mangold præmis 74 lyder; ”*For det andet, og frem for alt, indeholder direktiv 2000/78 ikke i sig selv noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I henhold til direktivets artikel 1 har dette nemlig alene til formål »at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«, mens selve princippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af betragtning 1 og 4 til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.*”

⁷¹ HRD af 11.8.2015 i sag 104/2014.

⁷² Om konsekvenserne for 120-dages reglen af en manglende overholdelse af tilpasningsforpligtelsen se afsnit 9.8.1.

⁷³ EU-domstolen havde allerede fastslået dette resultat i sag C-337/11 Werge, men spørgsmålet blev ikke pådømt af Højesteret, da Højesteret fandt, at arbejdsgiver ikke vidste eller burde vide, at medarbejderen havde et handicap. (HRD af 23.6.2015 i sag 25/2014)

Højesteret udtaler sig dog ikke konkret om den direkte virkning, da resultatet begrundes med, at retstilstanden følger af forskelsbehandlingslovens regler om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap og disse regler er både nyere og må anses for specielle i forhold til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2. Det vil sige, at resultatet begrundes i national ret og i principperne om *lex posteriori* og *lex specialis*. Uanset der principielt kan henvises til samme retssikkerhedsmæssige argumentationer som i Ajos-sagen, er der den afgørende forskel mellem de to bestemmelser, at lovgiver i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven konkret tog stilling til foreneligheden mellem ful § 2a, stk. 3 og det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, mens der ingen sådanne overvejelser havde været i forhold til 120-dages reglen.⁷⁴ I Skibby Supermarked var Højesteret herudover ikke bundet af sin egen praksis og var dermed, i modsætning til Ajos-dommen, i stand til at fortolke 120-dages reglen EU-konformt uden større vanskeligheder.

I forlængelse af spørgsmålet om fortolkning af EU-retlige principper og chartrets horisontale virkning mv. åbner Ajos dommen også op for den interessante diskussion om retssystemets monistiske hhv. dualistiske karakter, der jf. afgrænsningen dog ligger uden for rammerne af denne afhandling. For fuldstændighedens skyld skal her blot konstateres, at dommen ifølge Kristiansen betyder, at Højesteret nu klart har taget stilling til, at EU-retten og dansk ret er to adskilte retssystemer (dualisme). Mens Nielsen har argumenteret for, at dansk ret har bevæget sig i retning af en mere monistisk synsvinkel, hvor danske retskilder, EU-retten og folkeretten ses som et stort integreret retssystem.

Det bliver interessant at følge praksis på området, men set ud fra ovenstående, er der formentlig ingen tvivl om, at Højesteret fortsat vil udfolde vidtgående bestræbelser på at overholde Danmarks internationale forpligtelser, hvilket i forhold til tilpasningsforpligtelsen betyder, at danske regler i videst muligt omfang skal fortolkes, så de tilgodeser pligten til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger.

⁷⁴ Alm. bem. til lovforslag nr. 92, af 11.11.2004, pkt. 5.2., samt Jens Kristiansen, *Om grænserne for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret – Om Højesterets dom i Ajos-sagen*, side 75-84.

4. Handicapbegrebet

Tilpasningsforpligtelsen finder alene anvendelse, hvis lønmodtageren har et handicap i lovens og direktivets forstand. Men modsat fx alder er handicap ikke et entydigt begreb, hvorfor det er relevant at definere, hvad der er omfattet heraf. Analysen bibringer også en forståelse af den udvikling, der har været i forståelsen af tilpasningsforpligtelsen.

Handicapbegrebet skal fortolkes i overensstemmelse med såvel de EU- som folkeretlige regler Danmark er bundet af, men hverken forskelsbehandlingsloven, beskæftigelsesdirektivet eller andre EU-retlige regler indeholder en selvstændig legal definition af handicapbegrebet.

Ser man i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven anføres det, at man på tidspunktet for lovens ikrafttrædelse i praksis opererede med følgende dynamiske forståelse af begrebet:⁷⁵

*”For at tale om et handicap eller en person med handicap må der kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov for, at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation.”*⁷⁶

Forarbejderne henviser herudover til FN's Standardregler om lige muligheder for handicappede⁷⁷ vedr. forståelsen af funktionsnedsættelse og handicap, idet det anføres, at:

”Betegnelsen ”funktionsnedsættelse” dækker et stort antal forskellige funktionsmæssige begrænsninger, der forekommer i alle befolkningsgrupper i samtlige lande i verden. Mennesker kan have funktionsnedsættelser på grund af en fysisk, intellektuel eller sansemæssig funktionshæmning, en medicinsk betinget tilstand eller en sindslidelse. Sådanne funktionshæmninger, tilstande eller sygdomme kan være af permanent eller forbigående art.

Mens handicap betyder:

⁷⁵ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 2.

⁷⁶ Ibid. § 1, nr.1.

⁷⁷ FN-resolution 48/96 af 20.12.1993.

”...tab eller begrænsning af mulighederne for at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. Den beskriver relationen mellem et menneske med funktionsnedsættelsen og dets omgivelser...”

Standardreglerne er imidlertid ikke juridisk bindende for staterne, men repræsenterede de normer, der var gældende på handicapområdet for tidspunktet for vedtagelsen.⁷⁸

Forarbejderne påpeger endvidere, at en manglende/begrænset færdighed sammenholdt med det arbejde, der skal udføres, *kan* udgøre en funktionsbegrænsning og dermed et handicap.

Ser man til den tidlige danske retspraksis knyttes handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven uløseligt sammen med, at funktionsnedsættelsen afføder et konkret kompensationsbehov, når medarbejderen er på arbejde. Flere tidlige domme har således konstateret, at en medarbejder, der alene havde behov for nedsat tid, ikke var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand.⁷⁹ Som det vil fremgå af det følgende, er denne retstilstand forladt.

Med den efterfølgende vedtagelse og ratificering af handicapkonventionen er der imidlertid, for såvel EU som Danmark, skabt en juridisk bindende forpligtelse til at fortolke begreberne i overensstemmelse med handicapkonventionen, hvorefter det af art 1, sidste pkt. følger, at:

”Personer med handicap omfatter personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt i at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.”

Ligeledes anerkender konventionen også, at:

”... handicap er et begreb under udvikling og ... er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsbestemte og omgivelsesmæssige barrierer, som hindrer dem i fuldt og helt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.”⁸⁰

⁷⁸ De Forenede Nationer Standardregler om Lige muligheder for handicappede, udgivet af Socialministeriet, dec. 1994.

⁷⁹ Fx VLD af 11.10.2007 i sag B-1735-06, VLD af 1.10.2007 i sag B-2722-06, samt dom af 26.5.2008 fra retten i Svendborg, som gengivet i *Forskelsbehandlingsloven* af Linda Rudolph Greisen, s. 24 ff.

⁸⁰ Præambelen, punkt e.

Det anerkendes dermed, at fortolkningen af handicapbegrebet er dynamisk og kan ændres over tid, samt at det afhænger af den kontekst personen indgår i, hvorvidt personen kan anses for handicappet. Begrebet bliver hermed miljørelateret og fokus flyttes fra den enkelte til samfundets indretning og de hindringer, der er for, at en person med en funktionsbegrænsning kan fungere på lige fod med andre.

Konventionen anvender ikke ordret definitionen fra Standardreglerne, men indholdsmæssigt modsvarer de hinanden. Dog nævner konventionen ikke tydeligt, at funktionsnedsættelserne kan være af forbigående karakter. Som det vil fremgå af de følgende afsnit, har det imidlertid ikke nogen betydning for den fortolkningsmæssige praksis, der har udviklet sig, og det må dermed konkluderes, at der ikke er nogen indholdsmæssig forskel på konventionen og Standardreglernes forståelse af begreberne.

Her skal det også bemærkes, at direktivet er et minimumsdirektiv, hvilket betyder, at medlemsstaterne godt kan have en bedre beskyttelse end direktivet tilsiger, men ikke ringere.⁸¹ Det vil sige, at national ret godt kan have en bredere definition på handicap end direktivet, hvilket, som det vil fremgå nedenfor, ikke er tilfældet i dansk ret.⁸²

Ser man herefter til EU-Domstolen for en fortolkning af handicapbegrebet er der navnlig 3 domme, der kan belyse forståelsen. Det er ”Chacón Navas”- dommen fra 2006,⁸³ ”Ring/Werge” - dommen fra 2013,⁸⁴ samt ”Daouidi” - dommen fra 2016⁸⁵ og i forlængelse heraf Højesterets afgørelser af 22. november 2017,⁸⁶ der i forhold til kravet om ”*lægeligt diagnosticeret*”, præciserer den retstilstand, der var opstået i dansk ret efter Ring/Werge afgørelsen.

4.1. Sygdom ctr. handicap

En grundlæggende præmis for forståelsen af handicapbegrebet er sondringen mellem sygdom og handicap, hvilket EU-Domstolen bl.a. har behandlet i Chacón Navas, samt Ring/Werge sagerne.

⁸¹ Direktiv 2000/78/EF, betragtning 28.

⁸² Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, s. 85.

⁸³ Sag C-13/05.

⁸⁴ De forenede sager C-335/11 og C-337/11.

⁸⁵ Sag C-395/15.

⁸⁶ HRD af 22.11.2017 i hhv. sag 305/2016 og sag 300/2016

4.1.1. *Chacón Navas-sagen*

I Chacón Navas-sagen var en kvinde blevet opsagt grundet sygefravær af en varighed på 8 måneder, hvorfor EU-Domstolen skulle tage stilling til om en arbejdstager, der alene er blevet opsagt på grund af sygdom, er omfattet af beskyttelsen i direktivet mod forskelsbehandling på grund af handicap.⁸⁷

EU-Domstolen fastslår for det første, at handicapbegrebet er et EU-retligt begreb, der skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning under hensyn til bestemmelsens kontekst og formål,⁸⁸ og at begrebet omfatter:

”... en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i arbejdslivet.”⁸⁹

Herefter konstaterer Domstolen, at lovgiver ved anvendelsen af begrebet ”*handicap*” i direktivets artikel 1, bevidst har valgt et udtryk, der adskiller sig fra ”*sygdom*”, og at en umiddelbar sidestilling af de to begreber derfor er udelukket.⁹⁰ Herudover skal begrænsningen muligvis være af lang varighed for at være omfattet af begrebet handicap.⁹¹ En person, der er blevet opsagt alene på grund af sygdom, er dermed ikke omfattet af beskyttelsen i direktivet.⁹²

Domstolen fortolker således ikke entydigt handicapbegrebet, men udstikker retningslinjer for fortolkningen, der udbygges i domstolens efterfølgende afgørelser.

4.1.2. *Ring/Werge-sagerne*

Sondringen mellem handicap og sygdom var også til prøvelse med Ring/Werge-sagerne fra 2013.⁹³ Her var spørgsmålet om opsigelsen af to medarbejdere med forkortet varsel i henhold til funktionærlovens § 5, stk. 2 (120-dages reglen), var i strid med forskelsbehandlingsloven, idet langt størstedelen af medarbejdernes sygedage var et

⁸⁷ Sag C-13/05 Præmis 25.

⁸⁸ Præmis 40 og 42

⁸⁹ Præmis 43.

⁹⁰ Præmis 44.

⁹¹ Præmis 45.

⁹² Præmis 47 og 52.

⁹³ De forenede sager C-335/11 og C-337/11.

resultat af henholdsvis en ryglidelse og en nakkelidelse, som medarbejderne gjorde gældende, var handicaps i forskelsbehandlingslovens forstand.⁹⁴

Begge sager var anlagt ved Sø- og Handelsretten, der forelagde en række præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, herunder om en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom kunne være omfattet af direktivets handicapbegrebet. EU-domstolen udtalte på baggrund heraf, at begrebet omfatter:

”... 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. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiver skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb.”⁹⁵

Med det sidste punktum, sammenholdt med dommens præmis 24, tager EU-domstolen endvidere stilling til, at en funktionsnedsættelse, der alene eller i det væsentligste består i, at den pågældende ikke er i stand til at arbejde fuld tid, også omfattes af direktivets handicapbegrebet.⁹⁶

Denne definition lægger sig i højere grad op ad definitionen i FN-konventionen end definitionen i Chacón Navas-sagen, hvilket er naturligt, da FN-konventionen som anført blev ratificeret af EU ved afgørelse af 26. november 2009, altså efter afsigelsen af Chacón Navas-dommen, men inden Ring/Werge-sagerne. EU-Domstolen bekræfter da også, at beskæftigelsesdirektivet i videst muligt omfang bør fortolkes i overensstemmelse med FN's handicapkonvention.⁹⁷

På baggrund af definitionen i Ring/Werge-dommen sammenholdt med FN's Handicapkonvention kan det dermed konkluderes, at den tidlige forståelse af handicapbegrebet i dansk ret, som ovenfor anført, ikke kan opretholdes.⁹⁸

⁹⁴ For nærmere om 120-dages reglen i forhold til tilpasningsforpligtelsen se afsnit 9.8.1.

⁹⁵ Præmis 47.

⁹⁶ Jf. afsnit 9 om tilpasningsforpligtelsen.

⁹⁷ Præmis 32.

⁹⁸ Lars Svenning Andersen mf.; *Funktionærret*, s. 861.

4.2. Lægelig diagnose

Ser man alene på præmisserne i Ring/Werge-sagerne, er det nærliggende at konkludere, at alene lidelser, der er lægeligt diagnosticerede, det vil sige, at der de facto foreligger en klar lægelig diagnose, kan udgøre et handicap.

Begrundelsen for denne antagelse skal for det første findes i EU-domstolens klare angivelse af, at der skal være tale om en ”*lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom*”, og for det andet i den manglende praksis fra såvel EU-Domstolen som fra de danske domstole om spørgsmålet.

Eftersom et klart svar ikke kan findes i hverken direktivet eller i loven, kræver en afklaring heraf en præjudiciel forelæggelse for EU-domstolen, hvilket skete med Daouidi-sagen.⁹⁹ Med de senere Højesteretsafgørelser i HK hhv. Finansforbundet (FF) mod Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA),¹⁰⁰ som omtalt nedenfor, må denne fortolkningstvivel dog anses for afklaret i såvel EU-retten som i dansk retspraksis.

4.2.1. Daouidi-sagen

I Daouidi-sagen havde Mohammed Daouidi været udsat for en arbejdsulykke, hvor hans venstre albue gik af led og måtte lægges i gips. På tidspunktet for forelæggelsen for EU-Domstolen, var der gået ca. 6 måneder siden ulykken og Daouidi havde fortsat armen i gips og var dermed ude af stand til at udøve erhvervsmæssig aktivitet.

Den forelæggende ret ønskede bl.a. at vide, om hans fravær kunne betegnes som langvarig i direktivets forstand.¹⁰¹ Men i besvarelsen heraf gjorde EU-Domstolen en bemærkning om de beviselementer, den nationale ret skal inddrage i undersøgelsen, som er relevant for vurderingen af, om der består et krav om en egentlig lægelig diagnose. Herefter skal den forelæggende ret ved vurderingen af om der foreligger et handicap:

*”... lægge samtlige de objektive beviselementer, den råder over, til grund – navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger”.*¹⁰²

⁹⁹ Sag C-395/15.

¹⁰⁰ Højesterets sag 300/2016 og 305/2016.

¹⁰¹ Se nærmere herom under afsnit 4.4.

¹⁰² Præmis 57.

De citerede præmisser kan kun tolkes således, at EU-Domstolen har taget klart stilling til, at der *ikke* kan stilles krav om en lægelig diagnose, hvis blot medarbejderen kan føre bevis for sin langvarige begrænsning i arbejdsevnen på anden vis. I sin lovkommentar fra 2017 synes Nielsen dog at tillægge det afgørende betydning, at der foreligger en lægelig diagnose stillet af en speciallæge, med mindre der er tale om klart og objektivt konstaterbare funktionsnedsættelser.¹⁰³ Nielsens lovkommentar er dog afsluttet inden Højesterets afgørelser og som det vil fremgå af nedenstående vurderes det, at Nielsens konklusion ikke kan opretholdes fuldt ud.

4.2.2. FA mod HK hhv. Finansforbundet

Eftersom EU-Domstolen i Daouidi-sagen klart fastslår, at det i sidste ende er op til de nationale domstole at vurdere, om medarbejderen kan føre det fornødne bevis for sin langvarige begrænsning i arbejdsevnen uden brug af evt. lægelige erklæringer, er det relevant at se på to Højesteretsafgørelser, der begge tager stilling til, om en lægelig diagnose er et krav for at statuere handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven.

De to sager var anlagt af hhv. HK og Finansforbundet (FF) mod Finanssektorens Arbejdsgiverforening (FA) og er desuden interessante derved, at de begge var afgjort i såvel byretten som landsretten inden Daouidi-dommen, mens de først blev forelagt Højesteret efter Daouidi-dommen. Det er derimod ikke de konkrete resultater, der i denne sammenhæng er de mest interessante, men sagsforløbet og præmisserne.

Byretten udtaler sig ikke om spørgsmålet, mens Østre Landsrets præmisser i begge sager ikke kan lede til anden konklusion end, at det er Landsrettens opfattelse, at der skal være en konkret lægelig diagnose førend, der kan være tale om et handicap. I HK/FA udtalte Landsretten fx at:

”På denne baggrund finder landsretten det efter en samlet vurdering ikke godtgjort, at A’s tilstand på opsigelsestidspunktet var forårsaget af en lægeligt diagnosticeret sygdom.”¹⁰⁴
(min understregning)

¹⁰³ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 128.

¹⁰⁴ ØLD af 31.5.2016 i sag B-523-15

Denne konklusion kommer Landsretten til uanset, det var ubestridt, at sagsøger havde en funktionsbegrænsning, der gav sig udslag i svimmelhed og synsforstyrrelser. Der var blot ikke nogen lægelig diagnose på, hvad problemerne skyldtes.

Højesteret afsagde dom i begge sager den 22. november 2017. Som for at understrege, at der er tale om et præjudikat præciserer Højesteret indledningsvist, at Højesteret ikke tidligere har haft lejlighed til at tage stilling til, om der kan være tale om handicap, hvis funktionsbegrænsningen skyldes en langvarig sygdom, der *ikke* er lægeligt diagnosticeret. Herefter fastslår Højesteret med direkte henvisning til Daouidi præmis 57, at:

”Det er efter EU-domstolens praksis ikke en betingelse for, at der foreligger et handicap i direktivets forstand, at funktionsbegrænsningen skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret. Det må således bero på en vurdering af samtlige sagens omstændigheder, herunder navnlig oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner, om arbejdstageren på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling må anses for handicappet i direktivet og dermed forskelsbehandlingslovens forstand.”

På baggrund af såvel Daouidi-sagen som Højesterets præmisser kan det dermed konkluderes, at der ikke, som anført af Nielsen, kan stilles krav om, at en speciallæge skal have stillet en konkret diagnose, ligeså lidt som det er et absolut krav, at der skal foreligge lægelige attester, hvis funktionsbegrænsningen kan underbygges på anden vis. Denne konklusion giver god mening, da det i en række situationer vil være ganske indlysende, at en lønmodtager har en funktionsbegrænsning uden en læge har udtalt sig herom. Er medarbejderen fx blind, vil det formentligt være åbenlyst for enhver, selv uden lægeattester og en diagnose af hvilken evt. underliggende lidelse blindheden skyldes, at denne medarbejder i forhold til mange jobs har en funktionsbegrænsning af lang varighed. Men det samme vil også være tilfældet, selvom der er tale om andre mindre synlige forhold, der objektivt har påvirket medarbejderens funktionsbegrænsning, som tilfældet fx var i sagen HK mod FA.

Følger man formålet med direktivet, der er at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til handicap, og EU-domstolens praksis, der løbende har defineret en stadig bredere beskyttelse, forekommer resultatet også åbenlyst.

Tilbage står så blot en nærmere afklaring af, hvor meget der i praksis skal til for, at lønmodtageren kan løfte sin del af bevisbyrden med andet end lægelige oplysninger. Det er i sidste ende op til de nationale domstole at fastslå ud fra den almindelige bevisvurdering, men da EU-Domstolen kan give de nationale domstole alle de elementer vedr. fortolkningen af fællesskabsretten, som gør det muligt for den nationale domstol at vurdere foreneligheden med EU-retten,¹⁰⁵ vil EU-Domstolen formentligt foretage en vis præcisering af beviskravene, hvis den får lejlighed hertil.

4.3. Lang varighed

Som det fremgår af de foregående afsnit, er det et krav, at funktionsbegrænsningen skal være af "lang varighed". Men hverken forskelsbehandlingsloven, direktivet eller konventionen definerer, hvornår begrænsningen i en persons arbejdsevne er så langvarig, at det udgør et handicap, mens forarbejderne til loven, med henvisningen til Standardreglerne pointerer, at det kan være af permanent eller forbigående art.¹⁰⁶

EU-Domstolen har dog for det første fastslået, at bedømmelsen skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning.¹⁰⁷ Bedømmelsen er herudover frem for alt faktuel, hvilket vil sige, at det er op til de nationale domstole at vurdere ud fra almindelige bevisregler.¹⁰⁸ Domstolen har dog løbende angivet et par rettesnore for de nationale domstoles fortolkning.

Af Daouidi-sagen følger således, at det ikke er nødvendigt, at handicappet er medfødt, det kan også være opstået som følge af en senere ulykke,¹⁰⁹ mens det efter Ring/Wergesagerne ikke er et krav, at funktionsbegrænsningen er livsvarig.¹¹⁰ Den kan således godt være helbredelig. I Daouidi-sagen anfører EU-Domstolen herudover, at:

"Blandt de indicier, der kan udgøre holdepunkter for at fastslå, at en sådan begrænsning er »langvarig«, er bl.a. den omstændighed, at den berørte persons manglende arbejdsevne på tidspunktet for den angivelige forskelsbehandling ikke har udsigt til på kort sigt at ophøre inden for et velafgrænset tidsrum, eller, som generaladvokaten nærmere bestemt

¹⁰⁵ Sag-158/97 Badeck præmis 25.

¹⁰⁶ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 2.

¹⁰⁷ Sag C-395/15 Daouidi, præmis 51.

¹⁰⁸ Præmis 55.

¹⁰⁹ Præmis 44-45.

¹¹⁰ Præmis 47.

*har anført i punkt 47 i forslaget til afgørelse, den omstændighed, at denne manglende arbejdsevne kan vare ved i betydeligt længere tid, inden den nævnte person er blevet rehabiliteret.*¹¹¹ (min understregning)

Det kan være vanskeligt at se, hvad præmissen reelt bibringer af værdi til fortolkningen af spørgsmålet, da den kan synes cirkulær. Det må være indlysende, at noget, der er langvarigt, ikke ophører inden for kort tid. Ser man fx til den engelske version af dommen bibringes der marginalt mere klarhed, da den anfører, at:

“... the incapacity of the person concerned does not display a clearly defined prognosis as regards short-term progress or, as the Advocate General has, in essence, noted in point 47 of his Opinion, the fact that that incapacity is likely to be significantly prolonged before that person has recovered.”

Den engelske udgave må forstås således, at der ikke vil foreligge et handicap, hvis der er en klar prognose for, at funktionsbegrænsningen er kortvarig, hvilket alt andet lige giver bedre sproglig mening end den danske udgave. Men omvendt heller ikke meget hjælp til at fastsætte, hvor længe, kort eller lang tid de facto er.

Det er også værd at bemærke referencen til præmis 47 i Generaladvokatens forslag til afgørelse, der betyder, at domstolen har lagt Generaladvokatens forslag til afgørelse til grund for dommen. Det er interessant fordi Generaladvokaten her kommer med flere fortolkningsbidrag til definitionen af begrebet ”langvarig” end dommen, idet det anføres, at:

”Hvis det fremgår af disse oplysninger, at den begrænsning, som Mohamed Daouidi er underlagt, er af langvarig karakter – dvs. hvis den på grund af eventuelle følgevirkninger kan strække sig over længere tid, end det normalt tager at overvinde en skade som den, han blev påført, og bliver langvarig – kan denne begrænsning henføres til begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78.” (min understregning)

Det vil være nærliggende at tolke Generaladvokatens forslag til afgørelse, så begrebet handicap ikke blot er bestemt af, om der er en langvarig funktionsbegrænsning i forhold til det konkrete arbejde, men også i forhold til om funktionsbegrænsningen for den konkrete lønmodtager varer ud over, hvad der vil være ”normalt”. Dvs. ud over den

¹¹¹ Præmis 56.

normale prognose for den type af funktionsbegrænsning som personen har. Der ses ikke at være holdepunkter for eller imod denne konklusion i hverken retspraksis eller litteraturen. Tiden må derfor vise, om henvisningen til Generaladvokatens forslag til afgørelse kan tages til indtægt for en så vidtgående fortolkning. Men til støtte for argumentet kan anføres, at det ikke umiddelbart vil være i strid med beskyttelsens formål at tillægge det en konkret vurdering, om tilstanden udvikler sig værre end gennemsnittet, og det ses heller ikke at være i strid med gældende praksis om lang varighed.

Jf. ovenstående er der dog ingen usikkerheder forbundet med at konkludere, at prognosen for begrænsningens forventede varighed har betydning for vurderingen af, om kravet om lang varighed er opfyldt. Man kan dermed ikke blot se på, hvor lang tid begrænsningen har varet. Det vil selvfølgelig have størst selvstændig betydning, hvor funktionsbegrænsningen alene har varet i kort tid på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling.

Af ovenstående følger også, at der ikke er en diagnoseliste over lidelser, der udgør et handicap. Tværtimod kan en lidelse være et handicap for den ene, men ikke for den anden. Ligesom en lidelse kan medføre en funktionsbegrænsning af lang varighed, i forhold til det konkrete arbejde i én type stilling, men ikke i en anden.¹¹²

4.3.1. *Dansk praksis om lang varighed*

På nuværende tidspunkt foreligger en række sager i dansk ret, der tager stilling til, hvornår en funktionsbegrænsning er af lang varighed. Henset til at bedømmelsen frem for alt er faktisk og at efterprøvningen påhviler de nationale domstole, må det forventes, at der løbende kommer flere sager til. Domspraksis skal dog ikke gennemgås her, da der på nuværende tidspunkt tegner sig et klart billede af, at varigheden eller den forventede varighed, skal være på op imod to år eller mere før der efter dansk praksis, vil være tale om "lang varighed".¹¹³

¹¹² Jf. fx "Sklerosedommene" ØLD af 11.1.2013 i sag B-58-12: ikke handicap, ctr. ØLD af 26.8.2010 i sag B-644-09: Handicap.

¹¹³ Lars Svenning Andersen, mf.; *Funktionærret*, s. 863.

4.4. Årsagen til funktionsbegrænsningen

Det er også relevant at fremhæve, at EU-Domstolen, i fx Kaltoft-sagen, klart udtaler, at handicapbegrebet og den heraf følgende beskyttelse er uafhængigt af om personen evt. selv har medvirket til handicappets opståen.¹¹⁴ I Kaltoft-sagen var der tale om en svært overvægtig dagplejer, men forholdet vurderes også at være relevant i andre sammenhænge og særligt i sammenhænge, hvor medarbejderen selv kan påvirke ”helbredelsen” og dermed varigheden af en funktionsbegrænsning gennem fx medicinering eller et operativt indgreb. Der kan argumenteres for, at en funktionsbegrænsning, man selv kan minimere varigheden af, ikke bør nyde samme beskyttelse som en funktionsbegrænsning, man ikke selv er herre over. Men der ses ikke at være retspraksis konkret retspraksis herom. Synspunktet kan dog finde støtte i Vestre Landsrets afgørelse af 17.12.2014,¹¹⁵ hvor medarbejderen havde problemer med sit knæ, men afslog en operation, da han på dette tidspunkt næppe kunne påregne en bedring. Uanset at han efterfølgende fik en operation, der kurerede hans funktionsbegrænsning, fandt Landsretten, at medarbejderen havde været handicappet opsigelsestidspunktet.

En vurdering heraf bør derfor under alle omstændigheder indeholde en afvejning af udsigten til helbredelse og eventuelle risici mv. forbundet med en medicinering eller operation.

4.5. Arbejdsgivers viden/burde vide

I Werge-sagen fastslog Højesteret, at arbejdsgivers viden/burde vide om lønmodtagerens funktionsbegrænsning og varigheden heraf er irrelevant for vurderingen af, om lønmodtageren har et handicap i lovens og direktivets forstand. Det er derimod af afgørende betydning for vurderingen af, om arbejdsgiver har tilsidesat sin tilpasningsforpligtelse. For kun hvis arbejdsgiver vidste/burde vide, at lønmodtageren havde et handicap, er arbejdsgiver forpligtet til at tilpasse arbejdet.¹¹⁶

¹¹⁴ Sag C-354/13 præmis 56.

¹¹⁵ VLD af 17.12.2017 i sag B-2207-13

¹¹⁶ HRD af 23.6. 2015 i sag 25/2014.

4.5.1. Arbejdsgivers subjektive vurdering

På trods af ovenstående kan det dog alligevel virke nærliggende at tillægge arbejdsgivers subjektive formodning vægt, hvis denne fx opsiges en medarbejder, som arbejdsgiver antager har en funktionsbegrænsning, der efter arbejdsgivers opfattelse falder under forskelsbehandlingslovens handicapbegreb eller, hvis opsigelsen sker tidligt i et sygdomsforløb med sigte på at undgå, at forholdet senere vil falde under lovens beskyttelse.

Der ses ikke at være retspraksis, hvor der på nuværende tidspunkt er sket domfældelse med henvisning hertil. Men i ”Kaltoft-sagen”¹¹⁷ fastslog byretten, at det ikke er udelukket, at en medarbejder kan være beskyttet efter forskelsbehandlingsloven, selvom medarbejderen 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. I Kaltoft sagen fandt byretten imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at det var tilfældet. Sagen er så vidt vides anket til Landsretten, hvor den endnu ikke er afgjort. Byrettens opfattelse er dog ikke umiddelbart forenelig med Generaladvokat Bot i Daouidi-sagen, der anfører, at arbejdsgivers subjektive vurdering er irrelevant for spørgsmålet om, hvorvidt en arbejdstager har været uarbejdsdygtig i tilstrækkelig lang tid og dermed omfattet af handicapbegrebet.¹¹⁸

Tanken er dog ikke ukendt, hvis man ser til Danmarks nabolande. I svensk ret går man fx skridtet videre, og har omfattet både nutidige og forventelige fremtidige funktionsbegrænsninger af beskyttelsen. Det har navnlig sigte på sygdomme som erfaringsmæssigt er progressive med en funktionsbegrænsning til følge som fx Multipel sklerose, HIV og lignende.¹¹⁹

Ser man på formålet bag direktivet virker det heller ikke utænkeligt, at EU-domstolen kan konkludere, at ligebehandlingsprincippet er tilsidesat, hvis arbejdsgiver handler med det direkte sigte at omgå beskyttelsen, uanset en medarbejder ikke de facto er handicappet. Omvendt bryder det med den systematik, der er opbygget i afgørelserne, hvor det

¹¹⁷ Kolding Byrets dom af 31.3.2016.

¹¹⁸ Forslag til afgørelse i sag C-395/15 præmis 48.

¹¹⁹ Ruth Nielsen; Vänbok til Ronnie Eklund, ”*Den retlige regulering af handicapdiskrimination*”, afsnit 5.4.

indledningsvist fastslås om der reelt foreligger et handicap, om arbejdsgiver vidste eller burde vide dette, for dernæst at konstatere om der er påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Følges ovenstående påstand, vil det i hvert fald kræve, at det er nok for at statuere en krænkelse, at arbejdsgiver gør det i en form for ”ond tro”.

5. Hvad forstås ved forskelsbehandling

En arbejdsgiver må hverken udøve direkte eller indirekte forskelsbehandling af lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn og arbejdsvilkår på grund af de beskyttede kriterier, herunder handicap.¹²⁰ Om der er tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling er relevant i forhold til at fastslå omfanget af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, hvorfor disse begreber defineres i det følgende.

5.1. Direkte forskelsbehandling

Direkte forskelsbehandling foreligger, når en person behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation på grund af et af de ulovlige kriterier, herunder handicap.¹²¹ En direkte forskelsbehandling vil som udgangspunkt aldrig være lovlig, uanset om forskelsbehandlingen er sket ubevidst, eller der kan anføres saglige argumenter for, at den måtte være rimelig eller proportional.¹²² Der vil fx være tale om direkte forskelsbehandling, hvis arbejdsgiver opsiger en medarbejder med direkte henvisning til pågældendes handicap.

5.2. Indirekte forskelsbehandling

Efter forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3 er der tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille

¹²⁰ Forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1 og § 1, stk.1. De øvrige beskyttede kriterier er race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder eller national, social eller etnisk oprindelse.

¹²¹ Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2

¹²² Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, s. 93.

personer med handicap ringere end andre personer medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde formålet er hensigtsmæssige og nødvendige. I forhold til handicap er det tillige en betingelse, at arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse i lovens § 2a.

Direktivet anvender begrebet ”legitimt formål” i stedet for ”sagligt”, en forskel, der skal ses som et udslag af den normale sprogbrug i dansk ret. Der er dog ingen tvivl om, at ”sagligt formål” skal tolkes i overensstemmelse med EU-rettens ”legitimt formål”.¹²³

Det er også her uden betydning, om forskelsbehandlingen sker ubevidst. Men i modsætning til den direkte forskelsbehandling, må man, i vurderingen af om der er tale om indirekte forskelsbehandling, først og fremmest se på om der er en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral og herefter, om den stiller personer med et handicap ringere end andre personer.

Et tilsyneladende neutralt kriterium kan fx være et krav om, at man skal kunne skrive på PC. Men er man lam i begge arme, kan man ikke skrive på PC. I hvert fald ikke på traditionel vis. Dette krav stiller derfor en lam medarbejder ringere end andre og udgør indirekte forskelsbehandling. Der er dog ikke tale om forskelsbehandling, hvis kravet er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opnå formålet er hensigtsmæssige og nødvendige. Det vil sige, at der foruden det saglige eller legitime formål, skal foretages en proportionalitetsvurdering, der i relation til handicap, qua henvisningen til lovens § 2a, er skærpet.¹²⁴ At en sekretær kan skrive dokumenter på PC vil som udgangspunkt være et sagligt formål. Men arbejdsgiver skal i medfør af proportionalitetsafvejningen undersøge, om formålet kan opnås på andre mindre indgribende måder og netop i denne vurdering spiller det i relation til indirekte forskelsbehandling pga. handicap en afgørende betydning at fastslå, om arbejdsgiver har iagttaget sin tilpasningsforpligtelse i lovens § 2a. Først hvis arbejdsgiver har iagttaget tilpasningsforpligtelsen, kan arbejdsgiver nemlig løfte beviset for, at der ikke er sket en indirekte forskelsbehandling pga. handicap. Hvor meget der i den forbindelse kan kræves behandles under afsnit 8 og 9.

¹²³ Bem. til lovforslag nr. 40 af 22.10.2003, § 1, stk. 3.

¹²⁴ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, §1, nr. 5.

5.3. Tilknytningsbaseret forskelsbehandling

Med tilknytningsbaseret forskelsbehandling menes her forskelsbehandling af en medarbejder, der ikke selv er bærer af et handicap, men som behandles ringere eller chikaneres på grund af vedkommendes tilknytning til en person, der er handicappet. Det kan fx være en ægtefælle eller et barn.¹²⁵

Tilknytningsbaseret forskelsbehandling fremgår ikke eksplicit af lovgivningen, men udspringer af EU-Domstolens afgørelse i Coleman-sagen, hvor en mor følte sig chikaneret og behandlet mindre fordelagtigt end sine kolleger, fordi hun havde en handicappet søn.¹²⁶

Med afsæt i direktivets formål, der er at bekæmpe alle former for forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, der skyldes et handicap,¹²⁷ fastslog Domstolen, at direktivets forbud mod direkte forskelsbehandling ikke er begrænset til personer, der selv har et handicap.¹²⁸ Forbuddet omfatter dermed også ansatte, der bliver behandlet ringere end andre ansatte bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation, og det er bevist, at den ringere behandling, som den ansatte har været udsat for, skyldes et handicap hos den pågældendes barn, som vedkommende yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for.¹²⁹

Coleman-sagen vedrørte imidlertid alene spørgsmålet om direkte forskelsbehandling, og det ses ikke, at EU-Domstolen siden har haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt tilknytningsbaseret indirekte forskelsbehandling på baggrund af handicap tillige er i strid med direktivet.

Med henvisning til CHEZ-sagen¹³⁰ argumenterer Højer Schjøler dog for, at beskæftigelsesdirektivet formentligt også omfatter indirekte forskelsbehandling af en ansat på grund af dennes tilknytning til en person, der er bærer af et af de beskyttede kriterier i direktivet.¹³¹ CHEZ-sagen vedrørte imidlertid ikke handicap, men indirekte

¹²⁵ Ligebehandlingsnævnets årsberetning 2016, s. 37.

¹²⁶ Sag C-303/06, præmis 34.

¹²⁷ Præmis 43.

¹²⁸ Præmis 38-39.

¹²⁹ Præmis 56 og 58.

¹³⁰ Sag C-83/14.

¹³¹ Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, s. 339.

forskelsbehandling pga. race og dermed racediskriminationsdirektivet.¹³² Højer Schjøler bygger sin argumentation på, at Generaladvokat Maduros forslag til afgørelse i Coleman-sagen indeholder begreber fra definitionen på den indirekte forskelsbehandling, ligesom såvel Generaladvokat Kokott, som EU-domstolen i CHEZ-sagen henviser til Coleman-afgørelsen, uden at der dog på nogen måde tages endelig stilling til spørgsmålet.¹³³

Omvendt argumenterer Højesteret i sin afgørelse af 27.4.2016 imod, at indirekte tilknytningsbaseret forskelsbehandling er omfattet af direktivet.¹³⁴ I denne sag var en dagplejemor blevet opsagt, mens hun var på orlov med sit handicappede barn. Højesteret konkluderede, at der ikke var tale om indirekte forskelsbehandling, ”allerede fordi” de kriterier arbejdsgiver havde lagt til grund var saglige og proportionale. Herefter var det for så vidt unødvendigt for Højesteret at tage stilling til om der gælder et forbud mod indirekte tilknytningsbaseret forskelsbehandling. Højesteret konstaterede imidlertid, at ordlyden af bestemmelserne om direkte og indirekte forskelsbehandling er forskelligt formulerede, men at den endelige fortolkning også skal ses i lyset af formålet bag direktivet. Også Højesteret henviser til såvel Coleman-sagen, som CHEZ-sagen og Generaladvokatens forslag til afgørelse, og fastslår på denne baggrund, at indirekte tilknytningsbaseret forskelsbehandling formentlig ikke er omfattet af direktivet, men at det dog ikke endeligt er afklaret. En endelig stillingtagen hertil kræver derfor en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

Som anført af Højer Schjøler kan der anføres argumenter for, at direktivet også omfatter denne form for forskelsbehandling. Fx synes formålet bag direktivet bestemt at tale for en beskyttelse. Dette understøttes tillige af præambel 11, som EU-domstolen også henviser til i Coleman-sagens præmis 49, hvorefter forskelsbehandling kan hindre opfyldelsen af målene i EF-traktaten. Men ser man omvendt direkte på ordlyden af art. 2, stk. 2, litra b, kan det dog være vanskeligt at argumentere for, at formuleringen: ”*vil stille personer med ... et bestemt handicap... særligt ufordelagtigt i forhold til andre personer.*” også rummer andre end den handicappede selv. Det er netop ikke den handicappede, der stilles ringere med hensyn til sin beskæftigelse i denne situation, men den ikke

¹³² Direktiv 2000/43/EF.

¹³³ Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, s. 338-355.

¹³⁴ HRD af 27.4.2016 i sag 151/2015.

handicappede. Et argument der bliver ekstra tydelig, når man sammenligner med formuleringen af direktivets art. 2, stk. 2, litra a om direkte forskelsbehandling, der netop omfatter enhver forskelsbehandling på grund af handicap, uanset hvem der er den handicappede.

Det må derfor konkluderes, at en direkte tilknytningsbaseret forskelsbehandling uden tvivl er i strid med direktivet og den danske forskelsbehandlingslov men, at det pt. er usikkert, hvorvidt en indirekte tilknytningsbaseret forskelsbehandling også vil være det.

I relation til tilpasningsforpligtelsen har spørgsmålet dog primært relevans ift. om arbejdsgiver har en tilpasningsforpligtelse, hvis ikke det er den ansatte selv, der har et handicap. Denne problemstilling analyseres nærmere i afsnit 9.3.

5.4. Undtagelse fra forbuddet - Regulære erhvervsmæssige krav

Uanset et forhold udgør forskelsbehandling, giver direktivets art. 4, stk. 1 mulighed for, at medlemsstaterne kan tillade en ulige behandling, som er baseret på handicap. Det er en betingelse, at handicappet på grund af de bestemte erhvervsaktiviteter eller den sammenhæng, hvori disse aktiviteter udøves, udgør et regulært erhvervsmæssigt krav, at formålet er legitimt og at kravet står i rimeligt forhold hertil. Denne bemyndigelse er udnyttet i forskelsbehandlingslovens § 6, stk. 2, hvorefter lovens §§ 2-5 kan fraviges, hvis det ved visse former for erhvervsudøvelse og uddannelse er af afgørende betydning, at udøveren er bærer af et af de beskyttede kriterier og kravet om tilhørsforhold står i rimeligt omfang til den pågældende erhvervsaktivitet. Bestemmelsen indeholder dermed et proportionalitetskrav, ligesom den, da der er tale om en undtagelse fra forbuddet mod forskelsbehandling, skal fortolkes snævert.¹³⁵

Lovens § 6, stk. 2, gør det fx muligt for en virksomhed at efterspørge personer med et handicap, hvor handicappet fx i sig selv giver særlige karaktertræk eller et særligt udseende, som virksomheden kan godtgøre, er af afgørende betydning for den erhvervsaktivitet, virksomheden udfører. At det ikke er nok, at virksomheden selv mener, at det er af afgørende betydning, understøttes af, at det tillige er et krav, at virksomheden

¹³⁵ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 14.

skal have tilladelse fra den minister, området hører under. En tilladelse der alene kan gives efter forudgående høring af Beskæftigelsesministeren.

Hverken loven eller forarbejderne indeholder eksempler på, hvor undtagelsen konkret kunne finde anvendelse i forhold til handicap og det må da også antages, at bestemmelsen formentlig er mest relevant i forhold til andre af lovens kriterier som fx køn og alder.¹³⁶ Men i relation til handicap kan det fx tænkes i forhold til filmroller, hvor der ønskes portrætteret personer med specifikke handicaps. Det vurderes ikke, at bestemmelsen har selvstændig relevans i forhold til at afdække omfanget af tilpasningsforpligtelsen, hvorfor den ikke behandles yderligere her.

6. Pligtssubjekt

Med pligtssubjekt menes i denne sammenhæng, hvem der kan anses for at krænke de beskyttedes rettigheder. Ser man indledningsvist på forskelsbehandlingsloven, fastslår den i såvel § 2, stk. 1 og § 3, stk. 1, at det er arbejdsgiver, der ikke må forskelsbehandle, mens andre bestemmelser retter sig mod uddannelsesinstitutioner, erhvervsorganisationer etc.¹³⁷ I forhold til tilpasningsforpligtelsen fremgår det også klart af såvel loven som direktivet, at det er ”arbejdsgiver”, der er pligtssubjekt.¹³⁸ I det følgende ses derfor alene på direktivets forståelse af arbejdsgiverbegrebet.

Direktivet indeholder ingen nærmere fortolkningsbidrag til, hvem der skal anses for arbejdsgiver, men EU-Domstolen har fastslået, hvad der forekommer indlysende, at den der udøver ledelsesretten i arbejdsgivers sted eller optræder på hans vegne identificeres med arbejdsgiver.¹³⁹

Det er dermed det klare udgangspunkt, at arbejdsgiver ikke kan blive gjort ansvarlig for en anden ansats handlinger eller undladelser.¹⁴⁰ Udgangspunktet kan dog modificeres,

¹³⁶ Vejledning om forskelsbehandlingsloven pkt. 11.

¹³⁷ Forskelsbehandlingsloven § 3, stk. 2-4.

¹³⁸ § 2a hhv. art. 5.

¹³⁹ Sag C-81/12, præmis 53, samt Ole Hasselbalch, *Den danske arbejdsret*, bind II afsnit XIII afsnit 2.

¹⁴⁰ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 167.

hvis forskelsbehandlingen sker efter instruktion, eller der er tale om chikane fra en anden ansat,¹⁴¹ hvor arbejdsgiver på trods af kendskab hertil ikke griber ind.¹⁴²

I relation til tilpasningsforpligtelsen betyder ovenstående, at arbejdsgiver, uanset om denne i sidste ende er en fysisk person, et selskab, en offentlig myndighed eller andet, bliver holdt ansvarlig, hvis den medarbejder, der i kraft af sin stilling har ansvaret for at påse, at tilpasningsforpligtelsen opfyldes, undlader dette. I praksis vil det ofte være den, der også har det ledelsesmæssige ansvar, der i sidste ende har kompetencen til at igangsætte tilpasninger og i relation til emnet for denne afhandling giver spørgsmålet derfor næppe anledning til de store problemer i praksis, hvorfor det ikke behandles yderligere.

7. Rettighedssubjekt

I nær forlængelse af, hvem der er pligtsubjekt, ligger spørgsmålet om, hvem loven og direktivet tillægger rettigheder.

Ser man på forskelsbehandlingsloven fremgår det, at kerneområdet er *”lønmottagere eller ansøgere til ledige stillinger”*,¹⁴³ men forskelsbehandlingsloven indeholder ingen definition heraf. Der er heller ikke en fast definition af begrebet i dansk ret,¹⁴⁴ men en selvstændig diskussion heraf savner også mening, da fortolkningen af personkredsen skal ske i overensstemmelse med direktivet.¹⁴⁵

Af direktivets art. 2 og 3, fremgår, at *”ingen”* må forskelsbehandles og at det gælder for *”alle personer”* i både den offentlige og i den private sektor, i forhold til såvel lønnet beskæftigelse, selvstændig erhvervsvirksomhed, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskoling, samt medlemskab af og deltagelse i en arbejdstager- eller arbejdsgiverorganisation eller organisation, hvis medlemmer udøver et bestemt

¹⁴¹ Forskelsbehandlingsloven, § 1, stk. 4 -5, samt Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet- forskelsbehandlingsloven*, s. 106 ff.

¹⁴² KEN nr. 10052 af 23.10.2013.

¹⁴³ § 2, stk. 1.

¹⁴⁴ Vejledning til forskelsbehandlingsloven, pkt. 3.

¹⁴⁵ Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, s. 197.

erhverv. Herudover anvender direktivet ikke begrebet ”lønmodtager”, men derimod begrebet ”arbejdstager”.¹⁴⁶

Da kerneområdet for denne afhandling er arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, tages der i det følgende udgangspunkt i direktivets forståelse af, hvornår man er i beskæftigelse og dermed ”arbejdstager” i forhold til at definere den beskyttede kreds. Men heller ikke her er det endeligt fastlagt, hvor langt begrebet konkret rækker.¹⁴⁷ Det vil være nærliggende at tage udgangspunkt i den praksis, som EU-Domstolen har udviklet om TEUF art 45.¹⁴⁸ Højer Schjøler stiller dog spørgsmålstegn ved, om definitionen uden videre kan anvendes analogt, da der må tages udgangspunkt i reguleringen på det enkelte område. Han konkluderer dog, at det i praksis formentligt giver samme resultat, uanset det er sandsynligt, at Domstolen ikke fremadrettet vil holde fast i den gældende definition fra TEUF art. 45.¹⁴⁹ Imidlertid foreligger der på nuværende tidspunkt ingen selvstændig praksis om arbejdstagerbegrebet i beskæftigelsesdirektivet, hvorfor der i det følgende tages udgangspunkt i praksis vedr. TEUF art. 45. Herefter omfatter arbejdstagerbegrebet enhver person, der i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger, bortset fra beskæftigelse af så ringe omfang, at det fremtræder som et rent marginalt supplement.¹⁵⁰

Ser man på såvel dansk som EU-retlig praksis er både en au pair, en Phd-studerende, ansatte i løntilskud, fleksjob mv.¹⁵¹, en sektorformand i en faglig organisation,¹⁵² tidsbegrænset- og deltidsansatte¹⁵³ mv., såvel som en folkeskoleelev i en uges ulønnet erhvervspraktik, anset for omfattet.¹⁵⁴ Herudover har beskæftigelsesministeriet tilkendegivet, at også en administrerende direktør efter deres opfattelse er omfattet af

¹⁴⁶ Fx betragtning nr. 6, 8, art. 11.

¹⁴⁷ Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, s. 186 ff. og 214.

¹⁴⁸ Traktaten om den europæiske unions funktionsmåde.

¹⁴⁹ Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, s. 216-217.

¹⁵⁰ Pkt. 8.3. i betænkning 1568.2017.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² KEN nr. 10073 af 22.6.2016. Sagen er anket og der er i sep. 2018 endnu ikke fastsat hovedforhandling.

¹⁵³ Finn Schwarz og Jens Jacob Hartmann; *Forbud mod forskelsbehandling – forskelsbehandlingsloven*, s. 81.

¹⁵⁴ ØLD af 10.8.2000 i sag B-3096-99. En erhvervspraktikant blev bortvist, da hun ville beholde sit tørklæde på, hvilket Magasin mente var i strid med deres uniformsreglement. Afgørelsen vedrører forskelsbehandling pga. religion og er før handicap blev indsat i loven. Det vurderes dog, at retstilstanden vil være den samme i dag.

lovens beskyttelse, hvilket ikke normalt er tilfældet i dansk ret.¹⁵⁵ Fortolkningen harmonerer dog godt med direktivets art. 3, og det er dermed åbenbart, at den kreds, der er tillagt rettigheder skal forstås bredt, og også omfatter personer som i andre sammenhænge ikke normalt falder under lønmodtagerbegrebet i dansk ret.¹⁵⁶ Dog har man i dansk ret, modsat EU-domstolens nuværende definition, ikke tradition for generelt at undtage marginale eller ganske kortvarige ansættelser fra lønmodtagerbegrebet,¹⁵⁷ hvorfor disse også må være omfattet af lønmodtagerbegreb i forskelsbehandlingsloven.

I forlængelse af diskussionen om hvem der har rettigheder efter loven ligger spørgsmålet om tilknytningsbaseret forskelsbehandling. Det vil sige om fx en arbejdstager kan krænktes uden, at denne selv er bærer af det beskyttede kriterium. Et spørgsmål, der er behandlet under afsnit 5.3. I relation til dette afsnit skal blot præciseres, at det altid vil være den, der er omfattet af personkredsen ovenfor, der i henhold til direktivet og forskelsbehandlingsloven vil være tillagt rettigheder.

8. Bevisbyrden

Mens de foregående afsnit har haft sigte på at sætte rammen for, hvilke krav der skal være opfyldt, før et forhold falder under forskelsbehandlingsloven, har dette afsnit til formål at analysere, hvem af parterne, der bærer bevisbyrden herfor. For først når det er fastlagt, at et forhold er omfattet af loven, er det selvsagt relevant at drøfte omfanget af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse.

Mens det almindelige udgangspunkt i dansk ret er, at den, der vil søge et krav gennemført, har bevisbyrden for kravet,¹⁵⁸ opererer de forskellige ligebehandlingslove med enten direkte, omvendt eller delt bevisbyrde alt efter, hvilken situation, der er tale om.¹⁵⁹

I forskelsbehandlingsloven er den altovervejende hovedregel delt bevisbyrde, der omfatter alle situationer, på nær repressalier, hvor den direkte bevisbyrde finder

¹⁵⁵ Jacob Sand; *Forbud mod diskrimination af direktører*.

¹⁵⁶ Finn Schwarz og Jens Jacob Hartmann: *Forbud mod forskelsbehandling – forskelsbehandlingsloven*, s. 84.

¹⁵⁷ Pkt. 8.3. i betænkning 1586.2017.

¹⁵⁸ Ruth Nielsen, *Dansk arbejdsret*, kap. 6, afsnit 7.6.1.

¹⁵⁹ Opsiges en gravid medarbejder, eller en medarbejder på barselsorlov mv., er bevisbyrden omvendt, hvilket betyder, at arbejdsgiver skal bevise, at graviditeten eller orloven, hverken helt eller delvist indgik i beslutningen om fx. opsigelse. Jf. ligebehandlingslovens § 16, stk. 4 og § 16a.

anvendelse. Det er således lønmodtageren, der har bevisbyrden for, at pågældende, på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling, var handicappet i lovens forstand.¹⁶⁰ Ligesom det er op til lønmodtageren at bevise, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at det var tilfældet.¹⁶¹ Det er ligeledes lønmodtageren, der efter forskelsbehandlingslovens § 7a skal ”påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling”. Formår lønmodtageren at løfte sin del af bevisbyrden, er det herefter arbejdsgiver, der skal bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.¹⁶²

Reglen om delt bevisbyrde blev indført i forbindelse med, at det etniske ligebehandlingsdirektiv og dele af beskæftigelsesdirektivet blev implementeret i forskelsbehandlingsloven i 2004. Forud herfor indeholdt forskelsbehandlingsloven ingen særlige regler om bevisbyrde, hvorfor de almindelige bevisbyrderegler formelt fandt anvendelse.¹⁶³ Schwarz henviser dog til, at Den Danske Dommerforening på tidspunktet for implementeringen af bevisbyrdereglen antog, at domstolene allerede på dette tidspunkt fulgte den praksis, som EU-Domstolen havde skabt om delt bevisbyrde.¹⁶⁴ Med implementeringen henstår dog ingen tvivl om hvilken part, der har bevisbyrden.

Ligesom tilfældet er med handicapbegrebet og vurderingen af, hvornår funktionsbegrænsningen kan anses for værende af lang varighed, er der ingen legal definition på, hvornår en lønmodtager har påvist disse faktiske omstændigheder eller hvad der skal til for, at arbejdsgiver har løftet sin bevisbyrde. Det er således op til de nationale domstole at fastlægge ud fra princippet om den frie bevisbedømmelse. Det skal dog ske under hensyntagen til, at formålet med direktivets bevisbyrderegler er at forskyde bevisbyrden mellem de to parter og lempe bevisbyrden for arbejdstageren.¹⁶⁵

Vurderingen af om arbejdsgiver har løftet sin del af bevisbyrden har afgørende relation til tilpasningsforpligtelsen, og vil derfor blive behandlet under dette afsnit.

¹⁶⁰ HRD af 22.11.2017 i sag 300/2016, samt lovens § 7a.

¹⁶¹ HRD af 23.6.2015 i sag 25/2014.

¹⁶² Forskelsbehandlingslovens § 7a.

¹⁶³ Bem. til lovforslag nr. 40 af 22.10.2003, § 1, nr. 12.

¹⁶⁴ Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, s. 163.

¹⁶⁵ Bem. til lovforslag nr. 40 af 22.10.2003, § 1, nr. 12.

Den konkrete vurdering af hvor meget eller hvor lidt der skal til for, at medarbejderen har løftet sin del af bevisbyrden, er ikke af afgørende betydning for denne afhandling. I forhold til vurderingen af om en lønmodtager kan anses for handicappet, kan der henvises til afsnit 4 og konstateres, at en domstol ser på alle relevante forhold herunder, men ikke alene, lægelige oplysninger. At lønmodtageren har et handicap og arbejdsgiveren vidste eller burde vide dette, er dog ikke det samme som, at der også er påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling. Der skal være noget mere, der peger i retning af, at der er sket en ufordelagtig behandling netop på grund af handicappet, jf. straks nedenfor.

8.1. Direkte forskelsbehandling

Henviser arbejdsgiver direkte til handicappet som begrundelse, er der næppe store problemer forbundet med at påvise faktiske omstændigheder, hvorfor det lægges til grund, at de fleste sager i praksis angår den indirekte forskelsbehandling. EU-Domstolen har dog haft lejlighed til at tage stilling til, hvornår der kan skabes en formodning for direkte diskrimination på baggrund af etnisk eller racemæssig oprindelse, samt hvor meget der skal til for, at arbejdsgiver herefter kan løfte sin del af bevisbyrden og har på denne baggrund udtalt, at:

”Offentlige erklæringer, hvori en arbejdsgiver giver udtryk for, at han inden for rammerne af sin ansættelsespolitik ikke vil ansætte medarbejdere, der har en bestemt etnisk eller racemæssig oprindelse, er tilstrækkelige til at skabe en formodning for – i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2000/43 – at der foreligger en direkte diskriminerende ansættelsespolitik. Det påhviler derfor arbejdsgiveren at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat. Dette kan han bevise ved at godtgøre, at virksomhedens faktiske ansættelsespraksis ikke stemmer overens med hans erklæringer.”¹⁶⁶

EU-Domstolen uddyber i sag C-81/12, at der for så vidt angår en professionel fodboldklub, foreligger faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er sket forskelsbehandling, når:

¹⁶⁶ Sag C-54/07 Feryn præmis 34.

”...de omhandlede udtalelser hidrører fra en person, der præsenterer sig og såvel i medierne som i offentligheden bliver opfattet som denne klubs formand uden nødvendigvis at have rets- og handleevne til at binde eller repræsentere klubben på området for ansættelse.”¹⁶⁷

8.2. Indirekte forskelsbehandling

Der ses ikke at være sager fra EU-Domstolen, der tager stilling til om, der skal andet og mere til for, at en medarbejder kan have påvist faktiske omstændigheder ved indirekte forskelsbehandling. Hvornår der konkret er påvist faktiske omstændigheder i forhold til indirekte forskelsbehandling, har såvel ligebehandlingsnævnet som de almindelige domstole imidlertid haft rig lejlighed til at vurdere. Nedenfor skal blot nævnes et par eksempler.

En situation, der opstår med jævne mellemrum er, hvorvidt arbejdsgivers krav om ”fleksibilitet” i forbindelse med opsigelse fx i forbindelse med sparerunder er udtryk for en faktisk omstændighed, der giver anledning til at formode, at der er udøvet indirekte forskelsbehandling. Hertil er det gentagende gange fastslået, at det vil det være, hvis den manglende fleksibilitet skyldes handicappet.¹⁶⁸

En lønmodtager kan også, jf. direktivets betragtning 15, påvise de faktiske omstændigheder ved brug af fx statistisk materiale. Der ses ikke, at der er Højesteretspraksis vedr. handicap, men i forhold til alder er det fastslået, at statistiske oplysninger vedrørende fx opsagtes alder og aldersfordeling i den samlede medarbejdergruppe kan indgå ved bedømmelsen af, om der er skabt formodning for forskelsbehandling, og at sådanne statistiske oplysninger, hvis de er pålidelige og tilstrækkeligt signifikante, i sig selv kan skabe en formodning for forskelsbehandling.¹⁶⁹ Ligebehandlingsnævnet har derimod afvist, at generelle oplysninger fra Danmarks Statistik i sig selv kan skabe formodning for forskelsbehandling på grund af køn, men det kan indgå i vurderingen heraf.¹⁷⁰ Eftersom det er samme bevisbyrdebestemmelse, der

¹⁶⁷ Præmis 53.

¹⁶⁸ Fx KEN nr. 9560 af 21.6.2018.

¹⁶⁹ HRD af 14.12.2015 i Sag 28/2015.

¹⁷⁰ KEN nr. 9531 af 20.4.2016.

finder anvendelse ved alle lovens kriterier, kan den samme argumentation lægges til grund i forhold til forskelsbehandling pga. handicap.

Har lønmodtageren løftet sin del af bevisbyrden for, at vedkommende lider af et handicap, at arbejdsgiver vidste/burde vide det og at der er påvist faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at arbejdsgiver har udøvet forskelsbehandling, så må arbejdsgiver på sin side kunne bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er krænket.¹⁷¹ Denne bevisbyrde kan være tung at løfte, men et vigtigt element i vurderingen, når der er tale om indirekte forskelsbehandling, er om arbejdsgiver har iagttaget sin pligt til at iværksætte rimelige og hensigtsmæssige tilpasninger efter forskelsbehandlingslovens § 2a, jf. nedenfor under afsnit 9.

9. Tilpasningsforpligtelsen

Tilpasningsforpligtelsen i forskelsbehandlingslovens § 2a er udtryk for en nyskabelse i dansk ret, og kom som resten af beskyttelsen mod forskelsbehandling pga. handicap ind med restimplementeringen af beskæftigelsesdirektivet i 2004, hvor den gennemfører direktivets art. 5.¹⁷²

Formålet med bestemmelsen er at sikre overholdelse af princippet om ligebehandling og sikre at handicappede får adgang til arbejdsmarkedet på samme måde som det er tilfældet for andre kollegaer, der ikke er handicappede,¹⁷³ dvs. fjerne eller udjævne de hindringer, der står i vejen for, at en handicappet kan få adgang til arbejdsmarkedet. Et formål, der understøttes af direktivets betragtning 16, hvor det understreges at iværksættelsen af foranstaltninger, der tager hensyn til behovene hos personer med handicap på arbejdspladsen, spiller en vigtig rolle i bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af handicap. En forskelsbehandling, der kan hindre opfyldelsen af målene i EF-traktaten, særligt opnåelsen af et højt beskæftigelsesniveau, et højt socialt beskyttelsesniveau, højnelse af levestandarden og livskvaliteten, økonomisk og social samhørighed og solidaritet, samt fri bevægelighed for personer.¹⁷⁴

¹⁷¹ Forskelsbehandlingslovens § 7a.

¹⁷² Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 11.

¹⁷³ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, pkt. 2.1.1., samt § 1, nr. 11.

¹⁷⁴ Betragtning 11 direktiv 2000/78/EF.

Forpligtelsen finder efter sin ordlyd alene anvendelse i forbindelse med forskelsbehandling på grund af handicap, og dermed ikke ved nogen af de øvrige beskyttelseskriterier i forskelsbehandlingsloven og den pålægger arbejdsgiver at;

”... træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, eller for en at give en person med handicap adgang til uddannelse.”

Pligten gælder dog ikke, hvis arbejdsgiver derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. En byrde anses ikke for uforholdsmæssig stor, hvis den i tilstrækkeligt omfang lettes gennem offentlige foranstaltninger.¹⁷⁵

Ordlyden af forskelsbehandlingslovens § 2a er identisk med direktivets art 5, bortset fra, at direktivet indledningsvist præciserer, at de tilpasninger, der skal foretages, skal være af ”rimeligt omfang”. På trods af vigtigheden af at sikre handicappede adgang til arbejdsmarkedet er bestemmelsen dermed også et udtryk balancen mellem arbejdsgivers pligt til at foretage tilpasninger og hvornår disse er for byrdefulde eller ikke proportionale og dermed ikke kan kræves foretaget, jf. de følgende afsnit.

FN’s handicapkonvention indeholder ligeledes en tilpasningsforpligtelse på arbejdsmarkedet,¹⁷⁶ og som ved handicapbegrebet skal EU-domstolen fortolke direktivets forpligtelse i overensstemmelse med konventionen, hvilket EU-domstolen også konkret har anerkendt i Ring/Werge-sagerne.¹⁷⁷

Forpligtelsen efter konventionen er dog først og fremmest rettet mod medlemsstaterne, som pålægges at sikre og fremme virkeliggørelsen af retten til arbejde ved at tage passende skridt, herunder lovgivning, til at sikre, at rimelig tilpasning ydes til personer med handicap på arbejdspladsen, der ifølge konventionens art 2, 4. led er:

”... nødvendige og passende ændringer og justeringer, som ikke indebærer en uforholdsmæssig stor eller unødvendig byrde, når dette er nødvendigt i et konkret tilfælde for at sikre, at personer med handicap kan nyde eller udøve alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre.”

¹⁷⁵ Forskelsbehandlingslovens § 2a.

¹⁷⁶ Art. 27, stk. 1, litra i.

¹⁷⁷ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, Præmis 55.

Tekstmæssigt lægger definitionen i konventionen sig dermed op ad direktivets omend konventionens definition har et bredere sigte, da forpligtelsen også finder anvendelse på andre områder end inden for arbejdsmarkedet.¹⁷⁸ I det følgende lægges det derfor til grund, at EU-Domstolens afgørelser er konforme med FN konventionens definition.

Konsekvensen af tilpasningsforpligtelsen er, at arbejdsgiver må vurdere en medarbejder med handicap på lige fod med øvrige medarbejdere, med respekt af tilpasningsforpligtelsen.¹⁷⁹

9.1. Direkte forskelsbehandling

Tilpasningsforpligtelsen finder, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3, sidste pkt. og direktivets art. 2, stk. 2. litra b, punkt ii modsætningsvist, ikke anvendelse ved direkte forskelsbehandling. Dette skal naturligvis ses i den sammenhæng, at direkte forskelsbehandling på grund af handicap altid er forbudt.¹⁸⁰ Det er dermed ikke relevant at drøfte tilpasningsforpligtelsen i relation til direkte forskelsbehandling.

9.2. Indirekte forskelsbehandling

Der er som anført tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer med et handicap ringere end andre personer, med mindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. dog forskelsbehandlingslovens § 2a.

Heri ligger, at en forskelsbehandling ikke nødvendigvis er i strid med loven, hvis den er begrundet i et sagligt formål og den er proportional, men i denne proportionalitetsvurdering indgår qua henvisningen til § 2a, om arbejdsgiver har iagttaget sin pligt til at træffe hensigtsmæssige tilpasninger.

Det er derfor klart, at der med henvisningen til § 2a er tale om en skærpet proportionalitetsvurdering og at samspillet mellem §1, stk. 3 og § 2a er centralt for

¹⁷⁸ Fx også art. 5, stk. 3 om lighed og ikke-diskrimination, og art. 24, stk. 2, litra c om uddannelse.

¹⁷⁹ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 11.

¹⁸⁰ Ruth Nielsen; *Civilretlige diskriminationsforbud*, s. 69, samt denne afhandlings afsnit 5.1.

vurderingen af, om der er tale om saglig eller usaglig indirekte forskelsbehandling af en person med handicap.¹⁸¹

9.3. Tilknytningsbaseret forskelsbehandling

I forlængelse af diskussionen under pkt. 5.3. om, hvorvidt den tilknytningsbaserede forskelsbehandling omfatter både den direkte som den indirekte forskelsbehandling, er det relevant at se på om tilpasningsforpligtelsen ved indirekte forskelsbehandling også finder anvendelse, når det ikke er den ansatte selv, men en til den ansatte tilknyttet person, der lider af handicappet.

Konklusionen er for så vidt enkel, hvis der alene er tale om en beskyttelse ved direkte forskelsbehandling. Her følger det klart af ordlyden af §1, stk. 2 og § 1, stk. 3 modsætningsvist, at der ikke består en tilpasningsforpligtelse, jf. også ovenfor under afsnit 9.1. Men omfatter den tilknytningsbaserede forskelsbehandling også den indirekte forskelsbehandling, vil der qua henvisningen i § 1, stk. 3 til § 2a kunne stilles spørgsmål hertil.

Ser man på ordlyden af forskelsbehandlingslovens § 2a, såvel som direktivets art. 5, fremgår det, at tilpasningerne har til formål at give *”en handicappet adgang til beskæftigelse”*, mens det i betragtning 16 og 20 er, at *”tage hensyn til behovene hos personer med handicap på arbejdspladsen”* samt *”tilpasse arbejdspladsen til en handicappet”*. Mens betragtning 17 anfører, at *”Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap, kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse, eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egned eller disponibel...”* Ser man isoleret på betragtning 17 kan den sprogligt lede til den tolkning, at tilpasningsforpligtelsen også kan udstrækkes til tilknytningsbaseret forskelsbehandling. Dette flugter dog ikke med den klare sproglige forståelse af § 2a, art 5 og betragtning 16 og 20, der klart retter sig mod den handicappede selv. Sidstnævnte fortolkning er også endeligt konfirmeret af EU-Domstolen, der i Coleman-sagen fastslår, at tilpasningsforpligtelsen efter sin ordlyd alene finder anvendelse for den handicappede selv.¹⁸²

¹⁸¹ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 5.

¹⁸² C-303/06 præmis 39

Der kan derfor ikke være tvivl om konklusionen. Men det kan anføres, at det ikke vil savne mening at pålægge arbejdsgiver en tilpasningsforpligtelse, uanset det ikke er den ansatte selv, der er handicappet. I mange tilfælde vil fleksibilitet i arbejdstider, nedsat tid, mulighed for hjemmearbejde mv. være en yderst relevant og påkrævet tilpasning for en medarbejder, der varetager den primære omsorg for en handicappet nærtstående. Samme argumentation synes at være grundlaget for mindretallets præmisser i Ligebehandlingsnævnets kendelse nr. 9857, hvor det var ubestridt, at en mor havde et ikke ubetydeligt fravær pga. sit barns astmatiske bronkitis, der gjorde, at moderen ikke var disponibel i forhold til sit arbejde. Mindretallet udtalte, at medarbejderen ville være disponibel, hvis arbejdsgiver havde gennemført de tilpasningsforanstaltninger, som var foreslået af medarbejderen for at muliggøre hendes deltagelse i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, men fandt sig herudover bundet af EU-Domstolens afgørelse i Coleman-sagen, og konstaterede, at arbejdsgiver ikke var retligt forpligtet over for klager til at træffe disse foranstaltninger, hvorefter opsigelsen fandtes saglig og proportional.

Ser man således på den gældende retstilling, har arbejdsgiver ikke en tilpasningsforpligtelse, forinden der fx tages skridt til opsigelse. Konsekvensen heraf kan blive, at en medarbejder undlader at varetage pasningen af sin handicappede nærtstående, da medarbejderen er bekymret for at miste sit job. Set ud fra et samfundsmæssigt perspektiv er det ikke en ønskelig situation, da en del plejeopgaver lægges over på de nærtstående. I de allermest presserende tilfælde som pleje af alvorligt syge, herunder handicappede, er der dog en lovhjemlet ret til frihed fra arbejdet,¹⁸³ men denne er for det første tidsbegrænset til maksimalt 9 måneder, og kan alene opdeles i kortere perioder end 1 måned, hvis arbejdsgiver samtykker. Den antages derfor kun at dække en afgrænset del af det behov for tilpasninger den nærtstående, der varetager pasningen af en handicappet, kan have behov for.¹⁸⁴

I den foreliggende Højesteretspraksis om opsigelse af medarbejdere med handicappede børn, udtaler Højesteret sig ikke konkret om, hvorvidt arbejdsgivers eventuelle forsøg på tilpasninger alligevel indgår i vurderingen af opsigelsens saglighed. Højesteret har blot kortfattet konkluderet, at formålet med opsigelsen var sagligt og valget af pågældende til

¹⁸³ Lov nr. 223 af 22.3.2006 § 1, nr. 1.

¹⁸⁴ LBK nr. 1114 af 30.8.2018 § 118.

opsigelse var hensigtsmæssigt og nødvendigt for at opnå målet,¹⁸⁵ eller at der ikke har været oplysninger i sagen, der tydede på forskelsbehandling ved afslaget på yderligere orlov.¹⁸⁶ Eftersom en opsigelse, i hvert fald på overenskomstdækkede områder, såvel som på det offentlige område, skal kunne begrundes sagligt og underlægges en proportionalitetsvurdering, må arbejdsgivers bestræbelser alt andet lige indgå i vurderingen. Men ser man på Højesterets formuleringer efterlader det ikke et indtryk af, at det er sket med en ligeså stor vægt, som var der en direkte forpligtelse hertil. Den manglende tilpasningsforpligtelse må derfor alt andet lige stille den ansatte, der ikke selv er handicappet, meget ringere end den ansatte der er. Herudover kan der argumenteres med, at en manglende tilpasningsforpligtelse harmonerer dårligt med de hensyn, der ligger til grund for direktivet, som de kom til udtryk i Coleman-sagen som begrundelse for at udbrede beskyttelsen til at gælde for andre end den ansatte selv. Men det er herudover vanskeligt at argumentere imod den retsstilling, der én gang er fastslået af EU-Domstolen.

9.4. Hensigtsmæssige foranstaltninger

De foranstaltninger som arbejdsgiver er forpligtet til at iværksætte, er ”hensigtsmæssige” foranstaltninger. Forskelsbehandlingsloven indeholder ingen nærmere vejledning i, hvilke foranstaltninger, der kan anses for ”hensigtsmæssige”. Det gør derimod såvel forarbejderne til forskelsbehandlingsloven som direktivet.

Forarbejderne til loven henviser for det første til direktivets betragtning 20 samt til, at det er en forpligtelse, der ligger udover den forpligtelse, der allerede efter dansk ret fremgår af arbejdsmiljøreglerne, hvoraf det følger, at der ved indretning af faste arbejdssteder skal tages hensyn til personer med handicap.¹⁸⁷

Selve arbejdsmiljøloven¹⁸⁸ indeholder primært overordnede regler, der udmøntes mere konkret i bekendtgørelse og AT vejledninger.¹⁸⁹ Ses fx på bekendtgørelsen om faste

¹⁸⁵ Færrest mulige skift af dagplejer i HRD af 27.4.2016 i sag 151/2015.

¹⁸⁶ Behov for fortsat orlov til pasning af handicappet barn i HRD af 8.10.2014 i sag 311/2012.

¹⁸⁷ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 11.

¹⁸⁸ LBK nr. 1084 af 19. september 2017 med senere ændringer.

¹⁸⁹ AT-vejledninger er udstedt af Arbejdstilsynet og beskriver, hvordan reglerne i arbejdsmiljølovgivningen skal fortolkes. AT-vejledningerne er ikke bindende for virksomhederne, men

arbejdssteders indretning,¹⁹⁰ har arbejdsgiver en pligt til at tage hensyn til handicappede arbejdstagere navnlig i forhold til færdselsveje og arealer, døre, porte, indretning af den enkeltes arbejdsplads, indretning af toiletter, håndvaske og baderum. Heri ligger altså allerede en forpligtelse for arbejdsgiver til at sørge for, at disse minimumshensyn er taget og forpligtelsen til at foretage tilpasninger efter forskelsbehandlingsloven ligger, jf. forarbejderne hertil, ovenpå. Hermed skal næppe forstås, at det ikke er en overtrædelse af tilpasningsforpligtelsen, hvis arbejdsgiver end ikke iagttager pligterne efter arbejdsmiljøloven men nok snarere, at lovgiver har forudsat, at tilpasningsforpligtelsen også omfatter disse allerede gældende tilpasninger.

De tilpasninger, der følger af bekendtgørelsen, lider herudover af den afgørende svaghed, at de alene finder anvendelse ved nyindretning af arbejdssteder, herunder væsentlig ombygning, der kan sidestilles med nyindretning.¹⁹¹ Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved den reelle og selvstændige værdi heraf, da der alt andet lige må være en del arbejdspladser i ældre byggeri, der ikke uden videre udsættes for væsentlige ombygninger. Ligeledes kan det være åbent for fortolkning, hvornår noget er en "væsentlig" ombygning.

Ser man herefter på de pligter, som direktivets betragtning 20 foreskriver, er der tale om:

"passende, dvs. effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet, f.eks. ved at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion".

I denne forbindelse er det for det første vigtigt at lægge mærke til brugen af "f.eks." i direktivets opstilling af tilpasningsforanstaltninger og for det andet, at der er tale om brede formuleringer. Direktivet kommer således kun med overordnede eksempler på tilpasninger, der kan være hensigtsmæssige, men indeholder ikke en endelig absolut afgrænsning heraf.

bygger på reglerne i arbejdsmiljøloven med tilhørende bekendtgørelser, der er bindende.

<https://arbejdstilsynet.dk/da/regler/hvad-er-en-at-vejledning>

¹⁹⁰ BEK nr. 96 af 13.2.2001 med senere ændringer §§ 13,15,19, 47, 50, 54, jf. § 18.

¹⁹¹ Arbejdsministeriets BEK nr. 96 af 13.2.2001 med senere ændringer §7, stk. 1. 1. pkt.

I Ring/Werge-sagerne, hvor EU-Domstolen blandt andet skulle tage stilling til, om en nedsættelse af arbejdstiden udgør en relevant tilpasningsforanstaltning i medfør af direktivets art. 5, udtrykte Domstolen det på denne måde:

”Eftersom 20. betragtning til direktiv 2000/78 og FN-konventionens artikel 2, fjerde led, for det første omfatter foranstaltninger, som ikke blot er materielle, men også organisatoriske, og eftersom termen »arbejdsmonster« for det andet skal forstås som den rytme eller det tempo, hvori arbejdet udføres, kan det ikke udelukkes, at en nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en af de tilpasningsforanstaltninger, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5.

Det bemærkes i øvrigt, at den opregning af passende foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet person, som er indeholdt i 20. betragtning til direktiv 2000/78, ikke er udtømmende, og en nedsættelse af arbejdstiden kan følgelig, selv hvis den ikke er omfattet af begrebet »arbejdsmonstre«, anses for en tilpasningsforanstaltning som omhandlet i dette direktivs artikel 5 i tilfælde, hvor en nedsættelse af arbejdstiden gør det muligt for arbejdstageren at kunne fortsætte med at udøve sin beskæftigelse i overensstemmelse med formålet med nævnte artikel.”¹⁹²

At direktivet benytter sig af en åben og fleksibel opstilling, passer godt med, at definitionen på handicap er miljørelateret og at funktionsbegrænsningerne kan folde sig ud på mange måder. Det gør det herudover muligt for direktivet at opfylde sit overordnede formål, uanset den samfundsmæssige udvikling, der uvægerligt må finde sted fx i forhold til måder, hvorpå arbejdslivet tilrettelægges, den teknologiske udvikling mv. samt adgangen til hjælpemidler etc.

Ses på dansk retspraksis har domstolene i en lang række sager taget stilling til, om en tilpasning i en konkret situation er relevant og hensigtsmæssig. Fx i ”Den hjerneskadede konsulent”,¹⁹³ hvor en personlig vejleder, mentor og konkret feedback var hensigtsmæssige tilpasninger. I ”Skibby Supermarked”,¹⁹⁴ hvor en omplacering internt som leder af postafdelingen i kombination med administrative opgaver, ansættelse på deltid og etablering af fleksjob blev vurderet til at være hensigtsmæssige foranstaltninger.

¹⁹² Præmis 55 og 56.

¹⁹³ ØLD af 14.10.2014 sag B-3774-13.

¹⁹⁴ HRD af 11.8.2015 i Sag 104/2014.

I "Socialrådgiveren"¹⁹⁵ var det foranstaltninger mod lys- og lysfølsomhed, flere administrative opgaver, mindre klientkontakt, samt ændrede mødetider, der var hensigtsmæssige. Mens det i "Skov- og landskabsingeniøren"¹⁹⁶ var nedsat tid, hjemmearbejde og ændret forhold mellem manuelt og administrativt arbejde.

Hensigtsmæssige tilpasninger kan herudover også bestå i fx særlige hjælpemidler, undervisningsmaterialer, arbejdsredskaber og mindre arbejdspladsindretninger som fx. specialsæde til bil, teleslynge, læseprogrammer etc. personlig assistance, som der efter omstændighederne kan gives tilskud til i medfør af fx lov om en aktiv beskæftigelsesindsats eller lov om kompensation til handicappede i erhverv.¹⁹⁷

På baggrund heraf må det derfor kunne konkluderes, at arbejdsgiver må vurdere alle relevante muligheder for at tilpasse arbejdet til den handicappede medarbejder, både hvad angår fysiske og mere organisatoriske tilpasninger. Om arbejdsgiver herefter har pligt til at iværksætte foranstaltningen er op til en konkret vurdering i den enkelte situation, og afhænger af om foranstaltningen er for byrdefuld for arbejdsgiver, hvilket analyseres nærmere nedenfor i afsnit 9.5.

9.5. Er foranstaltningerne for byrdefulde?

Et centralt element i analysen er, om en tilpasning medfører en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiver. Forarbejderne til forskelsbehandlingsloven¹⁹⁸ henviser til direktivets betragtning 21, hvoraf det fremgår, at der navnlig bør:

"... tages hensyn til de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til organisationernes eller virksomhedernes størrelse og finansielle midler samt mulighederne for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte."

Det anerkendes dermed direkte, at man i vurderingen må se på forholdene hos den enkelte arbejdsgiver og dennes muligheder. Hermed forstås, at man ikke kan pålægge en lille arbejdsgiver at iværksætte de samme ændringer som en større, samt at det tillægges vægt

¹⁹⁵ KEN 9739 af 30.8.2018.

¹⁹⁶ ØLD af 16.11.2016 i sag B-2755-15

¹⁹⁷ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, pkt. 5.

¹⁹⁸ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 11.

om arbejdsgiver får, eller kan få, hel eller delvis økonomisk kompensation fra det offentlige til den eventuelle merudgift, der er forbundet med en tilpasningsforanstaltning.¹⁹⁹ Men nøjagtig hvornår en foranstaltning er for byrdefuld, må i sidste ende afklares i retspraksis, hvilket der, som det vil fremgå nedenfor, er talrige eksempler på. En tilpasning er som anført ikke urimelig, hvis arbejdsgiver kan få offentlig støtte hertil, men omvendt kan arbejdsgiver ikke opnå offentlig støtte til alle tilpasninger, som en handicappet har behov for. Det følger også heraf, at det grundlæggende er en betingelse for, at arbejdsgiver kan få dækket en udgift, at den ligger ud over, hvad arbejdsgiver forudsættes at afholde og at hjælpemidlerne ikke er almindeligt forekommende på arbejdspladsen.²⁰⁰

9.5.1. Pligter, der følger af arbejdsmiljøloven

Som anført fremgår det af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, at tilpasningsforpligtelsen ligger udover den pligt, der følger af arbejdsmiljøloven.

Det har ikke været muligt at finde afgørelser, der helt eller delvist er procederet på, at arbejdsgiver end ikke har levet op til sin forpligtelse efter arbejdsmiljøloven til ved nybyggeri eller væsentlige ombygninger at tilpasse arbejdspladsen til handicappede generelt. Deri ligger formentlig ikke, at arbejdsgiver altid overholder denne forpligtelse, men at påstanden ”opsluges” af en mere specifik påstand om, at arbejdsgiver ikke har efterlevet sin tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingsloven i forhold til en konkret medarbejder. Men det må lægges til grund, at de pligter, der følger af arbejdsmiljøloven, med tilhørende bekendtgørelser og vejledninger, som udgangspunkt er anerkendt som rimelige i dansk ret, da det er konkrete pligter fastsat af lovgiver. Den altovervejende hovedregel må derfor også være, at arbejdsgiver uden videre skal iagttage de pligter, der følger af arbejdsmiljøloven og efter omstændighederne afholde omkostningerne forbundet hermed, med mindre der konkret kan gives støtte efter den handicapkompenserende lovgivning.²⁰¹ Gør arbejdsgiver ikke det, kan der argumenteres for, at det allerede derfor er en tilsidesættelse af tilpasningsforpligtelsen jf. § 2a i forhold

¹⁹⁹ Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, s. 285.

²⁰⁰ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 11.

²⁰¹ Fx LBK nr. 1342 af 21.11.2016.

til den konkrete medarbejder. Der kan dog peges på det usikkerhedsmoment, at der kan være en væsentlig merudgift forbundet ved at indrette arbejdspladsen handicapvenligt, der overstiger hvad den enkelte arbejdsgiver formår. Ligesom det formentligt vil være væsentlig mere byrdefuldt, hvis der efterfølgende skal redresseres på en manglende efterlevelse af arbejdsmiljøloven. Henset til såvel forskelsbehandlingslovens regler, som formålet med arbejdsmiljøloven, virker det dog ikke korrekt, hvis en arbejdsgiver i første omgang undlader at opfylde sine generelle pligter efter arbejdsmiljøloven, for senere at blive frikendt for forskelsbehandling, med henvisning til, at en tilpasning arbejdsgiver allerede var forpligtet til at foretage efter arbejdsmiljøloven, er for økonomisk byrdefuld, fordi den skal iagttages efterfølgende.

9.5.2. Ændret indretning af arbejdspladsen

En ændret indretning af arbejdspladsen kan også ligge udover, hvad der følger af arbejdsmiljøloven, men heller ikke her foreligger der, så vidt vides, mange eksempler på, hvornår en tilpasning, herunder en økonomisk udgift, er for byrdefuld for arbejdsgiver.

Østre Landsret har i 2011²⁰² fastslået, at en økonomisk udgift på 40.000 kr. ekskl. moms til en ændret indretning af arbejdspladsen til en medarbejder med en væsentlig hørenedsættelse ikke kunne anses for en uforholdsmæssig stor byrde. I præmisserne lagde landsretten dog vægt på, at arbejdsgiver end ikke havde undersøgt muligheden for at opnå offentligt tilskud til ombygningen ved medarbejderens bopælskommune. Som det vil fremgå af det følgende, vejer det i andre afgørelser om arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse meget tungt, at arbejdsgiver kan redegøre for, at der ligger saglige driftsmæssige hensyn til grund for beslutningen.²⁰³ Det kan derfor ikke afvises, at afgørelsen var blevet en anden, hvis det konkret kunne dokumenteres, at bopælskommunen ikke ville yde støtte eller, at arbejdsgivers økonomi påviseligt ikke kunne bære ombygningen.

²⁰² ØLD af 29.6.2011 i sag B-2814-10.

²⁰³ Fx HRD af 13.4.2016 i sag 98/2015 "Byplanlæggeren" ctr. HRD af 11.8.2015 i sag 104/2014 "Skibby Supermarked".

9.5.3. Opnormering

Nedsat tid, ændrede arbejdsopgaver ol. for en handicappet medarbejder kan være en hensigtsmæssig tilpasning, men det kan alt andet lige medføre, at der er arbejdsopgaver, som ikke blive løst og ikke kan løses inden for den eksisterende bemanning. Det afføder spørgsmålet, om arbejdsgiver skal tåle en opnormering af personalet som følge af den handicappedes behov for tilpasninger.

Dette spørgsmål kan igen deles i to. 1. som en personlig assistent eller 2. som en reel opnormering.

Personlig assistent

En personlig assistent tilkendes efter den handicap kompenserende lovgivning, hvorefter jobcentret afholder udgifterne til assistenten. Pågældende er alene ansat til at udføre praktiske arbejdsfunktioner som fx at være døvetolk, ”bladere i bogen” for den lamme jurist ol. De faglige og indholdsmæssige jobfunktioner skal personen med handicap derimod selv kunne udføre.²⁰⁴ Der ses ikke at være afgørelser, der konkret tager stilling til, om det i sidste ende er for byrdefuldt for arbejdsgiver at have en ekstra medarbejder, uanset vedkommende er betalt af kommunen.

I ”Den synshandicappede arkitekt”²⁰⁵ frifandt Landsretten arbejdsgiver, netop fordi det ikke var muligt at opnå støtte, da assistenten skulle udføre kerneopgaver for den handicappede. Men afgørelsen kan ses som en indikation i retning af, at arbejdsgiver også her må tåle meget, hvis den forøgede udgift bliver afholdt af det offentlige. I sagen var der således behov for en personlig assistent til en væsentlig del af arkitektens arbejdsopgaver, hvorfor det ville have været naturligt for Landsretten at knytte en bemærkning hertil, hvis det alene af den grund var for byrdefuldt.

I ”Vokseneleven”²⁰⁶ havde arbejdsgiver afvist en personlig assistent, da arbejdsgiver ikke fandt det praktisk muligt, men fandt forslaget ”abstrakt”. Arbejdsgiver ønskede dog ikke at indgå i dialog med kommunen om det nærmere indhold og redegjorde heller ikke

²⁰⁴ BEK nr. 817 af 26.6.2013 §§13-15. Som udgangspunkt ydes tilskud i op til 20 timer pr. uge, men der kan efter omstændighederne ydes støtte i op til 37 timer.

²⁰⁵ ØLD 5.3.2008 i sag B-0413-07.

²⁰⁶ SHD af 2.4.2009 sag F 26/07.

nærmere for, hvorfor det ikke var praktisk muligt. På denne baggrund fandt Sø- og Handelsretten ikke, at ordningen var for byrdefuld.

Uanset disse afgørelser kan det dog ikke afvises, at en personlig assistent i nogle tilfælde vil kunne udgøre en driftsmæssig udfordring, fx hvis der er tale om en arbejdsplads, der rent fysisk ikke kan rumme en ekstra person. Eller hvis der måske er tale om flere forskellige assistenter, der skal have deres gang på arbejdspladsen og hvor det vil volde store problemer at planlægge hermed. Et element i vurderingen vil også være, at arbejdsgiver alene kompenseres i forhold til en studenterlønsats, og dermed formentligt ikke opnår fuld økonomisk kompensation for den lønudgift, der er til assistenten.²⁰⁷ Men det er klart, at det ikke er enhver merudgift, der kan medføre, at det er for byrdefuld og der derfor skal mere til end, hvis arbejdsgiver slet ikke kompenseres.

Opnormering

Med en reel opnormering menes, at arbejdsgiver ansætter en ekstra medarbejder til at udføre samme arbejdsfunktioner som den handicappede. Dvs. der er modsat den personlige assistent ikke blot tale om praktisk assistance men derimod, at kerneopgaver overtages af en nyansat medarbejder. Her har flere afgørelser konkret konkluderet, at det var mere end arbejdsgiver skulle tåle.

I ”Den farveblinde skibsassistent”,²⁰⁸ gjorde skibsassistentens farveblindhed ham ude af stand til at udføre udkigtstjenesten, der var en væsentlig arbejdsopgave og eneste reelle mulighed for tilpasning var at ansætte en ekstra skibsassistent til at være på havet med den farveblinde assistent.

I ”Den synshandicappede arkitekt”²⁰⁹ var eneste reelle mulighed for tilpasning en personlig assistent. Men den personlige assistent skulle være uddannet arkitekt og udføre væsentlige faglige arbejdsopgaver, som det efter Landsrettens vurdering ikke var muligt at opnå støtte til efter reglerne om kompensation til handicappede i erhverv. Herefter var tilpasningen for byrdefuld for arbejdsgiver.

²⁰⁷ BEK nr. 817 af 26.6.2013 § 22.

²⁰⁸ SHD af 22.12.2014 i Sag F-2-13.

²⁰⁹ ØLD af 5.3.2008 i sag B-0413-07.

I ”Byplanlæggeren”²¹⁰ kunne medarbejderen alene arbejde 20 timer om ugen. Afdelingen var alene besat med 3 medarbejdere og karaktererne af arbejdsopgaverne nødvendiggjorde, at samme medarbejder varetog hele sagsbehandlingsforløb. I kraft heraf vurderede arbejdsgiver, at fuldtidsansættelse var en nødvendighed. Højesteret gav arbejdsgiver medhold og fastslog, at det ligger uden for arbejdsgivers forpligtelse at opnormere bemanningen med en fuldtidsstilling.

Svenning Andersen konkluderer på baggrund af ovenstående domme meget absolut, at arbejdsgiver aldrig vil kunne pålægges at etablere dobbeltbemanning.²¹¹ Konklusionen må med henvisning til Højesterets klare præmisser i ”Byplanlæggeren” være et korrekt udtryk for den gældende danske retstilstand, da det tilkommer de nationale domstole at vurdere, om en tilpasning er for byrdefuld.

Men ser man på EU-domstolens præmisser i Ring/Werge sagen, der understreger at opregningen af mulige tilpasninger ikke er udtømmende,²¹² samt at det netop er op til en konkret vurdering om tilpasningen er for byrdefuld, så må konklusionen dog være den mere nuancerede, at arbejdsgiver også her må hele analysekæden igennem, inden muligheden blot afvises. I hvert fald, hvis man som arbejdsgiver vil være på den sikre side set i forhold til, hvad arbejdsgiver risikerer ved ikke at have undersøgt relevante og hensigtsmæssige tilpasninger.²¹³

Svenning Andersens konklusion må herudover forudsætte, at der er tale om en reel dobbeltbemanning og ikke som ovenfor fx en personlig assistent eller der på anden måde opnås økonomisk kompensation for arbejdsgivers forøgede udgift. Synspunktet kan herudover også udfordres, hvis medarbejderens resterende arbejdsevne reelt er så lille, at den økonomiske udgift forbundet med en opnormering bliver minimal. Det kan fx være tilfældet, hvor opnormeringen består i, at der etableres et ”mini fleksjob”, til den handicappede, samtidig med, at der ansættes en ny på fuld tid, jf. nedenfor under afsnit 9.5.5. Det ændrer dog ikke på, at etableringen af en reel dobbeltbemanning af et vist omfang, der ikke ydes offentlig støtte til, påfører arbejdsgiver en ikke uvæsentlig økonomisk byrde, såvel som planlægningsmæssige problemer. Det vil dermed være

²¹⁰ HRD af 13.4.2016 i sag 98/2015.

²¹¹ Lars Svenning Andersen, mf.; *Funktionærret*, s. 865 ff.

²¹² Præmis 56.

²¹³ Se afsnit 9.8.

særdeles vanskeligt at argumentere for, at det ikke ligger over grænsen for, hvad arbejdsgiver må tåle. Det er formentligt også sådanne hensyn, der har ført til Højesterets kontante udtalelse som udtryk for gældende dansk retspraksis.

9.5.4. *Deltid*

Som anført ovenfor under afsnit 9.4. fandt EU-domstolen i Ring/Werge sagen, at nedsat tid kan være en hensigtsmæssig tilpasningsforanstaltning. Men også her er det op til de nationale domstole at vurdere, om det konkret er for byrdefuldt.

Hvis arbejdskraftbehovet skulle dækkes i ”Byplanlæggeren”, var et alternativ til dobbelt bemanning at etablere to deltidsstillinger på hhv. 17 og 20 timer, hvilket arbejdsgiver ikke fandt muligt. Højesteret foretog en eksplicit vurdering af de hensyn og fakta arbejdsgiver havde anført og konkluderede, at kommunens tilrettelæggelse af arbejdet hvilede på saglige hensyn. Højesteret fandt dermed ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens vurdering af, at det ikke var muligt at tilbyde medarbejderen en deltidsstilling på 20 timer om ugen og samtidig leve op til kommunens servicemål. Modsat i ”Skibby Supermarked”, hvor arbejdsgiver netop ikke kunne redegøre for, hvorfor en relevant tilpasning fx i form af deltid ikke var mulig og bl.a. derfor ikke havde løftet sin bevisbyrde.

Højesteret afviser dermed ikke generelt, at arbejdsgiver kan blive pålagt at etablere en ekstra deltidsstilling. Men det vil blive underlagt en vurdering af, om arbejdsgiver kan påvise saglige driftsmæssige hensyn, der taler imod. Kan arbejdsgiver dokumentere at have foretaget en vurdering af de saglige driftsmæssige hensyn, vil der formentligt skulle meget til før domstolene anfægter arbejdsgivers vurdering

Man kan stille det spørgsmål, om arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse også betyder, at arbejdsgiver skal bære udgiften til en løndifference, der skyldes, at medarbejderen tilbydes en deltidsstilling som en hensigtsmæssig tilpasningsforanstaltning. Synspunktet var påberåbt af klager i Ligebehandlingsnævnets kendelse om ”Socialrådgiveren”,²¹⁴ men Nævnet tog ikke stilling til spørgsmålet. Det er vanskeligt at finde holdepunkter til støtte for påstanden, da udgangspunktet i den almindelige ansættelsesret er ”pro rata temporis”.

²¹⁴ KEN nr. 9739 af 30.8.2018.

Det vil sige forholdsmæssige rettigheder i forhold til løn mv. svarende til den nedsatte arbejdstid.²¹⁵ Under alle omstændigheder må en økonomisk udgift, der reelt vil betyde, at arbejdsgiver skal honorere en handicappet med en (markant) højere timeløn for det udførte arbejde, hurtigt føre til, at udgiften bliver urimelig byrdefuld og dermed overstiger, hvad arbejdsgiver i medfør af tilpasningsforpligtelsen er pligtig til at tåle.

Problemstillingen er dog ikke helt enkel, da en relevant tilpasning også kan være en lavere arbejdsintensitet i de 37 timer, vedkommende er på arbejdet. Denne problemstilling er imidlertid anerkendt i såvel ”de nye” fleksjobregler som i overenskomsternes ”sociale kapitler”,²¹⁶ hvor det er muligt at aftale særlige lønvilkår, hvis den handicappede har en lavere arbejdsintensitet, uden det giver sig udslag i et behov for deltid.

9.5.5. *Fleksjob*

Der kan argumenteres for, at en af de faktorer, der bør påvirke afvejningen af, om det er for byrdefuldt for arbejdsgiver at etablere en ekstra stilling, er muligheden for, at medarbejderen kan tilkendes et fleksjob. Herunder de øgede muligheder for etablering af ”minifleksjob”, der er skabt gennem den seneste reform af reglerne om fleksjob og førtidspension og de samfundsmæssige og politiske hensyn, der ligger bag.²¹⁷

Reformen trådte i kraft den 1. januar 2013, og den bærende intention var at sikre plads i fleksjobordningen til borgere med en meget begrænset arbejdsevne, ved at understøtte muligheden for ”minifleksjob” med en arbejdsintensitet på under 12 timer om ugen og helt ned til bare 1-2 timer om ugen.²¹⁸ Herudover ændrede man på samspillet mellem arbejdsgivers lønudgift og kommunens refusion til den fleksjobansatte, så arbejdsgiver ved et fleksjob efter de ”nye” regler alene betaler for den arbejdsevne, den fleksjobansatte reelt har, uanset antallet af timer den ansatte faktisk er på arbejde.²¹⁹ I den gamle ordning betalte arbejdsgiver derimod fuld overenskomstmæssig løn, men modtog kompensation for den nedsatte beskæftigelsesgrad med enten 1/2 eller 2/3 af mindstelønnen, hvilket gav

²¹⁵ Ole Hasselbalch, *Den danske arbejdsret*, bind II, afsnit 2.3.3.4.

²¹⁶ De sociale kapitler er de aftalemæssige rammer for fastholdelse af allerede ansatte og nyansættelse af personer med nedsat erhvervsevne m.v.

²¹⁷ <https://star.dk/reformer/reformen-af-foertidspension-og-fleksjob/om-reformen/>

²¹⁸ Beskæftigelsesministeriet, *Evaluering af reform af førtidspension og fleksjob*: Hovedrapport marts 2018, s. 77.

²¹⁹ <https://www.cabiweb.dk/temaer/nedsat-arbejdsevne/fleksjob/om-fleksjob-for-jobcentre/bevilling-affleksjob/>

en ”naturlig” grænse for en fleksjobansættelse på ca. 12 timer om ugen (1/3 af normal overenskomst-mæssig arbejdstid).²²⁰ Med den ændrede aflønningsstruktur frigøres der således alt andet lige flere ressourcer til at ansætte en medarbejder som kompensation gennem den nye ordning.

Det er dog vanskeligt at se, om lovgivers intentioner også har haft en afledt effekt på retspraksis efter forskelsbehandlingsloven. I ”Byplanlæggeren”, hvor arbejdsgiver ikke var forpligtet til at etablere en deltidsstilling grundet de driftsmæssige forhold, var medarbejderen ikke godkendt til fleksjob på tidspunktet for opsigelsen, men blev det efterfølgende med en arbejdstid på 12 timer og blev herefter ansat i en lignende stilling i en anden kommune. Højesteret bemærker, at det ikke kan føre til et andet resultat, da den nye afdeling blev opnormeret med 12 timer ekstra om ugen, da hun blev ansat i fleksjob.

Umiddelbart virker Højesterets begrundelse naturlig henset til vurderingen af, at opgaverne i den første stilling nødvendiggjorde en medarbejder på 37 timer, hvilket et fleksjob ikke afhjælper. Ligesom forklaringerne fra den nye arbejdsgiver understøtter, at der var tale om en større afdeling med flere ansatte, der havde en anden måde at tilrettelægge driften på, hvor deltidsansættelse var muligt. Men da fleksjobbet var tilkendt efter opsigelsen, siger afgørelsen reelt ikke noget om, hvorvidt Højesteret ville eller ikke ville have inddraget det med større eller mindre tyngde, hvis det var tilkendt før opsigelsen.

I ”Socialrådgiveren”²²¹ var medarbejderen heller ikke tilkendt et fleksjob på opsigelsestidspunktet, men det var italesat af medarbejderen overfor arbejdsgiver. Arbejdsgiver havde i en årrække løbende iværksat en række andre skånehensyn, herunder tilbudt egen betalt nedsat tid, svarende til den forventede ansættelse i fleksjobbet, hvilket medarbejderen afslog. Ligebehandlingsnævnet fandt på denne baggrund, at arbejdsgiver havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse og ikke var forpligtet til at afvente en afgørelse om muligheden for fleksjob.

²²⁰ <https://www.cabiweb.dk/lovstof/fleksjob-ansat-foer-2013/>

²²¹ KEN nr. 9739 af 30.8.2018.

I ”Specialklasselæreren”²²² fandt nævnet derimod ikke, at arbejdsgiver i tilstrækkelig grad havde bevist, at det ville have udgjort en uforholdsmæssig stor byrde at tilbyde relevante skåneforanstaltninger, herunder eventuelt ansættelse i et fastholdelsesfleksjob.

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at de politiske og samfundsmæssige hensyn, som lovgiver har tilkendegivet ved etableringen af den nye fleksjobordning, ikke afspejles i selve præmisserne i de afgjorte sager. Muligheden for fleksjob indgår dog som et element i vurderingen af, om arbejdsgiver har efterlevet sin tilpasningsforpligtelse og det vil komme arbejdsgiver til skade, at en evt. afvisning heraf ikke sker ud fra saglige driftsmæssige hensyn.

Herudover kan der peges på, at det i sig selv har skabt en mere vanskelig balancegang, at fleksjobbene med den nye ordning kan blive meget små. Arbejdsgiver kan således på ene side anføre, at denne påføres store driftsmæssige gener, hvis en medarbejder skal ansættes på ganske få timer om ugen og at arbejdsgiver herudover, jf. Højesterets afgørelse i ”Byplanlæggeren”, ikke har pligt til at opnormere, ligesom det kan anfægtes, om medarbejderen reelt er disponibel til at udføre hovedindholdet i stillingen. Men modsat kan der argumenteres for, at der næsten ikke er tale om en opnormering, samt at den økonomiske byrde for arbejdsgiver er minimal, hvis en medarbejder ansættes i et fleksjob på ganske få timer om ugen og der som supplement ansættes en medarbejder på fuld tid. Herudover kan det meget vel være, at den eller de opgaver medarbejderen reelt udfører i de ganske få timer, er en af de oprindelige kerneopgaver i stillingen og at medarbejderen derfor netop fortsat er disponibel efter tilpasningen.

Uanset minifleksjobbets indflydelse eller ikke indflydelse på arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse er det dog positivt, at tallene fra Beskæftigelsesministeriets evaluering viser, at der er sket en udvikling i antallet af minifleksjob,²²³ selvom virksomhederne oplever, at de helt små fleksjob kan være udfordrende.²²⁴ Det må derfor

²²² KEN nr. 9399 af 23.5.2018.

²²³ I december 2016 havde seks ud af ti ansatte i fleksjob et ugentligt timetal på 10 timer eller mindre, mens det gennemsnitlige antal timer for fleksjobansættelse fra 2013 til 2015 var faldet fra 13,0 til 11,7 time/uge.

²²⁴ Beskæftigelsesministeriet; *Evaluering af reform af førtidspension og fleksjob*: hovedrapport, marts 2018 s. 77.

kunne konstateres, at denne indsats alt andet lige medvirker til at opfylde direktivets formål.

9.5.6. ”§ 56 aftale”

Når en medarbejder bliver sygemeldt, har vedkommende ret til enten fuld løn eller sygedagpenge. Arbejdsgiver afholder dog altid udgiften under de første 30 dages sygefravær i hver sygefraværperiode. Herefter kan den arbejdsgiver, der betaler løn til den ansatte få refunderet, hvad der svarer til sygedagpengene, mens en sygemeldt medarbejder, der alene får sygedagpenge, overgår til dagpenge fra kommunen.²²⁵

Uanset om medarbejderen får løn eller sygedagpenge, kan den økonomiske udgift, der er forbundet med en sygemeldt medarbejder, derfor være en stor byrde for arbejdsgiver. Særligt hvis den ansatte har en forhøjet sygdomsrisiko. Er det tilfældet har arbejdsgiver under visse betingelser mulighed for at få sygedagpengerefusioner fra første fraværsdag. En såkaldt § 56 aftale efter sygedagpengeloven. Aftalen, der indgås mellem arbejdsgiver og medarbejder og godkendes af jobcentret kræver, at medarbejderen har en kronisk eller langvarig lidelse, der medfører mindst 10 fraværdsdage pr. år.²²⁶

En § 56 aftale vil være relevant i forhold til de medarbejdere, hvor handicappet er begrundet i en kronisk lidelse, der medfører et øget sygefravær, da den kompenserer arbejdsgiver for den forøgede økonomiske byrde, der er forbundet med at have en medarbejder med en forhøjet fraværtsrisiko. Men uanset, at aftalen kompenserer økonomisk for fraværet, så afhjælper den ikke de planlægningsmæssige problemer, der kan være forbundet med at mangle en medarbejder, ligesom aftalen ikke kompenserer for en evt. manglende funktionsevne i forhold til en kerneopgave i stillingen, når medarbejderen er på arbejde. I ”Portøren”²²⁷ fastslog Ligebehandlingsnævnet således, at en § 56 aftale ikke er en hensigtsmæssig tilpasning, hvis ikke medarbejderen kan arbejde i fuldt omfang, når denne er på arbejde, da aftalen alene giver arbejdsgiver refusion for fraværet.

²²⁵ LBK nr. 809 af 20.6.2018 § 6.

²²⁶ LBK nr. 809 af 20.6.2018 om sygedagpenge § 56.

²²⁷ Fx KEN nr. 9149 af 20.1.2016 ”Portøren”.

§ 56 aftalen kan derfor næppe stå alene som tilpasningsforanstaltning, da medarbejderen fortsat vil have fravær, hvilket med henvisning til Nævnets afgørelse i ”Portøren” i sig selv kan føre til, at vedkommende ikke er disponibel. Men den kan supplere.

Ser man på sager om opsigelser begrundet i sygefravær udvider en § 56 aftale imidlertid omfanget af det sygefravær arbejdsgiver må tåle, da aftalen netop har til formål at sikre medarbejdere med et forventeligt stort sygefravær tilknytning til arbejdsmarkedet.²²⁸ Den samme argumentation må gøre sig gældende, hvis der er tale om handicapbetinget sygefravær, der ikke kan afhjælpes gennem andre tilpasningsforanstaltninger. Omvendt kan man dog anføre, at drypvist fravær over en længere periode alt andet lige må være mere indgribende for arbejdsgiver end et mere ”stabilt” fravær, der bedre kan planlægges med. Forholdet ses ikke at være prøvet selvstændigt, men § 56 aftalen indgår i en samlet og konkret vurdering. Men også her vil det formentlig komme arbejdsgiver til skade, hvis en § 56 aftale er afvist uden nærmere driftsmæssig begrundelse.

9.5.7. *Omplacering*

En anden relevant tilpasning vil ofte være en omplacering af medarbejderen fra det arbejde vedkommende ikke kan bestride grundet handicappet til et andet. Heri ligger en sondring mellem om der alene er tale om en tilpasning af arbejdsopgaver mv., eller om der reelt er behov for en helt anden stilling for, at den handicappede kan fortsætte med at være ansat.

Det følger således af direktivets betragtning 17, at der hverken kræves ansættelse, forfremmelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med *den pågældende stilling*, hvilket må være yderste bagkant for arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse i denne henseende. Men hverken præamblen eller direktivet siger andet og mere om, hvad der skal forstås med ”*den pågældende stilling*”.

Svenning Andersen anfører, at uanset arbejdsgiver skal tåle en del, så er det ikke en del af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse at omplacere til en helt anden *type* stilling end den

²²⁸ Jørgen Rønnow Bruun; *Usaglige afskedigelse- en håndbog*, s. 188.

stilling vedkommende er ansat i.²²⁹ Ser man på retspraksis er der flere fortolkningsbidrag, og også her får man indtrykket af, at sagerne afgøres meget konkret.

I ”Portøren”²³⁰ udtalte Ligebehandlingsnævnet, at arbejdsgiver ikke var forpligtet til at omplacere klager til jobfunktioner, der lå uden for det portørarbejde, han var ansat til. Portøren havde været udsat for en ulykke, der medførte, at han ikke længere kunne varetage basisopgaverne i en almindelig portørstilling som tunge løft, hjertemassage osv. og da der var ikke relevante tilpasninger, der kunne bringe ham til det, var han dermed ikke kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i sit arbejde som portør. Samme konklusion kommer nævnet til i ”Socialpædagogen”,²³¹ hvor nævnet dog synes at udvide forståelsen af begrebet i forhold til ”Portøren”, da det anføres, at:

”... det ikke var muligt at omplacere medarbejderen til en anden pædagogisk stilling eller andre stillinger inden for klagers overenskomst, hvor der kunne tages hensyn til hendes skånebehov over for skulderbelastende arbejde, herunder kontakt med udadreagerende borgere. (min understregning)

I ”Portøren” virker det til, at Ligebehandlingsnævnet udelukkende ser på den konkrete stillingsbetegnelse, og ikke inddrager om der evt. vil være andre nærtbeslægtede servicefunktioner inden for overenskomsten på sygehuset, eller i andre dele af regionen/ansættelsesområdet som pågældende kunne udføre. Mens det, med henvisningen til ”*andre stillinger inden for klagers overenskomst*” i ”Socialpædagogen”, derimod virker til, at Nævnet har set mere bredt på forståelsen af ”stillingen”.

Et for snævert syn på ”stillingen” virker i modstrid med Højesterets afgørelse i ”Skibby Supermarked”,²³² hvor Højesteret fandt, at supermarkedet ikke havde godtgjort, at det ikke var muligt at tilbyde medarbejderen en stilling som leder af postafdelingen. Om forskellen mellem Ligebehandlingsnævnets praksis og Højesterets afgørelse skal findes i, at medarbejderen i ”Skibby Supermarked” foruden at være kasseassistent var beskæftiget med vareopfyldning, havde ledelsesansvar for to medarbejdere og ansvaret for en række varegrupper og dermed i forvejen dækkede en bred opgaveportefølje og at stillingerne lå i samme mindre supermarked, er uklart. Men det ikke indlysende, at en stor

²²⁹ Lars Svenning Andersen, mf.; *Funktionærret*, s. 865.

²³⁰ KEN nr. 9149 af 20.1.2016.

²³¹ KEN nr. 9501 af 15.3.2017.

²³² HRD af 11.8.2015 i sag 104/2014.

arbejdsgiver som en region eller kommune, skal tåle mindre i forhold til at afsøge mulighederne for omplacering end en mindre arbejdsgiver som Skibby Supermarked. Og det virker heller ikke åbenlyst at afgrænse omplaceringen for rigoristisk til ét overenskomstområde. På den ene side behøver ansættelsen ikke være dækket af en overenskomst, og på den anden side, kan der reelt være dobbelt overenskomstdækning, da indplaceringen på nogle overenskomster udelukkende er bestemt af, hvilken uddannelsesmæssig baggrund medarbejderen har, men hvor opgaverne i de to stillinger reelt ligger så tæt op ad hinanden, at det i denne henseende vil savne mening at skelne mellem overenskomster.²³³

Ser man på afgørelserne i sammenhæng er der næppe tvivl om, at en omplacering til en helt anden stilling ligger ud over, hvad arbejdsgiver må tåle alene i medfør af tilpasningsforpligtelsen, da den ansatte ikke længere er disponibel i forhold til den oprindelige stilling. Ser man på Højesterets praksis ift. fx opsigelse af gravide, må en omplacering desuden kræve, at der konkret er en ledig stilling at omplacere i.²³⁴ Men herudover må konklusionen også være, at ”den pågældende stilling” skal forstås i en vis bredere kontekst, hvor det vurderes konkret i den enkelte situation, hvornår man når udover stillingens grænser. Der kan argumenteres for, at grænserne er sammenfaldende med den almindelige ansættelsesretlige vurdering af, hvornår der er tale om en væsentlig stillingsændring, men omvendt taler ”Portøren” imod, da man på det regionale område normalt er ansat med regionen som ansættelsesområde og ikke det enkelte hospital,²³⁵ men trods dette ses der ikke positivt at være undersøgt omplacering i samme type stilling uden for det konkrete hospital.

Uanset om tilpasningsforpligtelsen i sig selv ikke forpligter arbejdsgiver til at omplacere medarbejderen til en helt anden stilling, viser retspraksis dog også, at det, ud fra den almindelige proportionalitetsvurdering, indgår i vurderingen af, om arbejdsgiver har løftet sin bevisbyrde for, at tilpasningsforpligtelsen er iagttaget, om der forinden opsigelse er forsøgt omplacering også til stillinger, der ligger uden for medarbejderens hidtidige jobfunktion, forudsat at disse er hensigtsmæssige.²³⁶ Har medarbejderen selv påpeget

²³³ Fx HK/DJØF, eller HK laborant/dbio, FOA/dbio etc., jf. www.dbio.dk/job-loen/overenskomster-og-aftaler/Sider/Gr%C3%A6nse-og-samarbejdsaftaler.aspx

²³⁴ HRD af 25.10.2016 i sag 259/2014.

²³⁵ FV2017-0052.

²³⁶ Fx HRD af 25.10.2016 i sag 259/2014 og VLD af 14.9.2015 i sag B-1333-14.

muligheden, og er denne uden videre afvist af arbejdsgiver, må det med henvisning til fx ”Skibby Supermarked” indgå med negativ vægt i vurderingen. Har medarbejderen omvendt afvist arbejdsgivers hensigtsmæssige forslag uden rimelig grund, vil domstolene derimod være mere tilbøjelig til at finde, at arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.²³⁷

Omplacering ved omstruktureringer

Der kan stilles spørgsmål ved, om tilpasningsforpligtelsen betyder, at der gælder en udvidet pligt at omplacere en handicappet medarbejder i forhold til, hvad der gælder for andre ansatte ved fx omstruktureringer ol.

Der må naturligvis ikke indgå beskyttede kriterier i opsigelsesgrundlaget, men arbejdsgiver har alt andet lige et videre skøn over hvem, der bedst kan undværes ved opsigelser begrundet i virksomhedens forhold. Det er dog ligeså klart, at det også her indgår som en del af den almindelige ansættelsesretlige proportionalitetsvurdering, hvorvidt arbejdsgiver har undersøgt, om der er en ledig stilling, medarbejderen kan bestride evt. efter en rimelig oplæring, inden der skrives til opsigelse.²³⁸ Heri indlægges altså ikke et krav om, at det nødvendigvis skal være samme stilling, men noget klart billede tegner sig ikke, da afgørelserne er konkret begrundede. Herudover er det, i hvert fald på det offentlige område, uklart om der i dette tilfælde gælder en omplaceringspligt i hele ansættelsesområdet, dvs. kommune, region, styrelse mv. i tilfælde af nedskæringer, eller det er begrænset af fx ledelsesområder etc.²³⁹

Der skal dog ikke her foretages en nærmere analyse af arbejdsgivers ”normale” omplaceringsforpligtelse i forhold til nedskæringer/omstruktureringer, men i stedet fokuseres på betydningen af EU-Domstolens afgørelse fra marts 2018.²⁴⁰ Her fastslog Domstolen nemlig, at der i forbindelse med kollektive opsigelser ikke gælder en særlig omplaceringspligt for gravide ud over, hvad der gælder for andre.²⁴¹ Det vil sige, at der

²³⁷ VLD af 14.9.2015 i sag B-1333-14.

²³⁸ Fx Jens Rønnow Bruun: *Usaglig afskedigelse-en håndbog*, s. 52 ff. og 126 ff.

²³⁹ Oluf Emborg og Peer Scharmburg-Müller; *Offentlig arbejdsret*, s. 475 ff. ctr. Jens Rønnow Bruun; *Usaglig afskedigelse- en håndbog*, s. 129 ff.

²⁴⁰ Sag C-103/16, Guisado.

²⁴¹ Præmis 72.

efter EU-retten ikke er en pligt til positiv særbehandling, og arbejdsgiver kan dermed formelt set opsig den gravide medarbejder uden anden begrundelse end den, der berettiger den kollektive afskedigelse.²⁴² Uanset opsigelsen sker i forbindelse med kollektive opsigelser er bevisbyrden dog fortsat omvendt, hvilket betyder, at arbejdsgiver også i dette tilfælde skal bevise, at graviditeten ikke helt eller delvist indgik i beslutningen. Det kan være en vanskelig bevisbyrde at løfte, selv i kollektive afskedigelser, men her kan omplaceringsforsøg efter Højesterets opfattelse indgå som led i arbejdsgivers bevis for, at der ikke er sket forskelsbehandling.²⁴³

Der ses ikke at være lignende domme om handicappede medarbejdere, men som det fremgår af afsnit 9.7. indeholder heller ikke forskelsbehandlingsloven en pligt til positiv særbehandling. Positiv særbehandling er i det hele taget en snæver undtagelse til ligebehandlingsprincippet, og på denne baggrund kan der argumenteres for, at heller ikke en handicappet medarbejder vil have ret til omplacering i højere grad end enhver anden ansat i forbindelse med en omstrukturering. Men også her må arbejdsgivers omplaceringsforsøg i givet fald indgå som led i arbejdsgivers bevis for, at der ikke er sket forskelsbehandling. Som det vil fremgå af afsnit 9.7. er der dog en snæver mulighed for at arbejdsgiver i en konkret ansættelsessituation kan vælge at lægge vægt på en ansøgers handicap, hvis valget står mellem to lige kvalificerede ansøgere. Hermed kan den handicappede reelt opnå en positiv særbehandling. Men det er ikke en pligt, der følger af lovgivningen.

Arbejdsgiver skal dog også i forbindelse med omplaceringer begrundet i omstruktureringer tage hensyn til den handicappedes behov for hensigtsmæssige tilpasninger. Et behov, der omvendt kan vanskeliggøre en omplacering i forhold til andre ansatte, der ikke har samme behov for tilpasninger. Men omplaceres andre medarbejdere end den handicappede og er arbejdsgivers afvisning af omplacering begrundet i ”manglende fleksibilitet” eller lignende, der han henføres til handicappet, kan dette som tidligere nævnt medvirke til, at arbejdstageren påviser faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling i forbindelse med opsigelsen. Er arbejdsgiver bevidst om denne risiko, kan der argumenteres for, at det i

²⁴² Præmis 55.

²⁴³ HRD af 26.10.2015 i sag 259/2014.

praksis kan medvirke til, at der udfoldes større bestræbelser på at omplacere en beskyttet medarbejder end andre. Om det konkret er tilfældet, er dog vanskeligt at be- eller afkræfte gennem den foreliggende retspraksis.

9.6. Kompetent, egnet og disponibel

Som det fremgår af de forrige afsnit, begrundes afgørelserne med, at medarbejderen ikke er ”kompetent, egnet og disponibel”. Kravet fremgår ikke af forskelsbehandlingsloven, men følger af direktivets betragtning 17 og er blevet konfirmeret af EU-domstolen i Chacón Navas-sagen²⁴⁴ og senere i blandt andet Ring/Werge-sagerne.²⁴⁵

At medarbejderen skal være kompetent, egnet og disponibel betyder, at arbejdsgiver hverken har pligt til at ansætte, forfremme, beholde eller uddanne en person, der ikke kan udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med den pågældende stilling, når de relevante tilpasninger er foretaget.

Det er dermed helt ubestridt, at arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse ophører, når medarbejderen trods hensigtsmæssige tilpasninger ikke længere opfylder et eller flere af disse kriterier. Det fremgår dog ikke af hverken direktivet eller af loven, hvad det konkrete indhold i begreberne er, hvorfor det er op til de nationale domstole at vurdere ud fra den konkrete situation. I størstedelen af de gennemgåede sager henviser domstolene imidlertid blot generelt til, at medarbejderen ikke er ”kompetent, egnet og disponibel”, uden at tage nærmere stilling til, hvilke af kravene, der ikke opfyldes. Det er derfor vanskeligt at udlede, hvad der konkret ligger i de enkelte begreber og i hvert fald ”kompetent og egnet” synes vanskelige at adskille i praksis, men må knytte sig til om den handicappede reelt har de fornødne kompetencer og færdigheder, der er nødvendige for at bestride jobbet.²⁴⁶

De sager, der alene henviser til om medarbejderen er disponibel, ser derimod primært på om medarbejderen reelt er til stede til at udføre de påkrævede arbejdsopgaver. Som fx i Ligebehandlingsnævnets kendelse i ”Socialrådgiveren”,²⁴⁷ hvor medarbejderen af

²⁴⁴ Sag C-13/05.

²⁴⁵ De forenede sager C-335/11 og C-337/11.

²⁴⁶ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 17.

²⁴⁷ KEN nr. 9739 af 30.8.2018.

økonomiske årsager ønskede at opretholde en ansættelse på 30 timer, uanset om den reelle arbejdsevne var 20 timer. Her udtaler nævnet klart, at medarbejderen ikke længere var disponibel i forhold til de 30 timer, og ligeledes i Landsrettens afgørelse i ”Chefsekretæren”, hvor medarbejderen alene kunne arbejde i 18 timer, men opgaverne krævede 25 timer/uge.²⁴⁸

Det der herudover volder de største vanskeligheder i forhold til at vurdere, om en medarbejder er ”kompetent, egnet og disponibel” er formentligt, at vurderingen skal foretages efter de relevante tilpasninger er iagttaget, hvilket let kan føre til en opfattelse af, at man med tilpasningerne laver en ny stilling og dermed ikke er ”kompetent, egnet og disponibel” i den oprindelige stilling.

9.7. Positiv særbehandling ctr. materiel ligebehandling

En anden selvstændig problemstilling er hvor langt arbejdsgiver må gå, når arbejdet tilpasses til en handicappet medarbejder, dvs. må der fx også ydes positiv særbehandling og er tilpasningsforpligtelsen reelt udtryk for en sådan positiv særbehandling?

Der er ikke i dansk ret en almindelig lighedsgrundsætning eller noget generelt forbud imod diskrimination på grundlovsniveau, men det er anerkendt, at der i hvert fald i dansk forvaltningsret er en almindelig lighedsgrundsætning, der i sin enkelthed betyder, at det lige skal behandles lige, med mindre det er begrundet i objektive hensyn.²⁴⁹ Herudover indeholder dansk ret flere specielle lighedsgrundsætninger, der bestemmer, at konkrete forhold ikke må tillægges betydning i en given situation. Enkelte af disse kommer direkte fra grundloven,²⁵⁰ mens en del stammer fra implementering af EU-retlige regler, hvilket fx er tilfældet med forskelsbehandlingsloven.²⁵¹ Reglerne i forskelsbehandlingsloven bygger således helt grundlæggende på at gennemføre det EU-retlige princip om

²⁴⁸ VLD af 14.9.2015 i sag B-1333-14.

²⁴⁹ Steen Rønsholdt og Azad Taheri Abkenar; ”Om den almindelige lighedsgrundsætning i dansk ret og EU-ret”, s. 12.

²⁵⁰ Grundlovens §§70-71 om forbud mod forskelsbehandling pga. tro, afstamning og politisk og religiøs overbevisning, jf. Steen Rønsholdt og Azad Taheri Abkenar; ”Om den almindelige lighedsgrundsætning i dansk ret og EU-ret”, s. 12.

²⁵¹ Ibid s. 15 og s. 17.

ligebehandling,²⁵² og det giver af denne grund heller ikke mening at diskutere forståelsen af en dansk lighedsgrundsætning i denne afhandling.

Det EU-retlige lighedsprincip kan siges at indeholde såvel et formelt som et materielt lighedsprincip. Men hvor det formelle lighedsprincip medfører, at det lige skal behandles lige og det ulige ulige, samt at et givet kriterie aldrig må indgå i begrundelsen for en disposition, lægger det materielle lighedsprincip sig ”oven på” og medfører, at der også skal være materiel lighed. Det vil sige, at faktiske uligheder skal fjernes eller udlignes. Såvel loven, som direktivet og FN’s handicapkonvention tager udgangspunkt i det materielle lighedsprincip.²⁵³

Det kan anføres, at arbejdsgiver, når han tilpasser arbejdet, giver den handicappede en gunstigere behandling end en person, der ikke er handicappet, hvorfor der derfor isoleret set vil være tale om positiv særbehandling med en deraf følgende negativ forskelsbehandling af den modsatte gruppe, og der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, om det i sig selv er i strid med ligebehandlingsprincippet.

Ser man på formålet med tilpasningsforpligtelsen er denne imidlertid at sikre, at princippet om ligebehandling overholdes, ligesom tilpasningsforpligtelsen qua formuleringen af forbuddet mod forskelsbehandling i § 1, stk. 3, indgår som en del af diskriminationsforbuddet og en tilsidesættelse heraf kan i sig selv udgøre en selvstændig krænkelse.²⁵⁴ Tilpasningsforpligtelsen udgør dermed ikke positiv særbehandling, da formålet alene er at udligne forskellen og skabe fuldkommen lighed,²⁵⁵ hvilket understreges af det i afsnit 9.6. anførte om, at tilpasningsforpligtelsen ophører, hvis ikke de hensigtsmæssige tilpasninger kan gøre medarbejderen kompetent, egnede og disponibel.

Når det således kan konstateres, at tilpasningsforpligtelsen ikke udgør en positiv forskelsbehandling, bliver spørgsmålet herefter, hvad der udgør positiv forskelsbehandling og om der er tilfælde, hvor dette kan legitimeres. I den forbindelse er det relevant at se på direktivets art. 7, der åbner mulighed for, at medlemsstaterne kan indføre regler om positiv særbehandling af handicappede, hvis det enten skal forebygge

²⁵² Direktiv 2000/78/EF art. 1.

²⁵³ Christian Højer Schjøler; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*. s. 57 ff.

²⁵⁴ Se afsnit 9.8.

²⁵⁵ Ruth Nielsen; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, s. 119

eller opveje ulemper, der er knyttet til handicap, eller hvis det har til formål at beskytte eller fremme beskæftigelsesmulighederne for denne gruppe.

I forskelsbehandlingsloven er hjemlen i art 7 til at vedtage regler om positiv særbehandling udnyttet i § 9, stk. 2 og 3. Det er dog ikke et krav, at medlemsstaterne skal opretholde eller vedtage ordninger med positiv særbehandling,²⁵⁶ men er de vedtaget må de dog indgå i vurderingen af om arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, da det er et krav, at arbejdsgiver har undersøgt alle hensigtsmæssige foranstaltninger.

Forskelsbehandlingslovens § 9, stk. 2 indeholder hjemmel til at iværksætte foranstaltninger ved lov, bekendtgørelse mv., hvis det sker for at forbedre beskæftigelsesmulighederne. Forarbejderne til loven understreger, at muligheden alene tilkommer det offentlige og hverken private eller offentlige arbejdsgivere kan dermed etablere særforanstaltninger på egen hånd.²⁵⁷ Hverken direktivet eller loven indeholder en opstilling af, hvad der kan udgøre legal positiv særbehandling. Men i direktivets betragtning 27 henvises til den referenceramme, som Rådet, i sin henstilling 86/379/EØF af 24. juli 1986 om beskæftigelsen af handicappede i Fællesskabet, har fastlagt. Heri er opregnet eksempler på positive særforanstaltninger til fremme af handicappedes beskæftigelse og uddannelse, der spænder over social sikring, beskyttet beskæftigelse, til vejledning, rådgivning og økonomisk bistand. Af sådanne positive særforanstaltninger i dansk ret, kan fx nævnes løntilskud og fortrinsretten til samtale til ledige stillinger i lov om kompensation til handicappede i erhverv.²⁵⁸

Fortrinsretten indebærer dog ikke en ret til at få stillingen, men alene en ret til at komme til samtale, hvis den handicappede i øvrigt er lige så kvalificeret som de øvrige ansøgere. Herudover gælder fortrinsretten kun hos offentlige arbejdsgivere. Hvis ikke arbejdsgiver efter samtalen ønsker at ansætte den handicappede, skal arbejdsgiver forhandle afslaget med jobcentret forinden afslag gives. Vurderingen af om den handicappede er ligeså kvalificeret som de øvrige skal ske, *efter* arbejdsgiver har iagttaget sin tilpasningsforpligtelse. De tilpasninger arbejdsgiver skal foretage efter forskelsbehandlingslovens § 2a, skal dermed søge at gøre den handicappede ”kompetent,

²⁵⁶ Sag C-406/15 Milkova, præmis 52.

²⁵⁷ Bem. til § 1, nr. 16 til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, § 1, nr. 16.

²⁵⁸ Ibid.

egnet og disponibel” og på ”niveau” med de øvrige kandidater, men hverken den eller retten til fortrin til samtale indeholder en pligt for arbejdsgiver til at give den handicappede en gunstigere stilling end andre ansøgere i forhold til konkret at blive ansat.

Lovens § 9, stk. 3 indeholder modsat § 9, stk. 2 en mulighed for, at den enkelte arbejdsgiver, uden anden lovhjemmel end § 9, stk. 3, kan yde positiv særbehandling. Det kan fx ske ved, at arbejdsgiver i en konkret ansættelsessituation kan vælge at lægge vægt på en ansøgers handicap, hvis valget står mellem to lige kvalificerede ansøgere.²⁵⁹

Selve bestemmelsen opstiller alene det krav, at den positive særbehandling skal ske for at fremme beskæftigelsesmulighederne, men forarbejderne til forskelsbehandlingsloven lægger herudover til grund, at EU-Domstolens praksis på området for kønsligestilling også må gælde foranstaltninger i forhold til handicappede. Af denne følger, at den positive særbehandling skal have til formål at fjerne eksisterende uligheder i samfundet, ligesom det er en betingelse, at der ikke må være automatik i valget, så handicappede ansøgere med lige kvalifikationer fx altid foretrækkes. Fortrinsrettens berettigelse skal dermed retfærdiggøres konkret,²⁶⁰ men også her må de lige kvalifikationer skulle ses efter, at arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

Bestemmelserne om positiv særbehandling er dermed snævre undtagelser fra princippet om ligebehandling²⁶¹ og kan ikke sidestilles med tilpasningsforpligtelsen.

9.8. Konsekvens af manglende tilpasning

Det afsluttende aspekt af tilpasningsforpligtelsen er, hvilken betydning det har, at arbejdsgiver undlader at iagttage sin forpligtelse, uanset det sker i forbindelse med ansættelsen, under ansættelsen eller ved ophøret af ansættelsen.

Der kan naturligvis tænkes forskellige begrundelser for, at arbejdsgiver ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Den oplagte grund er, hvis arbejdsgiver ikke vidste eller burde vide, at den ansatte havde et handicap, hvorfor arbejdsgiver ikke har en tilpasningsforpligtelse at iagttage.²⁶²

²⁵⁹ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004 § 1, nr. 17.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Ibid § 1, nr. 16 og 17.

²⁶² Jf. afsnit 8 om bevisbyrde.

Men kan medarbejderen føre sin del af beviset, må arbejdsgiver godtgøre, at tilpasningsforpligtelsen er iagttaget og ser man på retspraksis, kan arbejdsgiver let træde forkert. Dette skyldes naturligvis, at det for det første fremgår af såvel loven som direktivet, at tilpasningsforpligtelsen indgår i vurderingen af om arbejdsgiver har udøvet indirekte forskelsbehandling. Men herudover bestemmer FN's handicapkonventionen art. 2, som direktivet hhv. loven skal fortolkes ud fra, mere direkte, at diskrimination omfatter alle former for diskrimination, herunder nægtelse af rimelig tilpasning. En konklusion, der ligeså klart følger af Højesterets præmisser i Werge-sagen,²⁶³ hvor det fastslås at tilsidesætter arbejdsgiver sin pligt til at træffe relevante og hensigtsmæssige foranstaltninger, så indebærer det en krænkelse af den handicappede medarbejders rettigheder, der i sig selv kan medføre krav på tilkendelse af godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7.

Ser man på retspraksis fra såvel Ligebehandlingsnævnet som de ordinære domstole, er konsekvensen af arbejdsgivers manglende iagttagelse af tilpasningsforpligtelsen i forbindelse med opsigelse da også, at opsigelsen alene på den baggrund er usaglig og den ansatte tilkendes en godtgørelse med mindre arbejdsgiver kan bevise, at afskedigelsen, på trods af dette, ikke var begrundet i arbejdstagerens handicap. En godtgørelse, der i en opsigelsessituation, alt efter anciennitet udgør mellem 6 og 12 måneders løn.²⁶⁴

Der er dermed ingen tvivl om, at arbejdsgiver kan blive gjort ansvarlig ud fra en ”allerede fordi” betragtning. Det vil sige, at arbejdsgiver kan komme til at betale godtgørelse, ”allerede fordi” det ikke er undersøgt, om der var hensigtsmæssige tilpasninger, der kunne iværksættes.

Som det ses af de refererede afgørelser, omhandler de alle tilpasningsforpligtelsen i forbindelse med opsigelser. Det er dog klart, at forpligtelsen også finder anvendelse i forbindelse med ansættelsen såvel som under ansættelsen.²⁶⁵ Men på trods af dette ses det tydeligt af retspraksis, at det er normalen, at en manglende overholdelse af tilpasningsforpligtelsen bliver gjort gældende enten i forbindelse med afslag på en

²⁶³ HRD af 23.6.2015 i sag 25/2014.

²⁶⁴ <https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/alder-handicap-kon-etnisk-oprindelse-seksuel-orientering-ovrigt-grunde/forskelsbehandling-pa-grund-af-handicap-inden-for-arbejdsmarkedet>.

²⁶⁵ Bem. til lovforslag nr. 92 af 11.11.2004, pkt. 11, samt lovens § 2a.

stilling, eller i forbindelse med opsigelse.²⁶⁶ Denne tilbageholdenhed kan formentligt skyldes, at parterne i et løbende ansættelsesforhold alt andet lige er mere tilbageholdende med at bringe en uenighed til domfældelse, så længe ansættelsesforholdet ikke er opsagt, da denne uenighed kan medføre, at samarbejdet lider uoprettelig skade.

Der ses dog at være en enkelt sag, hvor en medarbejder klagede over arbejdsgivers meget klare afslag på at tilpasse arbejdet, mens vedkommende fortsat var ansat. Et afslag ligebehandlingsnævnet takserede til en godtgørelse på 75.000 kr.²⁶⁷

Ser man på Ligebehandlingsnævnets praksis om godtgørelsesniveauet, hvis et afslag på en ansøgning er begrundet i en ansøgers handicap, fastsættes denne som udgangspunkt til 25.000 kr.²⁶⁸

I relation til allerede etablerede ansættelsesforhold, er der dermed ingen tvivl om, at den økonomiske risiko arbejdsgiver løber ved at tilsidesætte forpligtelsen er af en sådan karakter, at den i høj grad virker præventivt, og at arbejdsgiver derfor har et vist økonomisk incitament til at undersøge og dokumentere, hvad der er muligt og ikke muligt.

At der dog ikke skal meget til for, at arbejdsgiver i en ansættelsessituation kommer op i den markant højere godtgørelsesramme, viser Ligebehandlingsnævnets kendelse i ”Specialskolepædagogen”. Her blev en kvinde tilbudt en stilling som pædagog på en specialskole. Hun havde ikke oplyst om sin kroniske lidelse under samtalen, men gjorde det straks hun fik stillingen tilbudt. Lidelsen ville medføre et fast tilbagevendende sygefravær på 1-3 dage om måneden pga. smerter ved sin menstruation. Hun oplyste samtidig, at hun var godkendt til en § 56 aftale, men ledelsen foreslog ulønnet tjenestefri i forbindelse med lidelsen. Nævnet fandt, at den tilbudte tilpasning ikke var lovlig, og at arbejdsgiveren heller ikke herudover havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Kvinden fik derfor medhold og en godtgørelse på 150.000 kr.²⁶⁹

²⁶⁶ Jf. Ligebehandlingsnævnets årsberetning 2015 og 2016, var der i 2015 47 sager ved Nævnet om forskelsbehandling pga. handicap, af disse var 36 i forbindelse med afskedigelse, 1 ved ansættelse og 10 ved ”andet”. I 2016 var tallene hhv. 44, 38, 4 og 2.

²⁶⁷ KEN nr. 9638 af 26.4.2017.

²⁶⁸ <https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/alder-handicap-kon-etnisk-oprindelse-seksuel-orientering-ovrigt-grunde/forskelsbehandling-pa-grund-af-handicap-inden-for-arbejdsmarkedet>.

²⁶⁹ KEN nr. 9491 af 08.03.2017.

9.8.1. "120-dages reglen"

En særlig problemstilling omkring manglende iagttagelse af tilpasningsforpligtelsen er anvendelsen af funktionærlovens § 5, stk. 2, der bestemmer, at en funktionær kan opsiges med et forkortet varsel, hvis en funktionær har oppebåret løn under sygdom i 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder. Den såkaldte 120-dages regel.

I Ring/Werge-sagerne fastslog EU-Domstolen, at opsigelse med forkortet varsel i medfør af 120-dages reglen udgør indirekte forskelsbehandling, hvis det sker pga. sygdom, der er relateret til medarbejderens handicap, men at de mål, der ligger til grund for reglen principielt kan anses for objektivt at begrunde en forskellig behandling pga. handicap.²⁷⁰ Medlemsstaterne har en vid skønsmargin i forhold til valget af foranstaltning, og det er op til de danske domstole at vurdere, om anvendelsen af 120-dages reglen opfylder de nødvendige betingelser for at kunne retfærdiggøre den indirekte forskelsbehandling. Dog er en opsigelse med forkortet varsel pga. sygefravær, der er en følge af at arbejdsgiver har tilsidesat sin tilpasningsforpligtelse uberettiget forskelsbehandling pga. handicap.²⁷¹

På baggrund heraf fastslog Højesteret, at bestemmelsen i funktionærlovens § 5, stk. 2, bl.a. har til formål:

"...at undgå, at en arbejdsgiver i tilfælde af en medarbejders sygdom skal føle sig tilskyndet til straks at opsiges denne, og det er en refleksvirkning af bestemmelsen, at det er lettere for en person med risiko for sygefravær at opnå ansættelse. Som fastslået af EU-Domstolen i præmis 77-88 er 120-dages-reglen objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det pågældende mål er hensigtsmæssige.

Højesteret finder, at bestemmelsen set i lyset af ordningen i Danmark af arbejdsmarkedet og det sociale sikringssystem ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet, heller ikke i forhold til handicappede. Beskæftigelsesdirektivets forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap er således ikke til hinder for anvendelse af 120-dages-reglen.²⁷²

²⁷⁰ De forende sager C-335/11 og C-337/11 Præmis 83.

²⁷¹ Ibid præmis 68.

²⁷² HRD af 23.6.2015 i sag 25/2014.

Men i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse fandt Højesteret herefter, at bestemmelsen alene kan anvendes, hvis arbejdsgiveren forinden har forsøgt at tilpasse arbejdspladsen og arbejdsopgaverne til at imødekomme den handicappede medarbejders behov som følge af handicappet.

I den konkrete sag hverken vidste eller burde arbejdsgiver vide, at medarbejderen var handicappet, hvorfor arbejdsgiver ikke havde tilsidesat sin tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingsloven, og medarbejderen kunne derfor opsiges efter 120-dages reglen. Omvendt i ”Skibby Supermarked”, hvor arbejdsgiver ikke havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, og derfor ikke kunne anvende 120-dages reglen. I ”Skibby Supermarked” blev konsekvensen, at arbejdsgiver, foruden en godtgørelse svarende til 9 måneders løn, skulle betale løn i den resterende opsigelsesperiode på 5 måneder.²⁷³ I denne situation er det altså ekstra dyrt for arbejdsgiver at tilsidesætte sin tilpasningsforpligtelse.

Men det er selvfølgelig ikke alene 120-dages reglen, der skal fortolkes EU konformt, men alle gældende regler, jf. diskussionen i afsnit 3.

10. Konklusion

Kerneområdet for afhandlingen er en analyse af, i hvilket omfang arbejdsgiver er forpligtet til at tilpasse arbejdet til en handicappet medarbejder i medfør af forskelsbehandlingslovens § 2a. Analyserne i afhandlingen har foruden dette kerneområde centreret sig om den kontekst loven udspringer af, hvornår der er tale om et handicap, og hvilken personkreds forpligtelsen finder anvendelse for hvornår.

På baggrund af disse analyser kan det konkluderes, at den beskyttelse forskelsbehandlingsloven giver en handicappet medarbejder, herunder tilpasningsforpligtelsen, skal fortolkes i lyset af de EU-retlige regler og folkeretlige konventioner Danmark, såvel som EU, er part i. I kraft heraf og navnlig grundet påvirkningen fra EU-Domstolens afgørelser, er beskyttelsen under stadig udvikling.

²⁷³ Højesteret nedsatte godtgørelsen fra 12 til 9 mdr. med henvisning til, at der havde været usikkerhed om rækkevidden af bestemmelsen.

Indledningsvist er det fastslået, at handicap adskiller sig fra sygdom, men at handicapbegrebet herudover er miljørelateret og omfatter en begrænsning som følge af blandt andet 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, såfremt denne begrænsning er af lang varighed. Hvornår en sådan begrænsning er af lang varighed er op til en konkret vurdering. Dansk retspraksis har på nuværende tidspunkt lagt sig fast på en varighed på ca. 2 år, men det er argumenteret for, at varighedsbegrebet kan være individuelt forstået på den måde, at det skal ses i lyset af, om den konkrete varighed for den enkelte overstiger, hvad der er normalt for den konkrete type skade.

Det er endvidere konkluderet, at tilpasningsforpligtelsen alene finder anvendelse ved indirekte forskelsbehandling og alene hvor det er lønmodtageren selv, der er bærer af et handicap. Der er dog argumenteret for, at det i forbindelse med tilknytningsbaseret indirekte forskelsbehandling, vil indgå i vurderingen af sagligheden af fx en opsigelse om arbejdsgiver trods dette har søgt at tilpasse arbejdet til den medarbejder, der varetager den primære omsorg for en handicappet nærtstående.

Afhandlingen har herefter analyseret den konkrete rækkevidde af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse og på denne baggrund kan det konkluderes, at hverken forskelsbehandlingsloven eller direktivet indeholder en absolut afgrænsning af, hvad der kan udgøre relevante tilpasninger, da det alene bestemmes, at tilpasningerne skal være hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, den handicappede har for at få adgang til beskæftigelse mv. Kun hvis tilpasningen er for byrdefuld for arbejdsgiver, kan arbejdsgiver afvise at imødekomme den. Konkret kan tilpasninger være af såvel organisatorisk karakter, som ændring i arbejdsopgaver, arbejdstider, nedsat tid, fleksjob, hjemmearbejde ol. Men det kan også udgøre mere fysiske tilpasninger som konkrete hjælpemidler, indretning af lokaler mv., ligesom der kan etableres personlige assistanceordninger inden for rammerne af den handicapkompenserende lovgivning. Det betyder samtidig, at der ikke er en legal "overgrænse" for, hvad der er for byrdefuldt for arbejdsgiver, men at det er op til en konkret vurdering.

Det er påvist, at de danske domstole ser nøje på, om arbejdsgiver har foretaget en reel undersøgelse af alle relevante tilpasninger og kan begrunde, hvorfor det efter en saglig

driftsmæssig vurdering ikke er muligt at gennemføre de relevante tilpasninger. I sidste ende udviser domstolene dog en vidtgående respekt for den enkelte arbejdsgivers sagligt begrundede skøn over, hvordan arbejdet skal tilrettelægges.

På nuværende tidspunkt har Højesteret fundet, at overgrænsen for tilpasningsforpligtelse går ved at opnormere med en yderligere medarbejder på fuldtid. Det vil sige reelt at ansætte en ekstra medarbejder til at dække det samme arbejde som den handicappede. Højesteret er meget absolut i sin konklusion, der hermed ikke fremstår som resultat af en egentlig afvejning af, om det er for byrdefuldt for den enkelte arbejdsgiver som de EU-retlige regler tilsiger. Konklusionen er derfor problematiseret. Det er dog konkluderet, at der næppe vil være situationer, hvor det ikke vil være for byrdefuldt for arbejdsgiver, hvis ikke der opnås offentlig støtte hertil enten i form af fx et fleksjob eller en personlig assistent.

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse stopper desuden, hvis ikke medarbejderen, efter at tilpasningen er foretaget, er kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentligste funktioner i den pågældende stilling medarbejderen er ansat i. Også her er det op til en konkret vurdering, der i sidste ende foretages af domstolene, men der er argumenteret mod at anlægge et for snævert syn på forståelsen af den konkrete stilling.

Det kan afslutningsvist konkluderes, at såfremt arbejdsgiver ikke iagttager sin pligt til at foretage hensigtsmæssige tilpasninger, kan medarbejderen tilkendes en godtgørelse, ligesom fx 120-dages reglen ikke kan anvendes, hvis sygefraværet er relateret til medarbejderens handicap. Arbejdsgiver løber derfor en stor økonomisk risiko ved ikke at undersøge og vurdere alle relevante tilpasninger uanset, om det er i forbindelse med ansættelsen af en handicappet, under ansættelsen eller i forbindelse med ansættelsesforholdets ophør.

11. Perspektivering

At udrede om tilpasningsforpligtelsen opfylder formålene bag gældende ret, er et spørgsmål med mange dimensioner, hvorfor blot nogle enkle skal påpeges i det følgende.

Ud fra analyserne i de foregående afsnit, er der næppe tvivl om, at tilpasningsforpligtelsen på papiret favner vidt, ligesom det formelle indhold af tilpasningsforpligtelsen er det

samme i både en ansættelsessituation, under ansættelsen eller i forbindelse med en opsigelse. Men uanset det formelle udgangspunkt kan der imidlertid stilles spørgsmål ved, om det materielle indhold af beskyttelsen reelt er et andet alt efter, hvilket stadie af ansættelsesforholdet, der er tale om.

Der kan fx peges på, at den markante forskel i godtgørelsesniveauerne, alt efter om man er ansøger eller allerede ansat, må påvirke arbejdsgivers motivation til at overholde forpligtelsen, så den alt andet lige må være mindre, når der er tale om en ansættelsessituation.

At der herudover kan stilles spørgsmålstejn ved, om ikke den delte bevisbyrde de facto stiller en ansøger og en allerede ansat markant forskelligt, er kun med til at problematisere det yderligere. Der kan således argumenteres for, at det må være noget vanskeligere for en ansøger end en allerede ansat at påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet forskelsbehandling.

I en opsigelsessituation har arbejdsgiver i medfør af fx funktionærloven²⁷⁴ og de kollektive overenskomster pligt til at begrunde opsigelsen, og allerede her har den ansatte et bedre grundlag at tage afsæt i. Modsat gives der i en ansøgningssituation næppe anden begrundelse end at afslaget beror på en samlet vurdering. Herudover har en allerede ansat en langt større intern viden om forholdene på arbejdspladsen. En viden, der kan bruges aktivt til at påvise faktiske omstændigheder, herunder til at stille aktivt spørgsmålstejn ved om arbejdsgiver har efterlevet sin tilpasningsforpligtelse.

Anskuer man det fra denne vinkel, kan der argumenteres for, at tilpasningsforpligtelsen de facto ikke opfylder formålene bag direktivet. Der er intet, der hindrer, at der indføres omvendt bevisbyrde, eller der gives større godtgørelser også i ansættelsessituationen. Der kan argumenteres med at kränkelsen er mindre alvorlig ved et afslag på en ledig stilling end, hvis der er tale om en opsigelse. Men er man handicappet er det noget, der følger en - måske for livet, og det er formentligt ikke alene ét afslag man får, men flere, hvilket i sig selv kan tale for at hæve godtgørelserne og skærpe beviskravene også i ansættelsessituationen.

²⁷⁴ § 2, stk. 7, 2. pkt.

At der herudover ikke er mærkbare økonomiske sanktioner forbundet med, at en offentlig arbejdsgiver tilsidesætter sin forhandlingspligt, jf. fortrinsretten, understøtter heller ikke, at formålene bag gældende ret opfyldes. En forhandlingspligt, der skal sikre, at arbejdsgiver har været ”hele vejen rundt” om mulige tilpasninger og støttemuligheder inden et evt. afslag gives, bør således imødegås med væsentlige sanktioner, hvis den ikke overholdes.

Der kan slutteligt stilles spørgsmålstejn ved, om de danske domstole er for ”arbejdsgivervenlige”, når de skal vurdere, om arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, så handicappede ikke reelt får adgang til arbejdsmarkedet på samme måde som andre, der ikke er handicappede.

Begrundelsen for dette synspunkt er bl.a., at domstolene i høj grad konkluderer ud fra, om arbejdsgivers forklaringer, om hvordan driften konkret skal tilrettelægges, virker sagligt begrundede. Gør de det, er domstolene meget lidt tilbøjelige til at tilsidesætte arbejdsgivers skøn.

Det er naturligvis en grundlæggende del af arbejdsgivers ledelsesret at tilrettelægge driften ud fra saglige hensyn, men anskuer man det fra medarbejderens vinkel kan det anføres, at der i langt højere grad burde lægges vægt på, hvad der rent objektivt *burde* kunne lade sig gøre for den enkelte arbejdsgiver, end hvad arbejdsgiver ud fra en mere subjektiv vurdering finder, er muligt. Arbejdsgivers sociale indstilling må derfor alt andet lige blive udslagsgivende for, hvad den enkelte arbejdsgiver konkret vurderer kan lade sig gøre ud fra en driftsmæssig betragtning. Det uanset om der er tale om en offentlig eller privat arbejdsgiver.

At der er udfordringer forbundet med at få denne gruppe ind på arbejdsmarkedet er heldigvis erkendt, og lovgiver har løbende iværksat flere tiltag, som fx ”bonusordninger” for private arbejdsgivere, der ansatte fleksjobbere på under 10 timer om ugen,²⁷⁵ og senest med Regeringens forlag om et ”kompetencekort” for handicappede.²⁷⁶ Kompetencekortet beskriver bl.a. relevante skånehensyn, tilpasninger og muligheder for støtte fra det offentlige.

²⁷⁵ BEK nr. 410 af 28.04.2014.

²⁷⁶ Beskæftigelsesministeriet og Børne- og Socialministeriet ”UDSPIL: Flere mennesker med handicap skal i job September 2018”

Men uanset at disse tiltag er bedre end ingenting, vurderes de ikke at være tilstrækkelige. Udover en markant ændring i bevisvurderingen er det dog vanskeligt at anvise en løsning på de anførte problemstillinger andet end fx tvang i form af en kvoteordning med fx fuld offentlig støtte, større godtgørelser og økonomiske konsekvenser, hvis ikke fortrinsretten efterleves, samt en ændring fra delt bevisbyrde til omvendt bevisbyrde.

Samlet set kan der derfor peges på, at tilpasningsforpligtelsen nok på papiret opfylder det skrevne ord og formål. Men den hindrer ikke enhver forskelsbehandling pga. handicap og sikrer ikke fuldt ud, at handicappede får adgang til arbejdsmarkedet på samme vis som kollegaer, der ikke er.

Litteraturliste

Bøger:

- Andersen, Lars Svenning, Mads Krarup, Lise Lauridsen, Lars Lindencrone Pedersen, Morten Ulrich, Bjarke Vejby; *Funktionærret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.
- Christoffersen, Jonas; *EU's charter om grundlæggende rettigheder med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
- Emborg, Oluf og Peer Scharmburg-Müller; *Offentlig arbejdsret*, 2. udgave, Thomson Reuters, 2010
- Greisen, Linda Rudolph; *Forskelsbehandlingsloven*”, DA’s Forlag, 2012.
- Hasselbalch, Ole; *Den Danske Arbejdsret*, bind II, E-bog fra Arbejdsretsportalen, den 8. oktober 2018
- Højer Schjøler, Christian; *Aldersdiskriminationsforbuddets indtog i arbejds- og ansættelsesretten*, Ex Tuto Publishing, 2017.
- Nielsen, Ruth; *Civilretlige diskriminationsforbud*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2010
- Nielsen, Ruth; *Dansk Arbejdsret*, E-bog fra Arbejdsretsportalen d. 25. august 2018.
- Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, Karnov Group Denmark, 2017.
- Nielsen, Ruth; *Vänbok til Ronnie Eklund - Den retlige regulering af handicapdiskrimination* IUSTUS Förlag 2009, download fra <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/klaw46/Nielsen.pdf> den 11. september 2018.
- Rønnow Bruun, Jørgen; *Usaglige afskedigelse- en håndbog*”, 1. udgave/2. oplag, Forlaget Informatics, 2006.
- Schaumburg-Müller, Sten og Jens Ewald.; *Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære*. 1. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Schwarz, Finn og Jens Jakob Hartmann; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – Forskelsbehandlingsloven*, 1. udgave, Thomson Reuters, 2011.
- Sørensen, Karsten Engsig, Poul Runge Nielsen og Jens Hartig Danielsen: *EU-retten*, 6. udgave, Jurist og Økonomiforbundets forlag, 2014.

Tvarnø, Christina D.; Nielsen, Ruth: *Retskilder og retsteorier*. 5. udg. København: Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2017.

Artikler og publikationer

Beskæftigelsesministeriet; *Evaluering af reform af førtidspension og fleksjob: Hovedrapport marts 2018*, s. 77. Findes elektronisk på https://bm.dk/media/6576/hovedrapport_foep_fleks-pdf.pdf.

Beskæftigelsesministeriet; *Vejledning om forskelsbehandlingsloven*, 2006.

Beskæftigelsesministeriet og Børne- og Socialministeriet *Udspil: Flere mennesker med handicap skal i job, september 2018*
<https://socialministeriet.dk/media/19245/handicapudspil.pdf> d. 25.11.2018.

Beskæftigelsesministeriet; *Undersøgelse af forskelsbehandling på arbejdsmarkedet 2014-2016*, findes elektronisk på:
<https://bm.dk/media/5145/beskaeftigelsesministeriets-undersogelse-af-forskelsbehandling-paa-arbejdsmarkedet-2014-2016.pdf>

Europa Parlamentet, *faktablad om Lissabontraktaten, 2018* Findes elektronisk på http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/da/FTU_1.1.5.pdf

Fenger, Niels; *Hvornår gælder EU's Charter om grundlæggende rettigheder i sager for de danske domstole?*, Juristen, nr. 5, 2015, s. 168-175.

Institut for menneskerettigheder: *Juridisk baggrundsnot om ”børn med handicap på frie grundskoler”*, 2018. Findes elektronisk på https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/Juridisk_arbejdsnotat_om_boern_med_handicap_paa_privat_og_friskoler.pdf

Kristiansen, Jens; *Grænser for EU-rettens umiddelbare anvendelighed i dansk ret: Om Højesterets dom i Ajos-sagen*. Ugeskrift for Retsvæsen, Den litterære Afdeling. 2017;75-84. U.2017B.75.

Ligebehandlingsnævnets årsberetning 2015 og 2016. Findes elektronisk på: www.ligebehandlingsnaevnet.dk

Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø ”*Det afviste manuskript i Ajos-debatten*”, 2017, findes elektronisk på <https://openarchive.cbs.dk/handle/10398/9471>

Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø ”*Det afviste manuskript II i Ajos-debatten*”, 2017, findes elektronisk på <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/9611>

Protokollat af 2.10.2004 mellem Dansk Industri og CO-industri om aftaleimplementering af alder og handicapbestemmelserne i direktiv 2000/78/EF.

Rønsholdt, Steen og Azad Taheri Abkenar; ”*Om den almindelige lighedsgrundsætning i dansk ret og EU-ret*”, Juristen nr. 1, 2013.

Sand, Jacob; *Forbud mod diskrimination af direktører*, Advokaten nr. 2. 13.3.2006, findes elektronisk på <http://www.advokatsamfundet.dk/Service/Publikationer/Tidligere%20artikler/2006/Advokaten%202/Forbud%20mod%20diskrimination%20af%20direktoere.aspx?p=1>

Socialministeriets publikation om; *De Forenede Nationer Standardregler om Lige muligheder for handicappede*, december 1994, findes elektronisk på <http://www.dch.dk/fnregl/fnregl.pdf> den 14.9.2018.

Netsteder:

<https://arbejdstilsynet.dk/da/regler/hvad-er-en-at-vejledning> den 1.9.2018.

<https://ast.dk/naevn/ligebehandlingsnaevnet/alder-handicap-kon-etnisk-oprindelse-seksuel-orientering-ovrige-grunde/forskelsbehandling-pa-grund-af-handicap-inden-for-arbejdsmarkedet> den 7.11.2018.

<https://www.cabiweb.dk/temaer/nedsat-arbejdsevne/fleksjob/om-fleksjob-for-jobcentre/bevilling-af-fleksjob/> den 14.9.2018.

<https://www.cabiweb.dk/lovstof/fleksjob-ansat-foer-2013/> den 14.9.2018.

www.dbio.dk/job-loen/overenskomster-og-aftaler/Sider/Gr%C3%A6nse-og-samarbejdsaftaler.aspx d. 3.10.2018.

<https://www.eu.dk/da/spoergsmaal-og-svar-folder/hvad-er-ratifikation> den 7.9.2018.

<https://menneskeret.dk/om-os/menneskerettigheder/menneskerettigheder-danmark/dansk-lovgivning> d. 25.8.2018.

<https://star.dk/reformer/reformen-af-foertidspension-og-fleksjob/om-reformen/> den 27.10.2018.

<http://um.dk/da/om-os/stillinger/internationale/organisationer/ilo---fns-organisation-for-arbejdsmarkedet> den 16.8.2018.

Retspraksis

EU-domstolen

EU-Domstolens udtalelse 2/13 af 18.12.2014 afgivet i medfør af artikel 218, stk. 11, TEUF

– udkast til international aftale – Den Europæiske Unions tiltrædelse af den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder – nævnte udkasts forenelighed med EU-traktaten og med EUF-traktaten.

Sag C-152/84, *M. H. Marshall mod Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, dom af 26.2.1986 (**Marshall-sagen**)

Sag-158/97, *Georg Badeck m.fl., mod Hessischer Ministerpräsident og Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, (**Badeck-sagen**)

Sag C-144/04, *Werner Mangold, mod Rüdiger Helm*, dom af 22.11.2005 (**Mangold-sagen**)

Sag C-13/05, *Sonia Chacón Navas mod Eurest Colectividades SA*, dom af 11.7.2006 (**Chacón Navas-sagen**)

Sag C-303/06, *S. Coleman mod Attridge Law, Steve Law*, dom af 17.7.2008, (**Coleman-sagen**)

Sag C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mod Firma Feryn NV*, dom af 10.7.2008 (**Feryn-sagen**)

Sag C-555/07, *Seda Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG*, dom af 19.1.2010 (**Küçükdeveci-sagen**)

Sag C-499/08, *Ole Andersen mod Region Syddanmark*, dom af 12.10.2010 (**Ole Andersen-sagen**)

Forenede sager C-335/11 og C-337/11 *Jette Ring mod DAB (sag C-335/11) og Lone Skouboe Werge mod Pro Display A/S (sag C-337/11)*, dom af 11. 4.2013 (**Ring/Werge-sagerne**)

Sag C-81/12, *Asociația Accept mod Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, dom af 25.4.2013 (**Ledelseret**)

Sag C-354/13, *Karsten Kaltoft mod Billund Kommune*, dom af 18.12.2018 (**Kaltoft-sagen**)

Sag C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mod Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, dom af 16.7.2015, (**CHEZ-sagen**)

Sag C-441/14, *Ajos A/S mod boet efter Karsten Eigil Rasmussen*, dom af 19.4.2016. (**Ajos-sagen**)

Sag C-395/15, *Mohamed Daouidi mod Bootes Plus SL m.fl.*, dom af 1.12.2016
(Daouidi-Sagen)

Sag C-406/15, *Petya Milkova mod Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, **(Milkova-sagen)**

Sag C-103/16, *Jessica Porras Guisado mod Bankia SA m.fl.* dom af 22.2.2018
(Guisado-sagen)

Danske domme

Højesteret

Højesterets dom af 8.10.2014 i sag 311/2012 **(Opsigelse pga. behov for pasningsorlov)**

Højesterets dom af hhv. 22.9.2014 og 6.12.2016 i sag 15/2014 **(Ajos)**

Højesterets dom af 23.6.2015 i sag 25/2014 **(Werge/Pro Display)**

Højesterets dom af 11.8.2015 i sag 104/2014 **(Skibby Supermarked)**

Højesterets dom af 14.12.2015 i Sag 28/2015 **(Statistik som bevis)**

Højesterets dom af 13.4.2016 i sag 98/2015 **(Byplanlæggeren)**

Højesterets dom af 25.10.2016 i sag 259/2014 **(Omplacering af gravid i opsigelsesperiode)**

Højesterets dom af 27.4.2016 i sag 151/2015 **(Dagplejer på pasningsorlov)**

Højesterets dom af 22.11.2017 i sag 305/2016 **(Finanssektorens Arbejdsgiverforening mod Finansforbundet)**

Højesterets dom af 22.11.2017 i sag 300/2016 **(HK mod Finanssektorens arbejdsgiverforening)**

Vestre Landsret

Vestre Landsrets dom af 1.10.2007 i sag B-2722-06 **(Nedsat tid – ikke handicap)**

Vestre Landsrets dom af 11.10.2007 i sag B-1735-06 **(Nedsat tid – ikke handicap)**

Vestre Landsrets dom af 17.12.2014 i sag B-2207-13 **(Knæskaden)**

Vestre Landsrets dom af 14.9.2015 i sag B-1333-14 **(Chefsekretærerens)**

Østre Landsret

Østre Landsrets dom af 10.8.2000 i sag B-3096-99 (**Magasindommen**)

Østre Landsrets dom af 5.3.2008 i sag B-0413-07 (**Den synshandicappede arkitekt**)

Østre Landsrets dom af 26.8.2010 i sag B-644-09 (**Sklerosedommen 1 – handicap**)

Østre Landsrets dom af 29.6.2011 i sag B-2814-10 (**Omkostning ikke urimelig byrdefuld**)

Østre Landsrets dom af 11.1.2013 i sag B-58-12 (**Sklerosedommen 2 - ikke handicap**)

Østre Landsrets dom af 14.10.2014 sag B-3774-13 (**Den hjerneskadede konsulent**)

Østre Landsrets dom af 31.5.2016 i sag B-523-15 (**Finanssektorens arbejdsgiverforening mod HK**)

Østre Landsrets dom af 16.11.2016 i sag B-2755-15 (**Skov- og landskabsingeniøren**)

Sø- og Handelsretten

SHD af 2.4.2009 sag F 26/07 (**Vokseneleven**)

SHD af 22.12.2014 i sag F-2-13. (**Den farveblinde skibsassistent**)

Byretsafgørelser

Kolding Byrets dom af 31.3.2016 som gengivet på www.domstol.dk/kolding/nyheder/Pressemeddelelser/Pages/Domafsagden31marts2016.aspx. (**Kaltoft**)

Ligebehandlingsnævnet

Kendelse nr. 9857 af 29.5.2013 (**Tilknytningsbaseret forskelsbehandling**)

Kendelse nr. 10052 af 23.10.2013 (**Arbejdsgivers pligt til at sikre et chikanefrit arbejdsmiljø**)

Kendelse nr. 9149 af 20.1.2016 (**Portøren**)

Kendelse nr. 9531 af 20.4.2016 (**Statistik som bevis for forskelsbehandling**)

Kendelse nr. 10073 af 22.6.2016 (**Sektorformanden**)

Kendelse nr. 9491 af 8.3.2017 (**Specialskolepædagogen**)

Kendelse nr. 9501 af 15.3.2017 (**Socialpædagogen**)

Kendelse nr. 9638 af 26.4.2017 (**Manglende tilpasning under ansættelsen**)

Kendelse nr. 9356 af 25.4.2018 (**Implementering af forbuddet ved overenskomst**)

Kendelse nr. 9399 af 23.5.2018 (**Specialklasselæreren**)

Kendelse nr. 9560 af 21.6.2018 (**Fleksibilitet som kriterie**)

Kendelse nr. 9739 af 30.8.2018. (**Socialrådgiveren**)

Faglig voldgift

Protokollat med tilkendegivelse af 14. august 2017 i faglig voldgiftssag - FV2017-0052.