



Juridisk Institut
10. Semester, Erhvervsjura
3. marts 2015

**Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse efter
forskelsbehandlingslovens § 2a**

Skrevet af
Pernille Larsen

Vejleder
Bjørn Holtze

Matchmaking
Krifa, Aarhus

Titelblad

Engelsk titel: The employer's obligation to make adaptations in accordance with the Danish Discrimination Act § 2a.

Dansk titel: Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2a.

Fagområde: Ansættelsesret

Studie nr.: 20092972

Vejleder: Bjørn Holtze

Afleveringsdato: 3. Marts, 2015

Antal sider: 67

Antal anslag: 131.961

Underskrift:

Studerende – Pernille Larsen

Forord

Specialet her, er det afsluttende projekt af min erhvervsjuridiske kandidatuddannelse ved Aalborg Universitet.

Specialet er skrevet i samarbejde med Krifa og min vejleder Bjørn Holtze, hvilke begge jeg gerne vil takke for et fremragende samarbejde.

Det, at kunne skrive om noget som har så meget personlig interesse, som dette emne har for mig, og på samme tid at kunne bidrage med at skabe et større overblik og besvare nogle meget efterspurgte problemstillinger omkring et retsområde, som lovgivningen ikke har lavet en udtømmende fortolkning af, betyder meget for mig. Det, at denne personlige interesse og faglige passion omkring ansættelsesretten, endnu konkretiseret – forskelsbehandlingsloven vedrørende handicappede - passede sammen med en problemformulering, som både min matchmakingvirksomhed og vejleder fandt meget relevant i nutidens praksis og hermed så muligheder i, er mere end jeg overhovedet havde kunne håbe på, da jeg gav mig i kast med mit specialeafhandlingsforløb. Denne samarbejdsvillighed og imødekommelse af mit ønske omkring emnevalg, vil jeg gerne takke både Krifa, men også min vejleder Bjørn Holtze for.

Det har været en lang, men spændende proces, som har bidraget med meget indsigt i netop dette helt indsnævret område af forskelsbehandlingsloven, for mig både personligt, men hovedsagligt på det faglige plan og det sætter jeg stor pris på.

Afslutningsvis, vil jeg endnu en gang gerne sige tak til Krifa, men også min vejleder Bjørn Holtze, for det fremragende samarbejde og den store behjælpelighed, som jeg har oplevet, gennem forløbet.

Indholdsfortegnelse

TITELBLAD	2
FORORD	3
1. INDLEDNING	6
1.1. INTRODUKTION	6
1.2. PROBLEMFOMULERING	7
2. METODEAFSNIT	9
2.1. METODE.....	9
2.2. AFGRÆNSNING	10
2.3. SPECIALETS OPBYGNING	11
3. HANDICAPBEGREBET	13
3.1. FORSKELSBEHANDLINGSLOVEN	13
3.1.1. <i>Indledning</i>	13
3.1.2. <i>Skellet mellem sygdom og handicap – kriterierne herfor</i>	13
3.1.3. <i>Forskelsbehandling</i>	15
3.1.4. <i>Direkte og indirekte forskelsbehandling</i>	15
3.1.5. <i>Viden kontra ikke-viden</i>	17
3.1.6. <i>Personkredsbegrebets rækkevidde</i>	19
3.1.7. <i>Delkonklusion</i>	21
4. TILPASNINGSFORPLIGTELSEN	24
4.1. INDLEDNING.....	24
4.2. UDVIKLING I PRAKSIS	26
4.2.1. <i>Ligebehandlingsnævnets sag nr. 189/2011 – Døv lærer-sagen</i>	27
4.2.2. <i>Ligebehandlingsnævnets sag nr. 276/2012 – Ryglidelse-sagen</i>	29
4.2.3. <i>Sø-, og Handelsrettens dom SH2014.F-19-06 – DAB-sagen</i>	30
4.2.4. <i>Ligebehandlingsnævnets sag nr. 208/2014 – Kronisk tarmsygdom-sagen</i>	31
4.2.5. <i>Delkonklusion</i>	32
4.3. ARBEJDSGIVERS VINKEL.....	34
4.3.1. <i>Kompetent, egnet og disponibel</i>	35
4.4. LØNMOTAGERS VINKEL	39
4.4.1. <i>Sygedagpengelovens mulighedserklæring</i>	39
5. FUNKTIONÆRLOVENS § 5, STK. 2 – 120-DAGSREGLEREN	42
5.1. INDLEDNING.....	42
5.2. 120-DAGSREGLEREN I HENHOLD TIL HANDICAPPEDE LØNMOTAGERE	42
5.2.1. <i>Delkonklusion</i>	47
5.3. ANALOGISLUTNING TIL LIGEBEHANDLINGSLOVEN	48

6. PERSPEKTIVERING	50
6.1. INDLEDNING	50
6.1.1. <i>Ligebehandlingsnævnets sag nr. 67/2014 – Allergi-sagen</i>	50
6.1.2. <i>C – 354/13 – Fedme-sagen</i>	52
6.1.3. <i>Delkonklusion</i>	55
7. KONKLUSION	57
8. ENGLISH SUMMARY	61
9. LITTERATURLISTE	64
9.1. ARTIKLER	64
9.2. BETÆNKNINGER OG FORARBEJDER	64
9.3. BØGER	65
9.4. DOMSPRAKSIS.....	65
9.4.1. <i>Dansk</i>	65
9.4.2. <i>Europæisk</i>	65
9.4.3. <i>Ligebehandlingsnævnet</i>	66
9.5. WEBSIDER.....	66

1. Indledning

1.1. Introduktion

Lovgivningen omkring forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet og alle de her tilhørende love blev vedtaget i 1996. De første par år herefter var der relativt stille på området, men efter 2004, hvor to EU-direktiver¹ blev implementeret ved ændringer til forskelsbehandlingsloven omkring antidiskrimination i dansk ret, har der været adskillige retssager, der har været med til at definere de mange forskelsbehandlingskriterier, som loven indeholder. Ydermere er loven blevet ændret ved flere lejligheder både for at præcisere den danske retsstilling herom, men også for at udtrykke politisk motiverede ændringer på området.²

Forskelsbehandlingsloven beskytter på arbejdsmarkedet på baggrund af: "*Race, hudfarve, religion og tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, national-, social-, og etnisk oprindelse*, men også, som hovedsaglig behandlet i denne specialeafhandling, *handicap*."

Kriterierne alder og handicap er særlige og har derfor givet anledning til en række problemstillinger i retspraksis ved både den nationale domstol, og EU-domstolen.³ Som ovenfor nævnt, vil der i denne specialeafhandling specifikt være fokus på beskyttelseskriteriet handicap. Forbud mod forskelsbehandling på grund af et handicap, er ikke ensbetydende med, at en arbejdsgiver skal ansætte, eller fortsætte et ansættelsesforhold, hvis den pågældende ansøger eller lønmodtager ikke har de rette forudsætninger for at bestride jobbet. Den pågældende ansøger eller lønmodtager skal være både *egnet, kompetent og disponibel* til at kunne udføre de væsentligste funktioner i den konkrete stilling og dette gælder også selvom ansøgeren eller lønmodtageren har et handicap i lovens forstand.⁴

¹¹ Rådets direktiv 2000/43/EF af d. 29. juni 2000 – om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (direktiv om etnisk ligebehandling) og

² Greisen, Linda Rudolph. "Kort om forskelsbehandling". Side 5.

³ Greisen, Linda Rudolph. "Kort om forskelsbehandling". Side 5.

⁴ Greisen, Linda Rudolph. "Kort om forskelsbehandling". Side 17. Og jf. Præjudiciel afgørelse angående sagerne C-335/11 og C-337/11. Side 2, 6 afsnit.

Som det nok også fremgår af det ovenstående, kan man ikke entydigt beskrive, hvad handicapbegrebet konkret dækker over. En ting er, at handicapbegrebet ikke er udtømmende defineret, men noget andet er, at der i forskelsbehandlingsloven også findes særlige regler for handicappede lønmodtagere på arbejdsmarkedet. Med dette menes der, at arbejdsgiver er forpligtet til at træffe de fornødne foranstaltninger, der kræves for at kunne give en handicappet lønmodtager adgang til beskæftigelse. Disse foranstaltninger skal naturligvis kun foretages, såfremt den handicappet lønmodtager har de rigtige kvalifikationer for at kunne varetage det pågældende job. Det er ikke muligt at opliste alle de tilfælde af tilpasninger, som der kunne være tale om og ikke alle foranstaltninger skal iværksættes. Dette afhænger af, hvor stor en byrde disse tilpasninger vil udgøre for arbejdsgiveren. En del af denne eventuelle byrde vil ofte kunne blive lettet gennem offentlige tilskudsordninger og er dette muligt, kan arbejdsgiver ikke undlade at iværksætte foranstaltningerne.⁵

Handicapkriteriet, dets indhold, begrebsdefinitionerne og særbestemmelserne herom, er meget kort beskrevet i lovteksterne og disses forarbejdere, hvilket ligger op til mange fortolkningsmæssige tvister i praksis både, hvad angår problemstillinger helt fra ansættelsestidspunktet, under ansættelsesforholdet og indtil en eventuel afskedigelse.

Alle disse uklarheder og manglende definitioner både, hvad angår selve handicapbegrebet, men særligt, hvad angår tilpasningsforpligtelsen og det der her tilhører, er yderst interessant og vil danne grundlaget for denne afhandling.

1.2. Problemformulering

Specialeafhandlingen kommer således til at omhandle følgende problemformulering:

Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2a.

⁵ Greisen, Linda Rudolph. "Kort om forskelsbehandling". Side 17.

Den bagvedliggende årsag til emnevalget er, at området ikke er uddybet tilstrækkeligt i dets lovtekst og hermed er der ikke opstillet klare linjer for, hvad der gælder på området og, hvordan det skal fortolkes i praksis. Der er ikke i litteraturen skrevet det store omkring emnet og den smule der er, er dikteret og enslydende fra bestemmelsernes ordlyd, derfor kunne det være interessant at undersøge om retspraksis udviser en vis tendens eller et mønster på området, der tilnærmelsesvist enten kan be-, eller afkræfte de forskellige fortolkningsmuligheder, både hvad angår gældende ret og hvad den rummer, men også §§ 1 og 2a i forskelsbehandlingslovens og funktionærlovens § 5, stk.

2. Metodeafsnit

2.1. Metode

Specialeafhandlingen vil være skrevet ud fra retsdogmatisk metode, også kaldet juridisk metode, hvilket vil sige at der sigtes efter at beskrive gældende ret (*de lege lata*) i forhold til anvendelsesområdet omkring forskelsbehandlingsloven. Mere konkretiseret, hvad angår handicappede i forhold til forskelsbehandling og arbejdsgiveren tilpasningsforpligtelse, i dette tilfælde. Ved brug af den retsdogmatiske fortolkning forstås der anvendelse af de allerede tilstedeværende retskilder, som domstolene og enhver anden måtte følge.⁶ Det teoretiske udgangspunkt tager afsæt i *Alf Ross' Prognose-teori*, hvorved gældende ret angives af udsagn af dogmatisk karakter, som enten be-, eller afkræftes ved en senere retssag. Formålet er herved at forsøge at forudsige, hvordan domstolen, i en lignende sag, vil handle, og hvilke retsregler den vil anvende, i en hypotetisk fremtidig retssag.⁷

Den vigtigste del af afhandlingen er således at foretage en analyse af de relevante bestemmelser i forskelsbehandlingsloven og Rådets Direktiv 2000/78/EF af d. 27. november 2000⁸ med inddragelse af relevant retspraksis. Endvidere vil det blive belyst, hvilke antagelser og fremtidige kriterier denne retspraksis har inspireret til. Dette kan dog ikke anses som værende en direkte retskilde, på lige vilkår med ordlyden af en lovbestemmelse, under forudsætning af, at ordlyden ikke er upræcis eller giver anledning til forskellige fortolkninger, men det kan tjene det formål at hjælpe med retslig argumentation ved fremtidige tilsvarende sager, ved for eksempel at visse domme kan få præjudikatværdi. Udvælgelsen af de afgørelser, som afhandlingen tager afsæt i, er repræsentativ valgt, forstået på den måde, at der kun er søgt at finde afgørelser, som var de første på området, hvad angår tilpasningsforpligtelsen og sætte dem op imod noget af det allernyeste retspraksis, således at man får belyst om en eventuel udvikling har fundet sted fra tilpasningsforpligtelsens begyndelse og til i dag. Et flertal af de

⁶ Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina. "Retkilder & Retsteori". Side 31.

⁷ Evald, Jens. "Retsfilosofi, Retsvidenskab og Retkildelære". Side 65.

⁸ Efterfølgende betegnet – Direktiv 2000/78

domme som er valgt ud, er domme eller afgørelser, som har været med til at beskrive retsområdet som det ser ud i dag og, hvor det er på vej i retning af i fremtiden. Hvorvidt en udvikling har fundet sted eller ej, er ikke kun essensen af, hvorfor der er udvalgt afgørelser fra dets anvendelses start og til i dag. Dette er ligeledes gjort for at kunne påvise, hvordan bestemmelserne på området konkret blev fortolket dengang kontra i dag, eftersom det ikke er et udtømmende retsområdet. Denne påvisning åbner op for udvidelsesmuligheder i bestemmelsernes fortolkning og disse vil formentlig blive prøvet mere og mere af med tiden, i takt med at domstolene og advokater vil føle sig mere trygge ved det allerede eksisterende indenfor området.

Ydermere, i forsøg på at finde ud hvad de enkelte bestemmelser, her menes der konkret funktionærlovens §5, stk. 2 – 120-dagsreglen, kan rumme i dens fortolkningsmuligheder, vil der i afhandlingen blive søgt at foretage analogislutninger til lignende lovgivning. Analogislutninger inden for juridisk teori, vil sige at der forsøges at anvende en retsregel på tilfælde, der ikke umiddelbart, ud fra en naturlig sproglig forståelse, falder inden for den enkelte regels egentlige anvendelsesområde. Analogislutningerne skal hjælpe med lovfortolkning. For at en sådan analogislutning kan finde sted, skal der være afgørende lighedspunkter mellem tilfældet, som reglens ordlyd *de facto* omhandler og det tilfælde, hvortil analogien ønskes sluttet. En sådan, foretages grundet den enkelte bestemmelse ikke selv i dens lovgivning, dækker det pågældende tilfælde. En analogislutning kan tilnærmelsesvist minde om en udvidende fortolkning af en allerede eksisterende retsregel.⁹

2.2. Afgrænsning

Specialeafhandlingen omhandler handicappede lønmodtagere og arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse i henhold til disse på arbejdsmarkedet, ud fra bestemmelser i forskelsbehandlingsloven, funktionærloven og Direktiv 2000/78. I denne forbindelse vil alle de andre beskyttelseskriterier, end handicap, som forskelsbehandlingsloven indeholder, ikke blive gennemgået.

⁹http://www.denstoredanske.dk/Sprog,_religion_og_filosofi/Filosofi/Filosofiske_begreber_og_fagudtryk/analogi

Disse er udelukkende kort skitseret i introduktionen og indledningsvis ved gennemgangen af ordlyd i underafsnittene i afsnit 1. omkring handicapbegrebet og forskelsbehandling og vil ikke blive behandlet yderligere derfra.

Lignende lovgivning, såsom ligebehandlingsloven vil heller ikke blive inddraget i afhandlingen, udover hvor dette findes relevant i forhold til de analogislutninger, som vil blive foretaget i afhandlingen.

Ydermere vil der kun blive anvendt afgørelser fra 2011, primo 2012 og 2014. Grunden til at der ikke fremgår afgørelser fra 2008 – 2011 er, at der ikke kan forefindes afgørelser ved Ligebehandlingsnævnet, hvad angår tilpasningsforpligtelsen i henhold til handicappede, før ultimo 2011, primo 2012. 2013 er undladt, fordi det blot ønskes belyst, hvordan bestemmelsen blev anvendt i praksis, da den første gang blev anvendt og hvordan den så anvendes i dag. Afhandlingen går ikke udelukkende ud på at belyse, hvorvidt der er en udvikling, men også, hvori udviklingen er og hvordan den i praksis bruges i henhold til fortolkningstvister.

2.3. Specialets opbygning

Afhandlingen indeholder flere forskellige afsnit, som behandler forskellige begrebsfortolkninger og problemstillinger.

Først behandles handicapbegrebet jf. forskelsbehandlingslovens § 1, dets ordlyd og hvordan dette begreb defineres ud fra retspraksis. Herved drages der linjer imellem, hvornår der er tale om almen sygdom, og hvornår der er tale om et decideret handicap i lovens forstand. Så beskrives det, hvad der forstås med direkte og indirekte forskelsbehandling, og hvorvidt arbejdsgiveren kendskab til lønmodtagerens handicap overhovedet har nogen betydning for afgørelsen. Yderligere vil det behandles, hvilke personer der er beskyttet og omfattet af alt det ovenstående. Alt dette afrundes med en delkonklusion for at opsummere de forskellige definitioner og fortolkningsmæssige fund fra praksis.

Dernæst vil tilpasningsforpligtelsen jf. forskelsbehandlingslovens § 2a blive gennemgået ud fra dets teoretiske vinkel og bliver efterfulgt af et afsnit omkring udviklingen i praksis, hvad angår denne tilpasningsforpligtelse. Det er hovedsagligt her afgørelserne, som ovenfor nævnt, fra 2011, 2012 og 2014, vil

blive anvendt, til at belyse om domstolene lægger andet i bestemmelsens indhold og fortolkning i dag kontra ved dens første brug. Al denne praksisgennemgang vil blive afrundet af en delkonklusion, og dernæst vil arbejdsgivers-, og lønmodtagers vinkel hver især belyses. Ved arbejdsgiverens vinkel menes der, at der vil blive gennemgået, hvad arbejdsgiveren er beskyttet af, i henhold til kravene til, at lønmodtageren skal være kompetent, egnet og disponibel. Praksis eksempler vil også her blive inddraget. Ved gennemgangen af lønmodtagerens vinkel vil der blive fokuseret på mulighedserklæringer, og disses evne til at holde lønmodtageren i arbejde.

Ydermere vil 120-dagsreglen jf. funktionærlovens § 5, stk. 2 blive behandlet, med henblik på at undersøge hvorvidt denne gør sig gældende overfor handicappede lønmodtagere omfattet af funktionærloven. Loven siger intet omkring dette, så belysningen vil hovedsagligt foretages ud fra problemstillinger fra praksis. Al denne praksisbehandling vil munde ud i endnu en delkonklusion, for at opsummere. Afsnittet omkring 120-dagsreglen vil blive afsluttet ved en antagelse omkring, hvorvidt en analogislutning til ligebehandlingsloven § 9 burde kunne finde sted, hvad angår 120-dagsreglen og handicappede.

Næstsidst vil der komme et perspektiveringsafsnit, som tager afsæt i to helt nye afgørelser, som kan være med til at sætte handicapbegrebet på spidsen, hvad angår dets fortolkningsmuligheder i fremtiden.

Afslutningsvis vil der naturligvis udarbejdes en konklusion for at runde hele afhandlingen af. Al denne analysering af retspraksis kontra lovgivningen vil resultere i et kort svar på, hvad der forstås med de forskellige begreber, hvordan de fortolkes i praksis og hvor anvendelses-, og retsområdet grænse går, hvis en sådan findes.

3. Handicapbegrebet

3.1. Forskelsbehandlingsloven

3.1.1. Indledning

Forskelsbehandlingslovens anvendelsesområde følger af lovens § 1, stk. 1. Ordlyden heraf lyder som følger: *"Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver form for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, sociale eller etnisk oprindelse."*

Heri opremses de kriterier, som jf. forskelsbehandlingsloven defineres som beskyttelsesværdige og som dermed ikke må give anledning til forskelsbehandling. Direkte af lovteksten fremgår enkelte beskyttelseskriterier, men hvor vidt deres omfang og forståelsen rækker, heraf, må udledes af praksis på området og bestemmelsens forarbejder. Visse af disse kriterier som fremgår af forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1. er dog nedfældet i en række særbestemmelser. Et af disse beskyttelseskriterier som i dag er underlagt en særbestemmelse, er kriteriet omkring forskelsbehandling af handicappede, hvilket er det beskyttelseskriterium der i denne afhandling belyses.¹⁰

3.1.2. Skellet mellem sygdom og handicap – kriterierne herfor

Handicapkriteriet er dels et beskyttelseskriterium i § 1, stk. 1, som nævnt ovenfor, men fremgår også som værende en særbestemmelse i forskelsbehandlingslovens § 2a omkring arbejdsgiverens forpligtelser. En af grundene til, at dette kriterium er blevet behandlet yderligere, frem for andre af kriterierne, er grundet handicapbegrebets manglende entydighed rent definatorisk. Derfor har meget praksis bevæget sig omkring spørgsmålet, hvad der kan defineres som et handicap. Hverken lovtekst eller Direktiv 2000/78 har givet et entydigt svar på dette spørgsmål, men Beskæftigelsesministeriet har i bemærkningerne til lovforslaget forsøgt sig ved at definere handicapbegrebet: *en fysisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov*

¹⁰ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 23

for, at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation jf. *Handicap og ligebehandling - et refleksionspapir s. 2.*¹¹ Selve det kompensationsbehov og hvad det indbefatter, som der i bemærkningen er nævnt, er ikke at finde hverken i lovtekst eller af forarbejder.¹² Givet er det dog, at der skal være tale om en tilstand, som ikke blot er forbigående, men modsvarende til det er der ej heller et krav om, at der skal være sikkerhed omkring permanent tilstand. Sondringen, går på hvorvidt der er tale om et egentlig handicap eller blot almen sygdom. Hvornår er der tale om almen sygdom, og hvornår er tilstanden gentagende eller af så lang en varighed, at den kan kategoriseres som værende et decideret handicap, hvorved man kan påberåbe sig beskyttelseskriteriet handicap, i forskelsbehandlingslovens forstand.¹³ Praksis på området synes at have udviklet sig i retningen af, at der ikke længere fokuseres så meget på det definatoriske i selve begreberne sygdom og handicap, men nærmere, at der er blevet opstillet nogle lidt mere konkrete kriterier for, hvornår der er tale om skellet fra sygdom til handicap. Disse kriterier, der henføres til, er kriterierne omkring funktionsnedsættelsens diagnosticering og varighed. Et eksempel fra national praksis, hvorpå man ser, at domstolene foretager afgørelser ud fra disse ovennævnte kriterier, er at se i afgørelsen SH2014.F-19-06 *DAB-sagen*. Heri lægges der vægt på lægernes diagnosticering af lønmodtagerens sygdom eller nærmere handicap og som led i denne diagnosticering fokuseres der på funktionsnedsættelsens varighed. I tidligere praksis var det tilstrækkeligt, at der blot var tale om en funktionsnedsættelse af varig karakter, men ved denne nye 2014 SØ-, og Handelsretsdøm sker der en udvikling i forhold til den tidligere fortolkning af begrebet varighed. Sagen førtes videre under sagsnr. C-337/11 *PRO DISPLAY-sagen* til EU-domstolen sammen med en lignende sag C-335/11 *DAB-sagen* og her fastslog EU-domstolen, at der ikke blot skal være tale om en funktionsnedsættelse af varig karakter, men af *langvarig* karakter. Tidligere har der dog været spekuleret i varighedens længdemæssige rækkevidde, men det egentlige knæk fra varig til langvarig blev først en realitet ved denne sag,

¹¹ "Det Centrale Handicapråd" – FT 2004-05, Tillæg A, Side 2704. (Lovforslag 92). Note 2, 8. pkt.

¹² FT 2004-05 (Lovforslag). Note 2, 10. pkt.

¹³ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 27-29.

eftersom det først er her, at EU-domstolen har taget konkret stilling til varig kontra langvarig. Denne afgørelse får hermed præjudikatværdi i forhold til fortolkningen af dette retsomsråde: hvornår der er tale om et handicap og, hvornår der ikke er tale om et handicap, men blot almen sygdom og, hvilke kriterier afgøres dette ud fra.

3.1.3. Forskelsbehandling

Når det skal vurderes, hvorvidt der foreligger en ulovlig forskelsbehandling begrundet i et handicap, skal det påpeges, som kort skitseret i introduktionen ovenfor i afsnit 1.1., at arbejdsgiver som udgangspunkt ikke er forpligtet til at ansætte, beskæftige eller forfremme en person, som hverken er *kompetent, egnet eller disponibel* til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling. Hvorvidt den enkelte lønmodtager lever op til dette, skal der naturligvis vurderes konkret på, i den enkelte situation og under hensynstagen til arbejdsgivers forpligtelse til at foretage "*rimelige foranstaltninger*", om nødvendigt.¹⁴

Disse "*rimelige foranstaltninger*" og krav om *kompetent-, egnet-, og disponibelhed* vil blive nærmere gennemgået nedenfor i afsnit 4 omkring tilpasningsforpligtelsen.

Som det ovenfor i ordlyden af forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1 fremgår, gælder forbuddet mod forskelsbehandling såvel direkte som indirekte forskelsbehandling, hvilket vil blive behandlet direkte nedenfor.

3.1.4. Direkte og indirekte forskelsbehandling

Hvilke beskyttelseskriterier der er indbefattet af bestemmelsens ordlyd omkring direkte og indirekte forskelsbehandling følger også af forskelsbehandlingslovens § 1, dog blot af henholdsvis stk. 2 og stk. 3.

Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2 lyder som følger: "*Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro,*

¹⁴ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 27-32.

politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation."

Som det fremgår af ordlyden i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2 foreligger der direkte forskelsbehandling i situationer, hvor en person, grundet de oplyste kriterier, behandles ringere end en anden person i tilsvarende situation ville være blevet eller er blevet. Der er dermed jf. lovtæksten ikke et krav om, at der foreligger et konkret sammenligningsgrundlag, men omvendt set og i praksis øjemed, er det også svært at bevise, hvordan en anden person i tilsvarende situation ville være blevet behandlet, hvis ikke der foreligger et konkret sammenligningsgrundlag. Direkte forskelsbehandling vil dog sjældent volde store vanskeligheder at konstatere, idet den oftest forekommer relativt åbenlyst i form af dens direkte karakter. Udgangspunktet er, at al direkte forskelsbehandling er forbudt, men som undtagelse hertil er der på visse områder undtagelsesbestemmelser for, at fravige udgangspunktet. Hvis der ikke foreligger en egentlig lovhjemlet undtagelse, så kan udgangspunktet ej fraviges, uanset begrundelsen herfor.¹⁵

Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3 lyder som følger: *"Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller 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 det er hensigtsmæssige og nødvendige jf. dog stk. 2a."*

Ordlyden i sidste led af § 1, stk. 3, hvori der står *"medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde dette formål er hensigtsmæssige og nødvendige"* har fokus på sagligheds-, og proportionalitetsprincippet som begrundelsesfaktorer for tilladelig indirekte forskelsbehandling. Dermed menes, at indirekte

¹⁵ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 34 og 35

forskelsbehandling i specifikke tilfælde kan være tilladelige, såfremt saglig begrundelse foreligger, og hvis den konkrete indirekte forskelsbehandling ikke er blevet gjort mere indgribende end nødvendig. Saglighed er i sig selv ikke tilstrækkeligt, legalitets-, og proportionalitetsprincippet skal også tilgodeses i forbindelse hermed. Kun disse principper sammensat kan legalisere indirekte forskelsbehandling i et vist omfang.¹⁶

3.1.5. Viden kontra ikke-viden

I forbindelse med hvorvidt der foreligger forskelsbehandling af en handicappet lønmodtager, kan det også diskuteres om der foreligger forskelsbehandling ligegyldigt om arbejdsgiveren kender til handicappet eller ej både, hvad angår forskelsbehandling ved ansættelse, under ansættelsesforhold eller ved en eventuel afskedigelse. Hermed menes, at det kunne være interessant at undersøge, hvorvidt arbejdsgiverens kendskab til handicappet ændrer på, om der foreligger en forskelsbehandling i lovens forstand eller ej jf. forskelsbehandlingslovens § 1. Forstået på den måde at, hvis for eksempel arbejdsgiver afskediger en lønmodtager, som han først efter afskedigelsen, finder ud af, har et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, bør han så godtgøre den handicappede lønmodtager for uberettiget afskedigelse jf. forskelsbehandlingslovens § 1. Relevansen af spørgsmålet herom, skyldes en sag fra praksis, hvor dette forekom, men hvor lønmodtageren blot var gravid og ikke handicappet. Sagen der her er tale om er sag U2012.1782H *Graviditet-sagen*, hvor en gravid kvinde blev afskediget og arbejdsgiveren blev først bekendt med graviditeten efter afskedigelsen, men eftersom hun påberåbte sig sine beskyttelseskriterier angående uberettiget afskedigelse af gravide, og eftersom arbejdsgiver ikke kunne dokumentere, at han ikke var bekendt med lønmodtagerens graviditet før efter afskedigelsen, kom han til at godtgøre for en uberettigede afskedigelse. Dette eksempel skabte underen omkring, hvorvidt en arbejdsgiver også kunne komme til at godtgøre for afskedigelse af en handicappet lønmodtager jf. forskelsbehandlingsloven, selvom han ved afskedigelse ikke var bekendt med handicappet. Hermed overvejes om en

¹⁶ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 35 og 36.

eventuel analogislutning til ligebehandlingsloven § 9 kan finde sted eller ej. Arbejdsgiver vil sjældent kunne bevise, hvorvidt lønmodtager har gjort arbejdsgiveren opmærksom på dette eller ej og tvivlen vil formentlig komme lønmodtageren til gode, hvilket også ses i *Graviditet-sagen*. Omvendt set, ville en arbejdsgiver kunne give svigagtige oplysninger omkring, hvorvidt han kendte til handicappet eller ej, ved afskedigelsen og på den måde ville beskyttelsesreglerne, som er til for at beskytte handicappede lønmodtagere mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, ikke kunne tjene sit formål og omgåelse af beskyttelsesreglerne ville hermed finde sted. Praksis viser i *Graviditets-sagen*, at vægte beskyttelseskriterierne, som er til fordel for lønmodtageren, højest. Ud fra dette praksis eksempel kan man argumentere for, at viden kontra ikke-viden fra arbejdsgiveren side, umiddelbart ikke spiller nogen rolle i forhold til, hvorvidt arbejdsgiveren har handlet fejlagtigt eller ej.

Hvorvidt dette er en problemstilling, som ville forekomme i praksis, vides ikke, men det ville være en interessant betragtning. Gravide og handicappede har mange fælles faktorer, i henhold til forhøjet risiko for fravælgelse ved ansættelse, sygefravær o. lign. og begge tilstande er derfor også ekstra udsatte og hermed omfattet af beskyttelsesregler. Den slående lighed mellem disse to tilstande gør det dermed oplagt at foretage en analogislutning fra gravide til handicappede, ikke blot ved uberettiget afskedigelse i al almindelighed, men for eksempel også i forbindelse med afskedigelse efter funktionærlovens § 5, stk. 2s 120-dagsreglen. Betragtningen omkring analogislutningen til ligebehandlingsloven, hvad angår 120-dagsreglen og handicappede lønmodtagere, vil blive gennemgået under afsnit 5.3.

Generelt set vil der muligvis godt kunne opstå tilsvarende problemstillinger for hver type af lønmodtagerne, her gravide-, og handicappede lønmodtagere, og i den forbindelse kan det diskuteres, hvorvidt disse skal beskyttes ens eller ej.

Omvendt kan det også diskuteres, hvorvidt det overhovedet er muligt at have et tilfælde, hvor arbejdsgiveren ikke har haft eller har kunne anskaffe sig kendskab til en lønmodtagers handicap. Argumentet herfor skulle være, at en arbejdsgiver ikke kan have en undskyldelig ikke-viden, eftersom der kun kan være tale om handicap i lovens forstand, hvis dette er diagnosticeret og er af en langvarig

karakter og, dette vil formentlig forekomme synligt, på enten den ene eller den anden måde for eksempel i form af ændret adfærd, udseende eller mængde af sygefravær. Det synes rimelig usandsynligt, at arbejdspladsen ikke er blevet gjort opmærksom på, at en lønmodtager har et handicap, eftersom det skulle være i den handicappede lønmodtagers personlige interesse, i henhold til for eksempel eventuelle tilpasningsforanstaltninger. Ydermere vil meget fravær formentlig blive spurgt til fra arbejdspladsens side, hvis fraværet lige pludseligt forekommer helt abnormt i forhold til tidligere. Skulle arbejdsgiveren være i tvivl omkring, hvorvidt der faktisk er tale om et decideret handicap, som er omfattet af beskyttelsesreglerne, kan han altid kræve en mulighedserklæring udarbejdet og udleveret fra lønmodtagerens side, hvori en diagnosticering vil forekomme jf. sygedagpengelovens § 36a.

Hermed må det antages at det ikke er muligt, at arbejdsgiveren kan undskylde sig i en eventuel retssag grundet manglende kendskab til et handicap hos en lønmodtager, henholdsvis fordi der i praksis gives udtryk for, at det er ligegyldigt, hvorvidt arbejdsgiveren har kendskab eller ej. Og i et tilfælde, hvor der er tale om et handicap i lovens forstand, bør det være umuligt ikke at se eller bemærke enten ændret udseende, adfærdændringer eller uregelmæssige store stigninger i sygefraværet. Skulle der alligevel forekomme tvivl, foreligger der lægelig dokumentation og, hvis der i yderste tilfælde ikke gør det, kan en sådan indhentes fra lønmodtageren. En arbejdsgiver kan hermed ikke undskylde sig med ikke at have kendskab til handicappet hos lønmodtageren.

3.1.6. Personkredsbebegrets rækkevidde

Som anført i afsnit 3.1.1. forbyder forskelsbehandlingsloven at forskelsbehandle lønmodtagere grundet et handicap. Dette forbud mod direkte forskelsbehandling grundet handicap er jf. praksis fra EU-Domstolen i C-303/06 *Coleman-sagen* udvidet til også at beskytte lønmodtagere, hvis børn har et handicap, når *lønmodtageren yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for*. Men i en nyere sag, ved navn *samlever-sagen* 83/2014, stilles der også spørgsmål omkring, hvorvidt rækkevidden af beskyttelsen også kan udvides til at gælde lønmodtagere, hvis samlever har et handicap.

Den konkrete sag der her refereres til omhandlede en lønmodtager, hvis samlever blev indlagt grundet sygdom, der skyldtes betændelse i rygmarven. Lønmodtageren tog i forbindelse hermed otte sygedage fordelt over flere perioder for, at kunne hjælpe den handicappede samlever. Lige knap en måned efter indlæggelsen af lønmodtagerens samlever, blev lønmodtaget afskediget og fik begrundet dette i omstruktureringer på arbejdspladsen. Lønmodtageren og hans fagforening betvivlede dog dette og var overbevist om, at afskedigelsen skyldtes lønmodtagerens fravær i forbindelse med samleverens indlæggelse. Ydermere var både lønmodtageren og hans fagforening enige om, at samleverens sygdom udgjorde et handicap jf. forskelsbehandlingsloven. De indbragte derfor arbejdsgiveren for Ligebehandlingsnævnet med påstand om betaling af en godtgørelse på seks måneders løn. Dette fik de imidlertid ikke medhold i. Ligebehandlingsnævnet fastslog, at den beskyttede personkreds jf. forskelsbehandlingsloven ikke var afgrænset tilstrækkeligt nok til, at man ikke ville kunne omfatte lønmodtagerens samlever, såfremt samleveren kunne anses for at have sig et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Ydermere fastslog Ligebehandlingsnævnet at samleverens væsentlige funktionsnedsættelse ikke var, hverken midlertidig eller forbigående og således måtte der være tale om en funktionsnedsættelse af en langvarig karakter, og dermed var der tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Dog slog de også fast, at der ikke var påvist faktiske omstændigheder, som skabte en formodning om at afskedigelsen af lønmodtageren havde fundet sted grundet sygefraværet i forbindelse med den handicappede samlever, så arbejdsgiveren blev frifundet. Frifindelsen var hermed begrundet i manglende påvisning fra lønmodtagerens side af, at afskedigelsen var sket grundet fraværet konkret relateret til den handicappede samlevers indlæggelse, men Ligebehandlingsnævnet bestred hermed ikke, at en samlever til en handicapet ikke kunne være beskyttet af særbestemmelsen i forskelsbehandlingslovens § 1.

Denne sag er valgt fremhævet for at belyse, hvor dynamisk handicapbegrebet og dets anvendelsesområde egentlig kan være i praksis, som tidligere nævnt i afsnit 3.1.1. Denne sag er et eksempel på, hvor lidt bestemmelsens område er afgrænset og dermed kontinuerligt udvides i forbindelse med flere og flere sager

på området. Selv efter denne sags afgørelse ved Ligebehandlingsnævnet er der uenighed omkring, hvorvidt denne sags resultat er overensstemmende med tidligere praksis og bestemmelsens ønskede rækkevidde jf. Direktiv 2000/78 og bestemmelsens formål og forarbejder i forskelsbehandlingsloven. To af Danmarks førende advokatvirksomheder har set sig nødsaget til at fremhæve denne sag, for blandt andet at fremvise særbestemmelsens udvidelse i praksis, men også for at så tvivl omkring afgørelsen. Disse to advokatvirksomheder som har været inde og kommentere på denne sag er Norrbom Vinding og Horton, som ikke umiddelbart virker til, at være lige enige omkring, hvorvidt Ligebehandlingsnævnet har truffet den rigtige afgørelse eller ej.

Horton virker til at være rimelig forenet med afgørelsen,¹⁷ hvorimod Norrbom Vinding bemærker følgende: *"At Ligebehandlingsnævnet i sin afgørelse fastslår, at beskyttelsen efter forskelsbehandlingsloven også gælder medarbejdere, der er "knyttet til en person med et handicap" – hvilket imidlertid ikke er i overensstemmelse med EU-Domstolens dom i sagen, der kræver, at medarbejderen yder hovedparten af den pleje, som den handicappede har brug for, for at være beskyttet efter forskelsbehandlingsloven".*¹⁸

Denne uenighed og/eller kritik af Ligebehandlingsnævnets afgørelse er yderligere med til, at belyse eksakt den dynamik og behovet for kontinuerligt at udvide bestemmelsens rækkevidde, som tidligere påpeget i dette afsnit.

3.1.7. Delkonklusion

Ud fra ovenstående i hele afsnit 3. omkring handicapbegrebet kan det konkluderes, at der ikke umiddelbart findes noget udtømmende svar på, hvordan handicapbegrebet bør defineres. Hver enkelt sag beror på en konkret vurdering, grundet begrebets-, og dets anvendelsesområdes manglende entydighed, men også fordi det er et begreb der er i konstant udvikling, grundet nye lidelser og gradbøjninger af disse opstår hver eneste dag.¹⁹ Derfor vil handicapbegrebet formentlig altid være et begreb i udvikling, og dermed bør det

¹⁷ Lage, Marianne. Horton. "Handicappets samlever også beskyttet af forskelsbehandlingsloven."

¹⁸ Frederiksen, Yvonne. Norrbom Vinding. "Medarbejderens samlevers handicap."

¹⁹ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 32.

have en dynamisk definition, for at kunne beskytte de steder, som det var tiltænkt ved lovforslagets vedtagelse. Dog har praksis åbnet op for nogle kriterier, som kan være hjælpeværktøjer til at vurdere, hvor skellet mellem almen sygdom og handicap, trækkes. Hermed har begrebet sygdom og, hvad det indebærer som sådan, formentlig ikke den store betydning i dag kontra tidligere, bare sygdommen lever op til diagnosticering-, og langvarigheds kriterierne.

Jf. forskelsbehandlingsloven findes der to former for, hvordan man kan forskelsbehandle – direkte og indirekte. Direkte forskelsbehandling er som udgangspunkt aldrig tilladeligt, medmindre forskelsbehandlingen munder ud i en af de få undtagelsesbestemmelser, som findes på området. Foreligger der ikke lovhjemmel til en sådan undtagelsesbestemmelse, må direkte forskelsbehandling aldrig finde sted. Indirekte forskelsbehandling er ej heller tilladeligt, medmindre dette begrundes sagligt og i overensstemmelse med legalitets-, og proportionalitetsprincippet.

Hvorvidt det har en betydning, at arbejdsgiver har kendskab til handicappet eller ej ved en eventuel forskelsbehandling, vides ikke konkret. Men ud fra en lignende sag i praksis, blot omkring graviditet og ikke et handicap, synes arbejdsgiverens kendskab til lønmodtagerens tilstand ikke at være af betydning. Og ud fra det faktum, at der kun kan være tale om et handicap i lovens forstand, hvis det er diagnosticeret og er af en langvarig karakter, må det konkluderes at arbejdsgiveren må bemærke handicappet enten i form af fysiske eller psykiske adfærdsændringer fra den handicappede lønmodtagers side. Ydermere foreligger der lægelig dokumentation herfor på arbejdspladsen og, hvis ikke der allerede gør det, kan det kræves erlagt af lønmodtager. Ydermere synes det utænkeligt at en lønmodtager, som er diagnosticeret handicappet i lovens forstand, ikke har gjort sin arbejdsplads opmærksom på dette, eftersom handicappet oftest afføder et tilpasningsbehov hos lønmodtageren, som skal imødekommes og, eftersom "titlen" som handicappet, gør, at lønmodtageren er beskyttet af særbestemmelserne i forskelsbehandlingsloven §§ 1 og 2a. Arbejdsgiveren i ovenfor omtalt sag, blot angående en gravid lønmodtager, synes ikke at kunne undskylde sig med ikke, at have kendskab til lønmodtagerens graviditet og ud fra dette, må man kunne formode, at tilsvarende kunne gøre sig gældende ved en lignende sag, hvor lønmodtageren blot ville være handicappet, i stedet for gravid.

Beskyttelsesreglerne omkring forskelsbehandling af en handicappet lønmodtager og de faktiske omstændigheder ved et handicap i lovens forstand, gør, at en arbejdsgiver ikke synes at skulle kunne omgås disse, ved undskyldeligheder.

Ydermere er det udefinerbart, hvor vid bestemmelsen rækker rent personkredsmæssigt. Bestemmelsens formål og tidligere praksis på området viser blot, at bestemmelsen ikke kun skal beskytte en handicappet lønmodtager, men også lønmodtagere, som er knyttet til en person med handicap i tilfælde, hvor lønmodtageren yder hovedparten af den pleje, som den handicappede har brug for. Tidligere praksis f.eks. ovennævnte *coleman-sag*, viser at domstolen trak grænsen omkring bestemmelsens personkreds fra blot at gælde for forældre til en handicappet og på daværende tidspunkt ikke længere, men da så *samlever-sagen* kom for domstolen, valgte disse at åbne op for muligheden om at udvide fortolkningen, ikke blot at gælde forældre til en handicappet, men også til at gælde en samlever til en handicappet. Hermed kan det konstateres, at hele handicapbegrebet og, hvem der er beskyttet af dets beskyttelsesbestemmelser er i udvikling.

4. Tilpasningsforpligtelsen

4.1. Indledning

Forskelsbehandlingsloven regulerer ikke blot, handicapbegrebet og forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, som er gennemgået ovenfor i afsnit 3. Den regulerer også tilpasningsforpligtelser. Disse reguleringer retter sig hovedsagligt mod arbejdsgiveren og dennes adfærd, men i visse tilfælde kan de dog rette sig mod andre end arbejdsgiveren f.eks. uddannelsesinstitutioner, erhvervsorganisationer, lønmodtager-, og arbejdsgiverorganisationer. Helt overordnet set er hovedbestemmelsen omkring forbud mod arbejdsgiverens forskelsbehandling af lønmodtagere reguleret i forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1 og som grobund for resten af § 2s indhold, og dermed har denne også en generel betydning for § 2a, som omhandler arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, som er det område denne afhandling hovedsagligt omhandler. Forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1. Lyder som følgende: *"En arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn og arbejdsvilkår."*²⁰ Men som nævnt, er denne bestemmelse udelukkende af generel karakter for det emne som i denne afhandling behandles og dermed suppleres § 2, stk. 1 af § 2a, som behandles direkte nedenfor.

I forbindelse med implementeringen af Direktiv 2000/78 blev der tilføjet en ny særskilt bestemmelse omkring handicap på arbejdsmarkedet i forskelsbehandlingslovens § 2a. Ordlyden af denne lyder som følger: *"Arbejdsgiveren skal 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 at give en person med handicap adgang til uddannelse. Dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Lettes denne byrde i tilstrækkelig omfang gennem offentlige foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor."*

²⁰ Schwarz, Finn og Jacob Hartmann, Jens. "Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven". Side 56.

Som det ses af bestemmelsen i § 2a, er arbejdsgiver forpligtet til at *træffe hensigtsmæssige foranstaltninger* på arbejdspladsen, med henblik på at give en person med handicap adgang til beskæftigelse eller blot til dennes fremgang i beskæftigelse. Dog betinges det også, at dette ikke bør gælde for arbejdsgiver, såfremt der herved pålægges ham en uforholdsmæssig byrde. I Direktiv 2000/78 er der givet eksempler på, hvad sådanne hensigtsmæssige foranstaltninger kan være. Af eksemplerne fremgår indretning af lokaler, arbejdsmonstre, tilpasning af udstyr, adgang til uddannelse og instruktion samt opgavefordeling.

Hensigten med implementeringen af denne bestemmelse, jf. dennes forarbejder²¹ er, at handicappede ansøger til en stilling skal betragtes på lige fod med andre eventuelle kandidater til stillingen, i det omfang den handicappedes behov for særindretning eller lignende kan afhjælpes gennem hensigtsmæssige foranstaltninger fra arbejdsgiverens eller det offentliges side jf. forskelsbehandlingslovens § 2a. Det afgørende for vurderingen af, hvorvidt en arbejdsgiver er forpligtet til at foretage disse hensigtsmæssige foranstaltninger, beror på, hvorvidt foranstaltningerne må betragtes som uforholdsmæssig byrdefulde eller ej. Betragtes foranstaltningerne som værende uforholdsmæssig byrdefulde for arbejdsgiver, kan han lovligt nægte at ansætte den handicappede ansøger til stillingen. For at kunne vurdere, hvorvidt disse hensigtsmæssige foranstaltninger, som vil være nødvendigt at iværksætte i forbindelse med ansættelse af den handicappede, pålægger arbejdsgiver en uforholdsmæssig stor byrde, skal der i henhold til det underliggende direkte tages hensyn til *"de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt organisationens eller virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte"*.²² Dog er det givet, at blot det faktum at arbejdsgiver kan påvise at det at ansætte den handicappede har haft en egenbetaling for arbejdsgiver, ikke vil være tilstrækkeligt til, at der er tale om en uforholdsmæssig stor byrde. Det er hermed et ulovligt at nægte en handicappet arbejde blot fordi der finder en egenbetaling, hverken hel eller delvist, sted for arbejdsgiver, ej heller selvom der ikke kan opnås offentlig støtte herfor. For at en sådan egenbetaling skal betragtes som værende en uforholdsmæssig stor

²¹ FT 2004-05. (Lovforslag 92). Note 2, 8. pkt.

²² Forskelsbehandlingslovens § 2a. Note 24. Jf. Direktiv 2000/78 art. 5

byrde for arbejdsgiver, skal der jf. forarbejderne, forventes decideret økonomiske konsekvenser for erhvervslivet, om end meget begrænsede.²³

Alt det som står opremset i afsnit 4.1. om tilpasningsforpligtelsen, er blot den teoretiske del af, hvornår en sådan tilpasningsforpligtelse skal finde sted fra arbejdsgivers side, men hvordan og hvorledes dette område har udartet sig i praksis fra bestemmelsen tilkomst og til i dag, vil blive gennemgået direkte nedenfor i afsnit 4.2.

4.2. Udvikling i praksis

Når en lovbestemmelse som forskelsbehandlingslovens § 2a opstår, er der oftest uvished omkring, hvordan man skal forholde sig til brugen i praksis. Flere led af denne bestemmelses ordlyd lægger op til tvivl omkring, hvordan bestemmelsen skal bruges og hvornår; behovet eller pligten for at tage den i anvendelse, opstår. Direkte nedenfor i henholdsvis afsnit 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3 og 4.2.4. vil der blive gennemgået nogle afgørelser omkring denne tilpasningsforpligtelse og ved denne gennemgang, vil der blive belyst, hvordan denne bestemmelse blev fortolket ved dens opståen, og hvordan den rent faktisk fortolkes den i dag.

Bestemmelsen blev vedtaget i 2008 og til trods for det, gik der ca. 3 år før Ligebehandlingsnævnet blev stillet over for den første reelle problemstilling på området, hvilket bevidner at det ikke er en klassisk og velkendt problemstilling. Ved gennemgangen nedenfor vil der dermed først blive gennemgået to sager fra henholdsvis 2011 og 2012, da det første var der de første problemstillinger kom for Ligebehandlingsnævnet og de to sager der er valgt, er henholdsvis den første og anden sag ved Ligebehandlingsnævnet. Dernæst vil der blive gennemgået to sager fra 2014. Dette valg af afgørelser og domme skyldes ikke, at der ikke er flere sager på området og, at der slet ikke forekommer nogle sager på området i 2013. Valget er faldet på præcis de to første sager Ligebehandlingsnævnet behandlede og de to seneste fra henholdsvis Ligebehandlingsnævnet og Sø-, og Handelsretten. Disse er valgt for at belyse, hvorvidt man brugte bestemmelsen anderledes i praksis, da bestemmelsen første gang blev brugt og så i henhold til,

²³ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 103-105. Og FT 2004-05, Tillæg A, side 2703. (Lovforslag 92). Note 11, 2 afsnit. 5. pkt.

hvordan den bruges i dag, for at se om der er en eventuel udvikling i brugen heraf. Tre af sagerne der nedenfor gennemgås, er sager behandlet af Ligebehandlingsnævnet og det er dog vigtigt i denne forbindelse, at gøre opmærksom på, at disse blot er retvisende afgørelser og, at de hermed ikke har retskraft.

Nogle sager er så omfangsrige, at de er endt ved SØ-, og Handelsretten og har endt ud i præjudicielle afgørelser ved EU-domstolen, og et eksempel på en af disse vil blive gennemgået nedenfor. Denne ene sag nedenfor har dermed retskraft, ikke blot i form af at den har været for SØ-, og Handelsretten, men større endnu, fordi dele af den er afgjort ved EU-domstolen. I denne forbindelse er det vigtigt at påpege, at den nationale domstol er underlagt EU-domstolen. Det vil sige, at de afgørelser eller konklusioner som EU-domstolen vedtog gennem den præjudicielle afgørelse, som de i nedenstående sag blev stillet overfor, skal efterkommes af den nationale domstol, både ved prøvelsen af den konkrete sag, og ligeledes ved kommende sager, med samme problemstilling.

Nedenstående vil hermed indeholde eksempler på, både sager ved Ligebehandlingsnævnet, SØ-, og Handelsretten og hermed også indirekte ved EU-domstolen.

4.2.1. Ligebehandlingsnævnets sag nr. 189/2011 – Døv lærer-sagen

Den første problemstilling som Ligebehandlingsnævnet blev stillet overfor vedrørende arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse var, som nævnt ovenfor, i 2011 under sagsnummer 189/2011, nærmere betegnet *Døv lærer-sagen*. Denne problemstilling inklusiv Ligebehandlingsnævnets afgørelse, vil blive gennemgået direkte nedenfor og bliver efterfulgt af den anden problemstilling som Ligebehandlingsnævnet blev stillet overfor, sagsnummer 276/2012 *Ryglidelse-sagen*. Afslutningsvis under dette afsnit vil jeg fremhæve en sag af nyere dato for at belyse, hvorvidt en udvikling i bestemmelsen brug i praksis, igennem årene, har fundet sted.

Den første sag som Ligebehandlingsnævnets blev stillet overfor, er som nævnt ovenfor *Døv lærer-sagen*. Denne omhandler en lønmodtager som i forskelsbehandlingslovens forstand havde et handicap, eftersom at denne var døv. Lønmodtageren var ansat som lærer på en specielskole, hvor der ved ansættelsen var behov for døve lærer, som kunne lære eleverne tegnesprog. Grundet faldende elevtal, indenfor den gruppe af elever, som havde dette behov, blev lønmodtageren afskediget sammen med to andre lærer, hvoraf den ene var døv og den anden ikke var. Lønmodtageren mener at være uberettiget afskediget jf. forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling grundet sit handicap. Den handicappede lønmodtager foreslog, at der kunne kobles to lærer på hver undervisningstime, så alle behov var dækket ind og lønmodtageren stadig kunne beholde sit job, men dette synes arbejdsgiveren var en uforholdsmæssig stor byrde for dem økonomisk, og mente derfor ikke, at det var et tiltag de burde foretage jf. forskelsbehandlingsloven. Derimod fandt arbejdsgiveren et andet job i regionen, som de tilbød lønmodtageren, men dette blev der takket nej til fra lønmodtagerens side. Ligebehandlingsnævnet giver her ikke den handicappede lønmodtager medhold. Arbejdsgiveren har afskediget både lærere med et handicap, men også en uden, derfor kan der ikke umiddelbart være tale om direkte forskelsbehandling, men eftersom at handicappet var med til at gøre, at lønmodtageren ikke havde de kompetencer, som arbejdsgiver vægtede vigtigt for skolens fremtid gør, at der er tale om indirekte forskelsbehandling. Dette er jf. forskelsbehandlingsloven også legaliseret, såfremt det er sagligt begrundet, forstået på den måde at lønmodtageren godt, grundet sit handicap, kan afskediges, såfremt handicappet gør, at lønmodtageren ikke kan anses som værende *kompetent, egnet eller disponibel* til at bestride den givne stilling, hvilket er tilfældet i denne sag. Arbejdsgiver må hermed gerne afskedige lønmodtageren i denne sag, eftersom lønmodtageren ikke anses for værende *kompetent eller egnet* til det videre forløb, som skolen har i sigte. Skulle arbejdsgiveren i dette tilfælde, tilpasse i forhold til den handicappede lønmodtagers forslag, skulle der ansættes dobbelt så mange lærere til undervisningen, hvilket må anses som værende en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren. Sidst, men ikke mindst, havde arbejdsgiver egentlig også forsøgt sig ved at skaffe lønmodtageren et andet

arbejde i regionen, men dette takkede lønmodtageren selv nej til, så arbejdsgiveren må antages at have gjort, hvad der stod i hans magt, for at tilpasse situationen så vidt muligt, for at kunne beholde lønmodtageren i ansættelsesforholdet.

4.2.2. Ligebehandlingsnævnets sag nr. 276/2012 – Ryglidelse-sagen

Ligebehandlingsnævnets afgørelse *Ryglidelse-sagen* omhandler en lønmodtager, som var ansat i et fleksjob som administrativ ansat i en politikreds. Lønmodtageren har et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven grundet permanente ryglidelser, som er blevet diagnosticeret og nedfældet i papirerne for lønmodtager, hvilket er grunden til, at der er tale om et fleksjob. Lønmodtageren var ansat under skånebehov i form af, at lønmodtager kun arbejder 20 timers ugentligt og havde varierende arbejdsopgaver, så der kunne blive mulighed for både at sidde og stå op igennem en arbejdsdag. Arbejdsgiveren skulle, grundet økonomiske årsager have forflyttet nogle arbejdsstationer til andre politikredse, her iblandt den handicappede lønmodtagers daglige arbejde. Den handicappede lønmodtager gør opmærksom på, at den øgede transport, som dette tiltag udgjorde, ikke var mulig, grundet lønmodtagerens ryglidelse. Lønmodtageren anmoder i denne forbindelse om tilladelse til at blive i den nuværende afdeling, efter at have sandsynliggjort at dette ikke vil koste arbejdsgiveren uforholdsmæssigt meget mere. Dette forslag blev ikke imødekommet og lønmodtageren endte hermed med at sygemelde sig, efter blot én dag på det nye sted, grundet ryglidelser fra transportturen til arbejdet. Ligebehandlingsnævnet afgjorde, at arbejdsgiveren ikke havde sandsynliggjort, at det ikke var muligt at beholde lønmodtageren i jobbet på dets oprindelige sted. Nævnet giver hermed den handicappede lønmodtager medhold i, at arbejdsgiver ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse til fulde, eftersom de bør lade lønmodtager blive på det oprindelige sted, hvis dette ikke forårsager en uforholdsmæssig stor økonomisk byrde for arbejdsgiveren og det vurderes det ikke at gøre i denne sag.²⁴

²⁴<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=893&type=Afgoerelse> - *Ryglidelse-sagen*

4.2.3. Sø-, og Handelsrettens dom SH2014.F-19-06 – DAB-sagen

Sø-, og Handelsrettens afgørelse i *DAB-sagen* blev afsagt d. 31 januar 2014, efter at have rundet EU-domstolen angående nogle spørgsmål, som man ikke kendte svaret på forinden. Sø-, og Handelsretten så sig nødsaget til at anmode om en præjudiciel afgørelse ved EU-domstolen, grundet nogle problemstillinger, som de gentagne gange blev stillet overfor, og hvor de var i tvivl om, hvordan disse burde besvares i henhold til fortolkning på området. Nedenstående sag SH2014.F-19-06 - i EU henseende - C-335/11 – og dens afgørelse tager afsæt i en præjudicielle afgørelse. Sagen omhandlede en lønmodtager, som led af kroniske rygsmærter, grundet en diskosprolaps. Lønmodtageren havde været ansat i mange år, da denne blev afskediget jf. 120-dagsreglen i funktionærlovens § 5, stk. 2s. De kroniske rygsmærter var lægeligt diagnosticeret og en stor del af sygefraværet var begrundet heri. Lægen havde yderligere udtalt, at der ikke var flere behandlingsmuligheder og derfor opfordredes lønmodtageren til at gå ned i arbejdstid. Dette gjorde den handicappede lønmodtager sin arbejdsgiver opmærksom på, og anmodede i denne forbindelse om hæve-sænkebord, samt mulighed for nedsat arbejdstid i form af for eksempel fleksjob. Disse forslag fra lønmodtageren blev ikke imødekommet fra arbejdsgiverens side. EU-domstolen fastslog hermed, at arbejdsgiveren ikke blot bør tilpasse de fysiske forhold i form af, i dette tilfælde hæve-sænkebord, men også ønsket om den nedsatte tid. Man har ikke tidligere fået slået fast, at nedsat tid kan være en tilpassende foranstaltning, som arbejdsgiveren bør foretage, hvis muligt, men EU-domstolen gjorde gældende, at arbejdsgiver er forpligtet til at træffe de nødvendige foranstaltninger, der er hensigtsmæssige for at en handicappet lønmodtager kan opretholde sin beskæftigelse. EU-domstolen fremhæver, at der ikke står direkte anført i Direktiv 2000/78, artikel 5 og dets 20. Betragtning, at nedsættelse af arbejdstid er en mulighed, men at dette måske kan fortolkes som værende indbefattet af begrebet "arbejdsmonstre", som fremgår af ordlyden. Som argumentation for dette, gjorde EU-domstolen opmærksom på, at der modsætningsvis ikke står nedfældet nogle steder, at begrebet "arbejdsmonstre" udelukker nedsat arbejdstid. EU-domstolen påpeger blot, at arbejdsgiver skal foretage rimelige tilpasninger, hvilket indbefatter nødvendige og passende justeringer, som ikke udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren

og disse tilpasninger ikke blot er materielle, men ligeledes kan være af organisatorisk karakter, for eksempel i form at arbejdsmønstret og, eftersom begrebet "arbejdsmønstre" ikke er udtømmende i dets fortolkning, fastslog EU-domstolen at nedsættelse af arbejdstiden hermed godt kan fortolkes som værende indbefattet heraf. Det, at arbejdsgiveren ikke imødekom disse tilpasningsforanstaltning, som både den handicappede lønmodtager og dennes læge foreslog, gjorde at arbejdsgiveren ikke fik medhold i sagen og blev dermed forpligtet til at betale godtgørelse for den uberettigede afskedigelse.²⁵

4.2.4. Ligebehandlingsnævnets sag nr. 208/2014 – *Kronisk tarmsygdome-sagen*

Ligebehandlingsnævnets afgørelse i *Kronisk tarmsygdome-sagen* er den seneste afgørelse, der har været forelagt Ligebehandlingsnævnet, på tilpasningsforpligtelsesområdet. Afgørelsen er truffet d. 3 december 2014 og kan dermed ikke være af meget nyere dato, derfor er den blevet udvalgt til at blive sammenligningsgrundlag med afgørelserne som er gennemgået ovenfor i afsnit 4.2.1. og 4.2.2. Denne sag omhandler en debitorbogholder som blev afskediget grundet sygefravær på over 120 dage, hvilket er sygefraværsgrensen i funktionærloven. Lønmodtageren var lægeligt diagnosticeret vedrørende kronisk tarmsygdome og dette udgøre jf. tidligere EU-praksis, et handicap, i både Direktiv 2000/78 og forskelsbehandlingslovens forstand. Lønmodtageren afleverede løbende lægeerklæringer vedrørende sygefraværet. Af lægeerklæringerne fremgik det dog ikke, at sygefraværet skyldtes den kroniske sygdom, og hermed mener arbejdsgiver ikke, at afskedigelsen har noget som helst at gøre med lønmodtagerens handicap, men blot grundet for meget almen sygefravær. Arbejdsgiveren havde løbende i sygefraværsløbet forslået den handicappede lønmodtager at varetage en del af arbejdet hjemmefra, som værende en form for tilpassende foranstaltning til at afhjælpe lønmodtagers høje sygefravær, men dette valgte lønmodtageren ikke at drage nytte af. Med et handicap som lønmodtagers i denne sag, er det svært at foretage tilpasningsforanstaltninger, udover at tilbyde mulighed for hjemmearbejde, hermed synes arbejdsgiveren at have opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

²⁵ C-335/11 henholdsvis SH2014.F-19-06 *DAB-sagen*.

Ligebehandlingsnævnet gav dermed ikke lønmodtageren medhold, grundet arbejdsgiveren ikke kunne foretage yderligere tilpasning i forhold til dette handicap og lønmodtageren synes ej heller at have dokumenteret at sygefraværet skyldtes handicappet og ikke blot almen sygdom.²⁶

4.2.5. Delkonklusion

Det forekommer meget tydeligt den første sag *Døv lærer-sagen*, at området var nyt i praksis på daværende tidspunkt. Ved denne afgørelse synes der ikke at være en særlig struktureret eller karakteristisk gennemgangsproces. Denne manglende struktur og karakteristika, synes derimod, at forekomme i den anden afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet.

Når den næste sag *Ryglidelse-sagen* læses igennem, fornemmes det tydeligt i den stringente måde, hvorpå sagen blev gennemgået, at bestemmelserne som anfægtedes heri, var nye og derfor holdte man sig trygt indenfor rammerne af bestemmelsens direkte ordlyd og opstilling. Der var ikke den store tvivl omkring, hvorvidt der var tale om et handicap eller ej, eftersom ryglidelser af permanent karakter alle dage er blevet set som en form for handicap. Bestemmelserne omkring, hvornår der er tale om et handicap, hvad der forstås hermed og hvorvidt dette er beskyttet på arbejdsmarkedet, i form af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse på arbejdspladsen, synes ikke at virke særlig dynamiske dengang kontra i dag. Da denne sag her blev afgjort gik Ligebehandlingsnævnet stille og roligt frem, skridt for skridt, nærmest ordret fra bestemmelsernes ordlyd i forskelsbehandlingslovens §§ 1 og 2a og de kom ikke med eventuelle forslag til udvidelse herom. Bestemmelsernes indhold blev altså fulgt nøje og til punkt og prikke uden tilføjelse af dynamiske fortolkninger af bestemmelsernes ordlyd, hvilket er fuldstændig modsatrettet af, hvordan det ser ud i praksis i dag. Denne forsigtighed omkring bestemmelsernes anvendelsesområde og fortolkning er blevet fjernet fuldstændigt, hvilket er det som har gjort, at bestemmelserne her, udgør så stor en tvivl i praksis i dag. Ligebehandlingsnævnets sag, *Kronisk tarmsygdom-sagen* er et godt eksempel på

²⁶<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1549&type=Afgoerelse> - kronisk tarmsygdom-sagen

at anvendelsesområdet og fortolkningen har ændret sig en smule. Den første praksis på dette område, viser at man umiddelbart ikke ville have anset en kronisk tarmsygdom som værende et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, men det har EU-afgørelsen været med til at ændre på, hvormed det i dag vil gå under handicap både jf. Direktiv 2000/78, men også i forskelsbehandlingslovens forstand. Hvad angår tilpasningsforpligtelsen og dens udvikling, ses det i *Kronisk tarmsygdom-sagen*, at der kræves mere før en tilpasningsforpligtelse bør finde sted. Forstået på den måde, at der i dag kræves lægelig dokumentation og forslag udefra til eventuelle tilpasningsmuligheder. Arbejdsgiver er mere fremme i skoen i dag, grundet bestemmelsen dynamiske karakter. Afgørelsesnævn og retsinstanser har opstillet flere krav til den handicappede lønmodtager, som de skal efterleve før det forpligter i forhold til arbejdsgiver og hans tiltag, hermed menes, kravene omkring diagnosticeringen og den langvarig karakter. Dette gør, at arbejdsgiver har mere at fælde lønmodtageren på end hidtil, på samme tid med at handicapbegrebet har udvidet sig og givet lønmodtagere flere chancer for at blive indbefattet af beskyttelsesbestemmelsen og, det har gjort bestemmelsens omfang og brug mere elastisk og derfor prøver både arbejdsgivere og lønmodtagere sig mere med nogle modige og, til tider, lidt tvivlsomme argumentationer blot for at prøve bestemmelsen af og for at se, hvorvidt de kan blive omfattet heraf eller ej. Denne prøvelse er begrundet i, at når bestemmelsen ikke har klare grænser, ved man ikke, hvad bestemmelsen kan opfange og rumme og derfor forsøges bestemmelsen prøvet og udvidet for hver eneste sag og det bidrager til at området her, er så ukendt for arbejdsgivere og lønmodtagere på arbejdsmarkedet. Ingen af disse parter er klar over, hvad der de facto gælder inter partes på dette område, fordi det er et område i konstant udvikling i praksis. Et eksempel på, ikke blot den konstante udvikling, men også på at man ikke ved, hvad de forskellige begreber kan rumme ses i *Sø-, og Handelsrettens DAB-sag*, som er omtalt ovenfor i afsnit 4.2.3. I denne sag sker der noget banebrydende i forhold til lige netop, hvordan tilpasningsforpligtelsen skal fortolkes og, hvad den rummer af begrænsninger eller nærmere, mangel på samme. I tidligere praksis har der hovedsageligt været lagt vægt på tilpasninger og justeringer som har haft materielkarakter for eksempel i form af specielle

bord, stol o. lign., men i denne sag får man igennem EU-retten udvidet begrebet "tilpasning" til også at kunne gælde arbejdstider i form af nedsat tid, hvis dette er nødvendigt for at opretholde et ansættelsesforhold mellem en handicappet lønmodtager og arbejdsgiveren. Tidligere har vores nationale domstole taget afstand fra denne fortolkning, men eftersom at Direktiv 2000/78 ikke er udtømmende og tilskriver, at arbejdsgiver skal foretage de nødvendige tilpasninger og justeringer både, hvad angår det materielle og det organisatoriske, åbner det op for at der under begrebet "organisatorisk", herunder "arbejdsmonstre", er mulighed for at der også kan foretages tilpasninger, hvad angår nedsættelse af arbejdstider.

Det, at holde sig inden for bestemmelsens klare ordlyd, opstillingen og den meget stringente måde at fortolke den på, som fremhæves i starten af dette afsnit, ses tydeligt at være blevet brudt gennem årene. Det stringente er blevet overrumplet af bestemmelsens brede fortolkningsmuligheder, grundet bestemmelsen ikke er udtømmende og dette har formentlig også været hensigten med bestemmelsen, da den blev indført, eftersom det var et nyt og urørt område, som man ikke på forhånd vidste, hvordan ville fungere i praksis. Denne konstante udvikling på området påvirker både arbejdsgivere og lønmodtagere og, hvordan hver af disse parter er berørte eller nærmere beskyttede af ovennævnte tilpasningsforpligtelse vil blive gennemgået direkte nedenfor i henholdsvis afsnit 4.3. og 4.4.

4.3. Arbejdsgivers vinkel

Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse skal naturligvis også afbalanceres af en vis egeninteresse fra arbejdsgivers side, forstået på den måde, at han ikke er forpligtet til at ansætte en, hvilken som helst handicappet kandidat til stillingen blot fordi denne er handicappet, hvilket også bekræftes i den præjudicielle afgørelse omkring både *Pro Display-sagen* og *DAB-sagen* som Sø- og handelsretten har indgivet til EU-domstolen. I denne afgørelse gør EU-domstolen opmærksom på, at der i Direktiv 2000/78, dets betragtning 16. Og 17. nævnt følgende: "*Iværksættelse 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. Med forbehold af forpligtelsen til, i rimeligt omfang, at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.”²⁷

Disse tre kernebegreber: *kompetent, egnet og disponibel*, vil blive behandlet direkte nedenfor i afsnit. 4.3.1. ud fra en teoretiskvinkel, men med hovedvægt i, hvad praksis viser omkring disses betydning og rækkevidde.

4.3.1. Kompetent, egnet og disponibel

I forbindelse med den nye bestemmelse i forskelsbehandlingsloven § 2a, er det væsentligt at være opmærksom på, at arbejdsgivers tilpasningsforpligtigelse alene består i de tilfælde, hvor den handicappede lønmodtager har de ønskede og nødvendige kvalifikationer til at bestride stillingen, med de eventuelle påkrævede tilpasninger. Et eksempel herpå følger af forarbejderne, hvori der bliver henvist til en situation, hvor en person sidder i kørestol, og hvor denne har mistet førligheden i begge arme, men til trods for dette vælger, at ansøge om en stilling som juridisk sagsbehandler.²⁸ Det er i eksemplet forudsat, at vedkommende besidder de fornødne kvalifikationer for at kunne bestride stillingen, udover vedkommendes manglende evne til at kunne skrive. I bemærkningerne til lovforslaget er der herved henvist til, at der i et sådanne tilfælde ville være tale om direkte forskelsbehandling, hvis arbejdsgiver vælger ikke at tage vedkommende i betragtning alene pga. Handicappet og uden at overveje mulighederne for at træffe de hensigtsmæssige foranstaltninger med henblik på, at kunne afhjælpe handicappet. Ved spørgsmålet omkring, hvilke hensigtsmæssige foranstaltninger der kan kræves af arbejdsgiver, indgår ikke kun bedømmelsen af selve ansættelsessituation, men også om arbejdsgiver under ansættelsesforholdets beståen, såvel som afskedigelse, forskelsbehandler

²⁷ C-335/11 og C-337/11. Side 2, 6 afsnit.

²⁸ FT 2004-05, Tillæg A, Side 2707 f.

lønmodtageren grundet handicap jf. C-13/05 *Chacón Navas*.²⁹ Et eksempel på, at arbejdsgiver også skal foretage hensigtsmæssige foranstaltninger under ansættelsesforholdet, kan ses i *DAB-sagen*, hvor lønmodtageren adskillige gange gjorde arbejdsgiveren opmærksom på hendes handicap og kom med forslag til eventuel tilpasningsmuligheder i form af hæve-sænkeborde og fleksjob, hvorpå arbejdsgiveren ikke valgte at imødekomme nogle af disse anmodninger, og EU-domstolen fastslog, at arbejdsgiveren her skulle have forsøgt at imødekomme nogle af disse tilpasningsforslag fra lønmodtageren og dennes læge, i forsøg på at vedholde ansættelsesforholdet, som arbejdsgiver har pligt til jf. forskelsbehandlingslovens § 2a. Dette skulle arbejdsgiveren have forsøgt at imødekomme, da han blev gjort bekendt med lønmodtagerens handicap, med mindre disse tilpasninger ville anses som værende uforholdsmæssig byrdefulde for arbejdsgiveren. EU-domstolen slog, i denne forbindelse, fast, at DAB er en stor virksomhed og hermed bør anskaffelsen af hæve-sænkeborde, som den handicappede lønmodtager anmodede om, ikke kunne anses som værende en uforholdsmæssig stor økonomisk byrde for arbejdsgiveren. Ydermere har arbejdsgiveren ej heller sandsynliggjort, at tilpasningen ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for ham, hvilket kommer lønmodtageren til gode. Skulle tilpasningen have udgjort en uforholdsmæssig stor økonomisk byrde for arbejdsgiveren, skulle han jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, 3. pkt. have anmodet om et eventuelt tilskud fra kommunen, hvilket han ej heller gjorde. Så blot ud fra det faktum, at han forholdte sig passiv og ikke imødekom den lovpligtige tilpasningsforpligtelse, som han er underlagt eller ikke gjorde et forsøg på at fastholde ansættelsesforholdet, gør at han ikke får medhold i sagen.³⁰ EU-domstolen fremhævede at lønmodtageren var blevet ansat på baggrund af sine kvalifikationer og bør hermed anses for værende kompetent, egnet og disponibel til at bestride stillingen. Handicappet indtraf først flere år efter ansættelsen og gør blot at lønmodtageren har svært ved at arbejde lige så meget som tidligere og ikke kan sidde ned hele tiden og bør derfor variere imellem sine arbejdsopgaver, men intet af dette ændre på lønmodtagerens

²⁹ Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – med kommentarer". Side 103-106.

³⁰ SH2014.F-19-06 *DAB-sagen*. (side 12-13). Under afsnittet - SØ-, og Handelsrettens afgørelse, 2 -3 afsnit.

kompetencer som sådan. Den handicappede lønmodtager havde ved afskedigelsen mange års erfaring i faget, hvilket bør gøre hende kompetent og egnet. Det eneste handicap ville kunne gå ind og bevirke, at arbejdsgiveren ikke var forpligtet til at beholde denne i stillingen, ville være, hvorvidt lønmodtageren kunne tolkes som værende disponibel eller ej, eftersom denne ikke ville kunne arbejde fuldtid længere, og dette var et af ansættelsesvilkårene ved ansættelsen af lønmodtageren. Arbejdsgiveren gør opmærksom på, at de ikke kan finde en anden stilling eller lave den nuværende om, i form af nedsat tid, begrundet i, at der er arbejde til mere i denne stilling, og at der ikke var økonomi til et fleksjob eller lignende til lønmodtageren. Trods dette, opslog DAB, kort tid efter afskedigelsen af lønmodtageren, en deltidsstilling i en af deres andre afdelinger, hvor de søgte en, med de kvalifikationer, som den afskediget lønmodtager havde og denne burde være tilbudt den handicappede lønmodtager, for at forsøge at opretholde ansættelsesforholdet. Ud fra ovenstående måtte lønmodtageren antages som værende både kompetent, egnet og disponibel i forhold til den opslået deltidsstilling og arbejdsgiveren havde derfor ikke forsøgt at imødekomme sin tilpasningsforpligtelse, som loven tilskriver ham og dermed var der foretaget en uberettiget afskedigelse af den handicappede lønmodtager jf. Direktiv 2000/78's betragtning 16, 17, og 20 og artikel 5.³¹

Endnu et eksempel fra nyere praksis, hvor der blev stilling til, hvorvidt arbejdsgiver måtte afskedige en handicappede lønmodtager, vurderet på baggrund af, hvorvidt den handicappede lønmodtager er kompetent, egnet og disponibel, ses i er Ligebehandlingsnævnets sag nr. 197/2014 *Socialpædagog-sagen*. Denne sag omhandler en socialpædagog, som efter en fødsel fik en masse følgeskader, heriblandt stomi. Lønmodtageren var handicappet i lovens forstand og arbejdsgiveren imødekom tilpasningsforpligtelsen, hvori at den handicappede lønmodtager fik mulighed for hviletid i arbejdstiden og langsom genoptagelse af jobbet. Til trods for disse tilpasninger kunne lønmodtageren ikke varetage de væsentligste funktioner, som hendes stilling krævede og hun kunne hermed ikke anses som værende disponibel, hvorpå en afskedigelse ikke var et brud på lovgivningen. Som kort nævnt i gennemgangen af denne sag, tilpassede

³¹ C-335/11 og C-337/11, tredje spørgsmål.

arbejdsgiveren efter de skånebehov, som sås nødvendige for at prøve at vedholde ansættelsesforholdet, men til trods for imødekommelsen af dette, var det stadig ikke muligt, at lønmodtageren kunne varetage de funktioner i stilling, som var dem, der vægtede mest i forhold til stillingsindholdet og hermed havde hun ikke de ønskede kompetencer mere, som gjorde at hun var egnet til netop dette job og dette gør hende indisponibel. Direktiv 2000/78's betragtning 17. fastslår, at det ikke kræves af arbejdsgiver, at han skal ansætte, forfremme, uddanne eller holde en i ansættelse, hvis denne person ikke er kompetent, egnet eller disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller uddannelse og dette måtte man sige gjorde sig gældende i denne sag.³²

Som det fremgår af både eksemplet fra forarbejderne, men også praksis, gives der ingen uddybende fortolkning på, hvad der ligger i hver af ordene: *Kompetent, egnet og disponibel*. Disse tre begreber er dynamiske og derfor åbne for fortolkning og synes egentlig også svære at adskille. Det er svært at forestille sig en lønmodtager være kompetent, men ikke egnet. Omvendt set er lønmodtageren vel heller ikke disponibel, hvis ikke denne er kompetent eller egnet, så disse begreber ses svært adskillige og ud fra eksemplerne ovenfor, må det konkluderes, at der under disse begreber i praksis lægges vægt på, hvorvidt en eventuel lønmodtager eller ansøger har de fornødne kompetencer rent uddannelses og erfaringsmæssigt, og hvorvidt denne er i stand til at kunne varetage den helt konkrete jobbeskrivelse, som ønskes til i den givne stilling. Ydermere bør alle tre kriterier være opfyldt jf. betragtning 17's ordlyd i Direktiv 2000/78.

Der er under tilpasningsforpligtelsen jf. Direktiv 2000/78's betragtning 16. Og 17. ikke blot taget hensyn til arbejdsgivers interesse, i form af at arbejdsgiver ikke er tvunget til at beholde en handicappet lønmodtager i arbejde, hvis denne ikke anses som værende kompetent, egnet og disponibel trods regler imod forskelsbehandling af handicappede. Den handicappede lønmodtagers interesse

³²<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1538&type=Resume> - socialpædagog-sagen

er der også taget hensyn til i forsøg på at holde denne i arbejde trods handicappet. Dette vil blive gennemgået direkte nedenfor i afsnit 4.4.

4.4. Lønmodtagers vinkel

Lige såvel som arbejdsgiverens vinkel ovenfor i afsnit 4.3. belyses, er der også en vinkel at belyse fra lønmodtagers side, i form af en mulighedserklæring jf. sygedagpengeloven. Denne har til formål at bidrage til, at lønmodtageren fastholdes i arbejde. Den beskytter og tilgodeser hermed også lønmodtageren og dennes interesse i at forblive i arbejde.³³ Denne lov og mulighedserklæringen vil blive behandlet direkte nedenfor i afsnit 4.4.1.

4.4.1. Sygedagpengelovens mulighedserklæring

Sygedagpengelovgivningen hjemlede tidligere, at arbejdsgiveren kunne kræve en lægeerklæring - En erklæring om lønmodtagerens uarbejdsdygtighed grundet sygdom. Denne blev ved lov den 5. oktober 2009 bortskaffet og erstattet af den ovennævnte mulighedserklæring jf. sygedagpengelovens § 36a. Den tidligere bestemmelse havde hovedsagelig karakter af en kontrolfunktion og angav blot, at der efter lægelig vurdering var tale om sygdom af en vis længerevarende periode, hvorimod den nye bestemmelse har fået en mere beskyttende karakter overfor lønmodtager.³⁴

Mulighedserklæringen er jf. dens forarbejder relevant, hvis der mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren opstår tvivl omkring, hvilke arbejdsfunktioner lønmodtageren kan varetage under sin sygdom. Loven fastsætte dog ikke nogen egentlig begrænsning for, hvornår en mulighedserklæring kan kræves udarbejdet.³⁵ Der er dermed ingen begrænsninger for, hvorvidt dette kan ske eller bør ske ved gentaget, kortvarigt eller langvarigt sygefravær. Hermed gælder også at mulighedserklæringen kan kræves, efter at lønmodtageren er raskmeldt og tilbage på arbejde. Dette er særlig relevant, hvis der kan konstateres et vist

³³ Svenning Andersen, Lars og Klingsten, Mette, m.fl. "Funktionærret". Side 406.

³⁴ http://jura.karnovgroup.dk/document/7000644447/elem/LBKG2014833_P36A?versid=197-1-2001#relation-RRP2 Sygedagpengelovens § 36a - Note 126

³⁵ https://jura.karnovgroup.dk/document/7000719051/elem/LBKG201543_P36A.pdf?versid=197-1-2001 - Sygedagpengelovens § 36a - Note 137

mønster i lønmodtagerens fravær f.eks. ved gentagne kortere sygefraværperioder jf. sygedagpengelovens § 36a, stk. 4. Praksis på området viser dog, at en mulighedserklæring først kan udarbejdes efter lidt tid, eftersom at der skal lægge en samtale mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren til grund, ved udarbejdelsen, jf. sygedagpengelovens § 36a, stk. 2, 1. pkt. Denne samtale skal arbejdsgiveren indkalde til med "et rimelig" varsel jf. sygedagpengelovens § 36a, stk. 5. Denne rimelige varsel/frist er jf. bestemmelsens forarbejder, angivet til, som udgangspunkt at være en uge, men under visse omstændigheder bør en kortere frist accepteres.³⁶ Hermed således anført i Arbejdsstyrelsens notat af 7. April 2010, at en dags varsel kan accepteres og befinder lønmodtageren sig på arbejde, kan der også indkaldes til denne samtale en og samme dag.³⁷ Lønmodtageren har pligt til at deltage i denne samtale med arbejdsgiveren, men loven foreskriver ikke nogle ansættelsesretlige sanktioner, hvis lønmodtager udebliver, hermed ændres krav på løn under sygdom, ej heller. Ønsker arbejdsgiveren til trods for dette, at sanktionere lønmodtageren for udeblivelse, skal arbejdsgiveren først give lønmodtageren en skriftlig advarsel med klar angivelse af nyt møde inklusiv advarsel omkring disse eventuelle sanktioner ved endnu en udeblivelse. Udebliver lønmodtageren også fra dette møde kan han i værste fald bortvises, grundet ulovlig udeblivelse, dog vil domstolene altid selv vurdere rimeligheden heraf og sanktionen omfang.

Ved denne samtale udfyldes mulighedserklæringens første del i samhörighed mellem lønmodtageren og arbejdsgiveren jf. § 36a, stk. 2. Heri specificeres lønmodtagerens påvirkede jobfunktioner, funktionsnedsættelser samt eventuelle skåneinitiativer/tilpasningsmuligheder, der er aftalt inter partes. Arbejdsgiveren må kun spørge til disse konkrete ting og ikke anmode om yderligere dybdegående informationer omkring sygdom eller diagnose. Hvilke informationer og helbredsoplysninger arbejdsgiveren må indhente har Beskæftigelsesministeriet nedfældet i vejledning 9327 af 29. Juni 2009, som er til fri afbenyttelse for arbejdsgivere generelt på arbejdsmarkedet. Efter denne samtale skal lønmodtageren til samtale ved egen læge, hvorved anden del af

³⁶ <https://jura.karnovgroup.dk/document/7000407418/1?versid=437-1-2004>
FT 2008-09(lovforslag 165). Note 2, 3. pkt.

³⁷ Arbejdsmarkeds Styrelsens notat af d. 7. april, 2010. "lægeerklæringer i 2 hovedspor – Mulighedserklæring og friattest". Og sygedagpengelovens § 36, stk. 2, 2. pkt..

mulighedserklæringen udfyldes i samhörighed mellem lønmodtageren, lægen og den allerede udfærdiget første del af mulighedserklæringen, som er foretaget mellem lønmodtager og arbejdsgiver jf. sygedagpengelovens § 36a, stk. 3. Denne anden del skal indeholde lægens vurdering af første del, eventuelle ideer til skåneinitiativer/tilpasningsmuligheder og en vurdering af sygdommens forventede varighed.³⁸

Sygedagpengelovens § 36a, stk. 6 giver arbejdsgiveren en mulighed for at fastsætte "en rimelig frist" for modtagelse af lægeerklæringen. Forarbejderne angiver en frist på op til 14 dage, men Arbejdsstyrelsens notat af 7. April 2010 angiver, at der ikke ved mulighedserklæringen er grund til at ændre på praksis blandt lægerne og den normale tidshorisont, som er sat for udarbejdelse af lægeerklæringer til arbejdsgivere.³⁹

Efter gennemgang af både arbejdsgiveren, såvel som lønmodtagerens vinkel, forekommer det tydeligt, at der er forsøgt at beskytte begge parter i deres inter partes forhold ved indførelsen af forskelsbehandlingslovens § 2a. Bestemmelsen tager højde for begge parter interesser, eftersom der ikke blot er forsøgt at vedholde et ansættelsesforhold, hvis det er muligt, men også ved at give arbejdsgiveren en mulighed for at undgå denne tilpasningsforpligtelse og dermed ikke påtvinge ham at vedholde et ansættelsesforholdet, hvis den handicappede lønmodtager ikke er kvalificeret. Ej heller selvom handicappet er det, der gør, at lønmodtageren ikke er kvalificeret, såfremt den del, der gør lønmodtageren ukvalificeret ikke kan tilpasses, inden for en rimelig grænse. Og hvorvidt dette er muligt, og hvilke tilpasninger der eventuelt skal til, forekommer af en mulighedserklæring, som ovenfor er nævnt i afsnit 4.4.1 Lønmodtagerens beskyttelse er hermed tilgodeset ud fra det faktum, at det ikke er arbejdsgiveren, der skal afgøre, hvad der skal foretages af tilpassende foranstaltninger, og om der overhovedet er mulighed for at afhjælpe den handicappede lønmodtager, men det gør en fagperson derimod. En der har forstand på det pågældende handicap og dette er arbejdsgiveren underlagt.

³⁸ http://jura.karnovgroup.dk/document/7000644447/elem/LBKG2014833_P36A?versid=197-1-2001#relation-RRP2 - Sygedagpengelovens §36 a – forarbejder.

³⁹Svenning Andersen, Lars og Klingsten, Mette, m.fl. "Funktionærret". Side 406-408.

5. Funktionærlovens § 5, stk. 2 – 120-dagsreglen

5.1. Indledning

120-dagsreglen følger af funktionærloven. Funktionærloven, som giver arbejdsgiver mulighed for, at opsiges eller afskedige en lønmodtager med forkortet varsel, hvis han inden for en periode på 12 måneder har oppebåret løn under 120 sygedage. Hermed forstås, at man kan blive opsagt med et varsel på løbende måned på én måned, hvilket gør at man mister den almindelige anciennitetsmæssige varsel, som varierer alt efter anciennitet og hvor længe du har været ansat på den konkrete arbejdsplads. Dog skal nogle betingelser være opfyldt før at arbejdsgiver kan anvende 120-dagsreglen og disse følger direkte nedenfor.

Først og fremmest for at 120-dagsreglen skal kunne gøre sig gældende skal den være nedfældet skriftligt mellem lønmodtager og arbejdsgiver. Yderligere skal lønmodtager have oppebåret løn under sygdom i 120 dage inden for de seneste 12 måneder. Fravær i forbindelse med graviditet er dog ikke omfattet af de 120 dage. Ydermere skal opsigelsen finde sted umiddelbart efter overskridelsen af de 120 dage og lønmodtager skal stadig være sygemeldt på opsigelsestidspunktet.⁴⁰

5.2. 120-dagsreglen i henhold til handicappede lønmodtagere

Selve 120-dagsreglen reguleres mere konkret i funktionærlovens § 5, stk. 2 og lyder som følger: *"Det kan dog ved skriftlig kontrakt i det enkelte tjenesteforhold bestemmes, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren inden for et tidsrum af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og medens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, at funktionæren er vendt tilbage til arbejdet, efter at opsigelse er sket."*⁴¹

Funktionæren kan altså hermed afskediges ved sygefravær på 120 dage og i loven står der ikke konkret nedfældet, at dette ikke kan gøres gældende for

⁴⁰Svenning Andersen, Lars og Klingsten, Mette, m.fl. "Funktionærret". Side 426-432.

⁴¹ <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=123029>

handicappede lønmodtagere. Det, at en handicappede lønmodtager, ikke er udeladt for denne bestemmelsen, kan dog give anledning til en vis form for forskelsbehandling ang. handicap. Et handicap kan give anledning til nogle følgesygdomme eller et operationsrelateret forløb som en ikke-handicappet lønmodtager ikke ville være udsat for og derfor kan det diskuteres, hvorvidt sygefravær relateret til handicappet bør være omfattet af de 120 dage, og denne eventuelle problemstilling er også set i praksis. Et eksempel på dette fra nyere praksis, er der i *DAB-sagen*. I denne sag diskuteres der flere vinkler på, hvordan man bør forholde sig til 120-dagsreglen, hvis sygefraværsdagene kan relateres til lønmodtagerens handicap. Denne sag og *PRO DISPLAY-sagen* lagde begge op til problemstillinger omkring dette, og derfor valgte Sø-, og Handelsretten, at anmode om en præjudiciel afgørelse ved EU-domstolen. I denne forbindelse blev *DAB-sagen* til sag C-335/11 og *PRO DISPLAY-sagen* til C-337/11 i EU øjemed. Problemstillingerne som EU-domstolen blev stillet overfor lød på, hvorvidt en arbejdsgiver har ret til at afskedige en lønmodtager med et forkortet varsel, når lønmodtageren har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage inden for en periode af 12 sammenhængende måneder, over for en lønmodtager, som må anses for at være handicappet ifølge Direktiv 2000/78, når sygefraværet skyldes, at arbejdsgiveren ikke har iværksat de tilpasningsforanstaltninger, der under hensyn til de konkrete behov er hensigtsmæssige for, at give en person med handicap adgang til at udøve sin beskæftigelse. Og hvorvidt arbejdsgiveren kan foretage en sådan afskedigelse, hvis arbejdsgiveren har tilpasset jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, men hvor sygefraværet blot er forårsaget af handicappet.

Det første spørgsmål er EU-domstolen ikke tøvende omkring at svare på. De fastslog, at såfremt arbejdsgiver har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger, henset til deres tilpasningsforpligtelse, i henhold til både Direktiv 2000/78 og national lov, her forskelsbehandlingslovens § 2a, kan det indebære, at en handicappet lønmodtagers sygefravær skal tilskrives en forsømmelse fra arbejdsgiverens side og ikke lønmodtageren og dens handicap særegent. Dette betyder i praksis, at sygefravær fra lønmodtagerens side, som har været grundet i dennes handicap og som kunne have været afhjulpet, hvis arbejdsgiver havde tilpasset, som loven tilpligter ham, ikke bør være for

lønmottagerens regning. De dage, som kan relateres til dennes mangelfulde handling fra arbejdsgivers side, bør hermed ikke indkalkuleres i de 120 sygefraværsdage, som man som udgangspunkt kan have, før afskedigelse legalt kan finde sted, hvis man naturligvis er omfattet af funktionærlovens § 5, stk. 2.⁴² Afgørelsen ovenfor lægger yderligere op til andre spørgsmål. Ovenfor er konkluderet at sygefraværsdage hos en handicappet lønmottager, ikke bør tilskrives denne, såfremt sygefraværstidene kan have forbindelse til arbejdsgiverens manglende tilpasning af arbejdspladsen. Afgørelsen lægger op til tvivl omkring, hvorvidt sygefraværsdage hos en handicappet lønmottager så, modsætningsvis, bør tælle med i de 120 dage, trods sygefraværstidene er grundet handicappet, hvis arbejdsgiver har tilpasset. Hvis arbejdsgiver tilpasser som forpligtet, bør den handicappede lønmottager så stadig være beskyttet mere end andre, hvad angår 120-dagsreglen. Hvorvidt dette vil være ret og rimeligt overfor den handicappede lønmottager såvel som overfor andre lønmodtagere, kan diskuteres. Hvis den handicappede lønmottager, har fået tilpasset arbejdspladsen efter behov og stadig beskyttes yderligere af 120-dagsreglen, kan en handicappet lønmottager på visse punkter godt synes at være bedre stillet end andre i tilsvarende stilling. Formålet med arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse på arbejdspladsen er netop, som ordlyden lyder sig, at disse foranstaltninger bør tilpasses, så en handicappet lønmottager kan varetage et given job på lige fod med andre i tilsvarende stilling. Formulert på anden vis, så er den handicappede lønmottager på lige fod med andre, hvis arbejdsgiver tilpasser arbejdspladsen som forpligtet. Andre lønmodtagere er ikke omfattet af nogle beskyttelseskriterier i henhold til 120-dagsreglen og brugen af denne og derfor kan det diskuteres, hvorvidt en handicappet lønmottager, som har fået tilpasset arbejdspladsen efter behov, så bør være det. Men omvendt set er en handicappet lønmottager også mere udsat, i den forstand, at sygefraværsdage kan være oftere forekommende, grundet handicappet. Denne tankegang lægger videre op til Sø-, og Handelsrettens andet spørgsmål angående, hvorvidt arbejdsgiver kan afskedige en handicappet lønmottager på baggrund af 120-dagsreglen, såfremt nogle af sygefraværstidene er begrundet i lønmottagerens

⁴² C-335/11 og C-337/11, det fjerde spørgsmål, litra b. Henholdsvis SH2014.F-19-06 *DAB-sagen*. (side 9), fjerde spørgsmål, litra b.

handicap.

Dette spørgsmål var EU-domstolen mere tøvende omkring og de har derfor valgt at afgøre spørgsmålet delvis og har på den måde, ladet det endelige svar, i de konkrete situationer, være op til den nationale domstol. EU-domstolen konkluderede, som ovenfor skrevet, at der ved brug af 120-dagsreglen overfor en handicappet lønmodtager, som er omfattet af funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke umiddelbart er tale om direkte forskelsbehandling. Men omvendt set, gør de også opmærksomme på, at en handicappet lønmodtager er i højere risiko for at opleve flere sygefraværsdage end andre, grundet deres handicap og de dertil følgende gener, og dette kan være med til at en afskedigelse af en handicappet lønmodtager på baggrund af 120-dagsreglen kan udgøre en indirekte forskelsbehandling. Ydermere gør EU-domstolen også opmærksom på vigtigheden af at tilgodese 120-dagsreglens formål ved dens indførelse. 120-dagsreglen havde til formål, at tilskynde arbejdsgivere til at ansætte og beholde lønmodtagere, med særlig høj risiko for gentagende sygefravær. Til gengæld herfor ville arbejdsgivere være beskyttet af 120-dagsreglen, så arbejdsgivere efterfølgende havde mulighed for at afskedige disse lønmodtagere med forkortet varsel, hvis sygefraværet viste sig at være af meget lang varighed. Så formålet med 120-dagsreglen var hermed at tilgodese både arbejdsgivere, men også lønmodtageres interesse, i form af fleksibilitet og aftalefrihed fra arbejdsgiveres side og mulighed og sikkerhed fra lønmodtageres side. EU-domstolen påpeger i denne forbindelse, at det tilkommer den nationale domstol at undersøge, hvorvidt de vil forfølge denne to-sidede interesse eller forskelsbehandlingen i en given sag, hvor dette kan finde sted. Den nationale domstol skal hermed foretage en rimelig afvejning af arbejdsgivers og lønmodtagers modsatrettede interesser og dette skal vægtes ud fra, hvad der findes hensigtsmæssigt, nødvendigt og objektivt begrundet.⁴³

Ud fra disse argumenter, betragtninger og den konkrete *DAB-sag*, fastslog EU-domstolen at en arbejdsgiver, ikke kan opsiges en handicappet lønmodtager med et forkortet varsel, hvis denne har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder, hvis sygefraværet er en følge af lønmodtagerens handicap, med mindre der foreligger et legitimt mål og dette

⁴³ C-335/11 og C-337/11, det fjerde spørgsmål, litra a.

skal den nationale domstol tage stilling til. Så udgangspunktet er, at en handicappet lønmodtager, som er omfattet af funktionærlovens § 5, stk. 2, ikke umiddelbart bør afskediges på baggrund af 120-dagsreglen, hvis noget eller hele sygefraværet er relateret til lønmodtagerens handicap, idet afskedigelse vil få karakter af diskrimination. Hvorvidt sygefraværet har relation til handicap bør formentlig skulle dokumenteres fra lægelig side. Intet vedrørende dette spørgsmål er udtømmende og hermed menes, at hver enkelt sag skal afgøres ved den nationale domstol og de må tage stilling til om handicappet, i en given sag, er årsagen til afskedigelsen og der dermed er sket en forskelsbehandling i forskelsbehandlingslovens forstand, men i denne vurdering skal der også tages højde for bestemmelsens formål ved indførelsen og der skal foretages en rimelig afvejning heraf.⁴⁴

Det er hermed ikke fast afgjort at en afskedigelse efter 120-dagsreglen af en handicappet lønmodtager, er uforeneligt med forskelsbehandlingsloven eller Direktiv 2000/78. Det er altafgørende, hvordan den enkelte situation ser ud. EU-domstolen slog blot fast, at der som udgangspunkt ikke var tale om direkte diskrimination, hvis man brugte 120-dagsreglen over for en handicappet lønmodtager, som var omfattet af funktionærlovens § 5, stk. 2, men som det ses i *DAB-sagen* kommer Sø-, og Handelsretten alligevel frem til, at der her er tale om direkte diskrimination og afskedigelsen efter 120-dagsreglen i dette tilfælde, ikke er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser på området og derfor blev arbejdsgiveren i denne sag tilkendt at skulle betale godtgørelse grundet forskelsbehandling. Grunden til, at sagen fik dette udfald var formentlig at arbejdsgiveren tidligere har haft fem ansatte, som har haft over 120 dages sygefravær, men disse blev ikke afskediget på baggrund af 120-dagsreglen grundet forskellige årsager, såsom merværdi for DAB, gode profiler og livstruende sygdomme.⁴⁵ Ydermere burde arbejdsgiveren have tilbudt den handicappede lønmodtager, den deltidsstilling, som kort efter hendes afskedigelse, blev slået op. Hendes profil var umiddelbar passende til stillingen og var overensstemmende med hendes skånebehov og hendes efterspørgsel

⁴⁴ C-335/11 og C-337/11, det fjerde spørgsmål, litra a. Henholdsvis SH2014.F-19-06 DAB sagen. (side 9-10), fjerde spørgsmål, litra a.

⁴⁵ SH2014.F-19-06 *DAB-sagen*. (Side 2) Indledning - fratrædelsesordnings afsnittet i slutningen.

efter ansættelse i fleks eller ved nedsat arbejdstid.

Problemstillingen som stadig står åben angående, hvorvidt en handicappet lønmodtager kan afskediges på baggrund af 120 dages sygefravær, såfremt sygefraværet relaterer sig til handicapet, er en interessant problemstilling. Det er forståeligt at denne problemstilling ikke er let løselig, ikke blot ud fra de argumentationer, som er gennemgået ovenfor, men også grundet problemstillingens karakter, der til dels ligner en tilsvarende situation, nemlig graviditet, hvor sygefraværet faktisk er udtaget for 120-dagsreglen, såfremt det relaterer sig til graviditeten jf. ligestillingslovens § 9. Denne tanke lægger op til afsnit 5.3. nedenfor omkring analogislutning til ligestillingsloven § 1, men først vil der blive foretaget en opsummering af dette afsnit direkte nedenfor i afsnit 5.2.1.

5.2.1. Delkonklusion

Som nævnt i starten af afsnit 5.2. står der ingen steder skrevet at 120-dagsreglen ikke bør gælde for handicappede lønmodtagere, men omvendt set står der heller ikke at den bør gælde herfor. Denne manglende uddybelse gør, at bestemmelsen er åben i sin fortolkningsmuligheder og hermed ikke er af udtømmende karakter og dette har lagt op til tvivl i praksis. Som ovenfor nævnt, har EU-domstolen slået fast at sygefraværsdage, som skyldes arbejdsgiverens manglende tilpasninger, ikke bør være for den handicappet lønmodtagers regning, men bør derimod tillægges arbejdsgiveren. Dette var der, som tidligere nævnt, ikke den store tvivl omkring, men hvorvidt sygefravær, som er forårsaget af handicapet hos den enkelte lønmodtager, bør kunne medregnes i de 120 dage, hvis arbejdsgiver har tilpasset som forpligtet, er der stadig tvivl omkring og dermed gav EU-domstolen ikke et entydigt svar herpå. Udgangspunktet blev hermed, at sygefravær forårsaget af en lønmodtagers handicap, ikke må indgå i de 120 dage. De slog yderligere fast, at det ikke anses som værende direkte diskrimination af den handicappet lønmodtager, men nærmere indirekte, at sygefraværet relateret til handicapet, i visse tilfælde, kan indgå i de 120 dage. EU-domstolen forholdte sig derfor åben overfor at der i visse tilfælde kunne være tale om direkte

diskrimination ved brug af 120-dagsreglen overfor en handicappet lønmodtager og derfor kan det ikke udelukkes at denne betragtning kan finde anvendelse overfor en handicappet lønmodtager, men det er op til den nationale domstol at vurdere, hvad der fortolkes ud fra hver enkelt sag. Et eksempel på at dette udgangspunkt omkring direkte og ikke indirekte diskrimination blev brudt og at der ud fra 120-dagsreglen kunne være tale om direkte diskrimination ved brug af denne regel, ses i *DAB-sagen*. Dette var begrundet i, at andre som har været underlagt 120-dagsreglen på denne arbejdsplads, ikke var blevet afskediget på baggrund af denne, trods de havde over 120 dages sygefravær, og hermed må der være tale om en direkte forskelsbehandling af den handicappet lønmodtager i denne sag, eftersom hun blev behandlet anderledes end andre, i tilsvarende situation. Men udgangspunktet er og bliver, at det er op til den nationale domstol at vurdere den enkelte sag og at man ikke kan lave en hovedregel om, at 120-dagsreglen generelt ikke kan finde anvendelse overfor handicappede lønmodtagere, men at EU-domstolen søger i retningen af at kun almen sygefravær burde kunne indgå, og ikke sygefravær relateret til et handicap.

5.3. Analogislutning til ligebehandlingsloven

Som nævnt ovenfor i afsnit 5.2., er det med handicappede og spørgsmålet om, hvorvidt deres handicaprelaterede sygefravær bør indgå i de 120 dage, som 120-dagsreglen indeholder, en interessant problemstilling, fordi det tilnærmelsesvis kunne minde om situationen som gravide står i, hvis de er omfattet af funktionærlovens § 5, stk. 2. og har sygefravær relateret til deres graviditet.

Gravide er beskyttet i en vis periode, såfremt sygefraværet relaterer sig til graviditeten. Graviditet tillader en mulig, vel og mærke begrænset, sygeperiode, som ikke må udgøre en del af 120-dagsreglen jf. ligebehandlingslovens § 1. Dette sygefravær kan relateres til noget konkret, som er beskyttet af ligebehandlingsloven og derfor kan det diskuteres, hvorvidt dette ikke også burde gøre sig gældende, hvad angår sygefravær som relaterer sig til en lønmodtagers handicap. En graviditet og dets efterfølgende barselsforløb varer omkring 1-2 år, hvilket også er den årrække som praksis forventer man har haft en sygdom, før der kan være tale om, at sygdommen udgøre et egentlig handicap

i forskelsbehandlingslovens forstand. Det, at graviditet og handicap har flere fælles faktorer for eksempel i form af forventet ekstra sygefravær, at det står på i en langvarig periode og, at dette ekstra forventet sygefravær relaterer sig til noget helt konkret, som kan dokumenteres konkret lægeligt, gør, at man forventer at områderne behandles ens eller, at man, som minimum, kan foretage en analogislutning til ligebehandlingslovens § 9, så alle har ens vilkår og er på lige fod med andre i tilsvarende situationer. En sådan analogislutning er endnu ikke foretaget i praksis, men det er en spændende og relevant betragtning, som nok skal forekomme i praksis en gang i fremtiden, i takt med den udvikling som der i forvejen forekommer på handicapområdet i både forskelsbehandlingsloven og funktionærloven.

Ud fra EU-domstolens afgørelse omkring, hvorvidt sygefravær relateret til et handicap, bør indgå i de 120 dage eller ej, kunne man forestille sig at handicappede i fremtiden bliver stillet, som gravide.

6. Perspektivering

6.1. Indledning

Dette perspektiveringsafsnit skal bruges til at belyse og diskutere, hvorvidt handicapbegrebet er i udvikling på nuværende tidspunkt. Nyere praksis har vist, at der er en vis tvivl omkring, hvorvidt eksempelvis allergi og fedme også bør omfattes af handicapbegrebet, eller om dette er at gå i ekstremer. Der har fornyligt være domme omkring både allergi og fedme, og disse vil kort blive gennemgået nedenfor og diskuteret sideløbende hermed.

6.1.1. Ligebehandlingsnævnets sag nr. 67/2014 – *Allergi-sagen*.

Ligebehandlingsnævnets afgørelse i *Allergi-sagen*, er et af nyere tids eksempler på, hvor vidtgående handicapbegrebet egentlig er i dag. Sagen omhandler en påstået forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med, at lønmodtageren blev opsagt fra sin stilling som teknisk assistent i den indklagede virksomhed. Lønmodtageren havde fået diagnosticeret allergi overfor kolofonium og mente, at dette lagde til grund for afskedigelsen. Lønmodtageren fik ikke medhold i sin sag, men ikke grundet i, hvorvidt der var tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand eller ej. Ligebehandlingsnævnets konklusion i denne sag blev hermed, at sådan en form for allergi, som lønmodtageren i denne situation led af, måtte kunne anses som et handicap, eftersom allergien var diagnosticeret, påvirkede lønmodtagerens mulighed for at varetage sit arbejde og dermed affødte et kompensationsbehov i form af et behov for handsker ved varetagelse af arbejdet, og sidst men ikke mindst, så må man anse allergien som værende af en vis varighed. Det manglende medhold i sagen bestod hermed ikke i, hvorvidt allergien kunne tolkes som værende et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, men derimod at lønmodtageren ikke havde kunne påpege konkrete omstændigheder eller forhold som tydede på, at hun var blevet afskediget grundet hendes handicap og ikke grundet hendes manglende kompetencer til at bestride stillingen set i forhold til de andre kandidater til stillingen, som var den begrundelse som arbejdsgiveren påpegede.

Ud fra Ligebehandlingsnævnets bemærkninger og konklusioner i denne sag bør man kunne konkludere, at handicapbegrebet endnu en gang har udvidet sit

omfang. Allergi må hermed jf. ligebehandlingsnævnets afgørelse, også blive indbefattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand, såfremt det er allergi, som påvirker lønmodtagerens mulighed for at varetage sit job under almindelig omstændigheder og i den forbindelse afføder et kompensationsbehov, som skal opfyldes af arbejdsgiver før at en optimal varetagelse af jobbeskrivelsen kan lade sig gøre. Ydermere må allergi forstås som værende et handicap, såfremt der er tale om en vis varig tilstand.⁴⁶

Bemærkelsesværdigt er det dog, at Ligebehandlingsnævnet i denne sag påpegede, at allergien bør have en varig karakter og ikke en langvarig karakter, som ellers var en banebrydende udvikling i fortolkningen af, hvad der måtte forstås som handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, set ud fra EU-domstolens afgørelse vedrørende sagerne *PRO DISPLAY* og *DAB*. EU-domstolen slog netop fast, i disse sager at der ikke blot skulle være tale om varig karakter, men derimod langvarig, før at der kunne være tale om et handicap jf. Direktiv 2000/78 og hermed også i forskelsbehandlingslovens § 1. Dette kriterium synes ikke at være taget i betragtning ved Ligebehandlingsnævnets afgørelse i *Allergi-sagen*, som ovenfor er omtalt. Hvis der ikke er tale om en langvarig karakter, men blot en varig karakter, synes det at kunne betvivles, hvorvidt allergi jf. EU-domstolens praksis kan fortolkes som værende et handicap, som Ligebehandlingsnævnet ellers mener. EU-domstolen vægtede netop dette som værende et af de bærende kriterier i forhold til, hvorvidt der i de konkrete sager kunne være tale om et decideret handicap i lovens forstand eller blot et varigt, men alment sygdomsforløb.

Til trods for det direkte ovenstående, mener Ligebehandlingsnævnet at allergi kan udgøre et handicap.

⁴⁶ <http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1408&type=Afgoerelse> - *allergi-sagen*

6.1.2. C - 354/13 - *Fedme-sagen*

EU-domstolens præjudicielle afgørelse i *Fedme-sagen* er endnu et af nyere tids eksempler på, hvor vidtgående handicapbegrebet ifølge direktiv 2000/78 og forskelsbehandlingslovens forstand er i dag.

Denne sag omhandler en påstået forskelsbehandling, grundet handicap i forbindelse med at en lønmodtager blev afskediget fra sin stilling som dagplejer ved Billund Kommune. Lønmodtageren var svært overvægtig og havde været det siden ansættelsen for 15 år siden. Kommunen har haft tilbudt gastrisk bypassoperation og betalt for fitness muligheder, grundet deres sundhedspolitik, men trods disse tilbud forblev lønmodtageren stadig fed. Lønmodtageren var overbevist om at fedmen var årsag til afskedigelsen og påpegede, at dette var et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand og der hermed var sket en uberettiget afskedigelse som måtte udgøre en godtgørelse. Arbejdsgiveren, her Billund Kommune, har haft drøftet fedmen med lønmodtageren ved et møde kort før afskedigelsen, men havde begrundet afskedigelsen i andre årsager, såsom faldende børnetal i kommunen. Lønmodtageren var diagnosticeret til at være under kategorien fed, grundet et BMI på 54. Lønmodtageren måtte hermed anses for at være svært overvægtig. Sagen kom først for EU's generaladvokat, som skulle give sit forslag til, hvad EU-domstolens afgørelse skulle være. Generaladvokatens forslag vil efterfølgende blive gennemgået, eftersom disse indeholdte en del forklaringer omkring, hvorvidt fedme var et handicap eller ej jf. Direktiv 2000/78 og i så fald, hvilke kriterier der var herfor.

EU's generaladvokat gav ikke lønmodtageren medhold i, at der var sket en uberettiget afskedigelse, som mandede ud i lønmodtagerens fedme. Generaladvokaten foreslog, at fedme ikke måtte kunne betragtes som et generelt princip om, at arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle på grund af fedme, men hvis der var tale om fedme i en så væsentlig sværhedsgrad, som der var her, ville fedme godt kunne gå under begrebet handicap i lovens forstand, men udelukkende hvis fedmen/handicappet gjorde, at en lønmodtager ikke fuldt og effektivt kunne deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere i tilsvarende stilling. Generaladvokatens manglende medhold i sagen var hermed ikke begrundet i, at lønmodtagerens fedme ikke kunne betragtes som værende et handicap, rent størrelsesmæssigt, men lønmodtagerens fedme syntes ikke at

have berørt dennes mulighed for fuldt og effektivt at kunne deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere i tilsvarende situation. Det, at handicappet skal have en decideret påvirkning på ansattes mulighed for at deltage på lige fod med andre, er et af de bærende kriterier for at der kan være tale om, at der er sket forskelsbehandling, eftersom en afskedigelse ikke umiddelbart vil munde ud i et handicap, hvis handicappet ikke har nogen som helst betydning for udførelsen af arbejdet. Endnu en grund til at lønmodtagerens ikke fik medhold var, at lønmodtageren allerede ved ansættelsen for 15 år siden, havde samme størrelse og hermed måtte man formode at dette ikke kunne være et problem nu efter 15 år, når det var uden betydning ved ansættelsen.

Hvis EU-domstolen tilsluttede sig disse forslag, ville denne præjudicielle afgørelse bidrage til, at fedme i sig selv ikke for fremtiden kan betegnes som værende et handicap i, hverken forskelsbehandlingslovens forstand eller jf. Direktiv 2000/78, men at den i visse tilfælde vil kunne betragtes som værende et handicap. Der skal, som nævnt lige ovenfor, dog være tale om fedme af så svær en grad, at det påvirker lønmodtagerens mulighed for, at deltage i arbejdet på lige fod med andre. Der skal hermed være tale om fedme med et BMI på over 40 og det skal naturligvis være af en langvarig karakter.

Ydermere konkluderede EU's generaladvokat, at et handicap generelt i denne lovs forstand, intet har at gøre med om handicappet er selvforskyldt, forstået på den måde at, hvordan end handicappet er opstået, så har det ingen betydning i forhold til, hvorvidt man kan være omfattet af handicapbegrebet jf. forskelsbehandlingsloven og Direktiv 2000/78. Det må hermed vurderes objektiv og uafhængigt af, om tilstanden er selvforskyldt eller ej. Generaladvokaten foreslog yderligere, at EU-domstolen lader den nationale ret om at efterprøve, hvorvidt disse betingelser er opfyldt.⁴⁷ EU-domstolen har d. 18. december 2014 tilsluttet sig Generaladvokatens forslag og har hermed slået fast, at fedme i visse tilfælde godt kan udgøre et handicap, såfremt dette udgør *fysiske, psykiske eller mentale skader, i samspil med forskellige barrierer som kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at kunne deltage i arbejdslivet på lige fod*

⁴⁷ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155125&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=199034> - præjudiciel afgørelse angående fedme som handicap

*med andre medarbejde.*⁴⁸ Så, hvorvidt fedme kan være et handicap er blevet konstateret, men hvad denne konkrete sag angår, er det op til den nationale ret at vurdere, hvorvidt dagplejeren (*Fedme-sagen*) her er uberettiget afskediget på dette grundlag eller ej.

Denne afgørelse har vækket meget opsigt hos flere advokatfirmaer herhjemme. Ikke alle synes, at være lige enige omkring, hvordan afgørelsen skal opfattes eller, hvor banebrydende denne afgørelse egentlig er i praksis. Et af de advokatfirmaer, som har udtalt om omkring denne sag er advokatfirmaet Gorrissen Federspiel.

Gorrissen Federspiel udtaler blandt andet, at arbejdsgivere for fremtiden bør søge juridisk hjælp, hvis afskedigelse skal finde sted af personer, som eventuelt kan være opfanget af handicapbegrebet og dets beskyttelsesregler, efter denne afgørelse er slået fast. Dette er formentlig begrundet i, at arbejdsgiver skal være endnu mere påpasselig end tidligere, eftersom grænsen imellem, hvorvidt der er tale om fedme, som er opfanget beskyttelseskriteriet handicap eller ej, er svær at vurdere. Gorrissen Federspiel udtrykker herved, at fedme dommen ifølge dem, formentlig vil få stor betydning for nationale afgørelser indenfor dette område i fremtiden.⁴⁹

Et andet advokatfirma, som har udtalt sig omkring denne sag er Norrbom Vinding, som ikke synes at være enige med f.eks. Gorrissen Federspiel. Norrbom Vinding udtaler blandt andet blot i overskriften af deres artikel, at fedme ikke beskyttes særligt af EU-retten og udtaler yderligere, at de er tilfredse med at der ikke gælder et generelt princip omkring at fedme kan betragtes som et handicap jf. Direktiv 2000/78. Ud fra disse udtaler får man et indtryk af, at de ikke mener at denne afgørelse vil have det store at sige i fremtiden inden for dette område og, at denne afgørelse ikke lægger op til yderligere bekymringer hos arbejdsgivere.⁵⁰

⁴⁸<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de972f3a42468e4e06a072ce186edec9cb.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhmKe0?text=&docid=160935&pageIndex=0&doclang=da&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=127647>

⁴⁹ Sand, Jacob. Skjønnemand, Morten og Qvortrup, Anne. Gorrissen Federspiel. "EU-domstolen: Fedme kan udgøre et handicap"

⁵⁰Frederiksen, Yvonne. Norrbom Vinding. "Fedme er ikke særligt beskyttet i EU-retten."

Hvorvidt fedme afgørelsen vil få en stor betydning for arbejdsgivere på det danske arbejdsmarked i fremtiden, synes der dog ikke at være enighed omkring. Så selvom EU-retten har afgjort, hvad de finder rimeligt jf. Direktiv 2000/78 og dets rammebestemmelser, er uvisheden omkring afgørelsen ved den nationale ret i den konkrete dagplejer-sag, nok til at skabe meget tvivl hos de danske advokatfirmaer, omkring betydningen af EU-domstolens afgørelse af dette retsområdet. De alle venter derfor spændt på afgørelsen af denne sag, som skal efterprøves ved den nationale ret en gang i 2015. En afgørelse på denne vil formentlig skabe mere tryk og enighed omkring, hvordan en lignende sag skal behandles i fremtiden, på national plan.

6.1.3. Delkonklusion

Ud fra perspektiveringsafsnittet kan denne udvikling angående handicapbegrebets anvendelsesområde, som tidligere nævnt, endnu engang bekræftes.

Første eksempel på dette er, at finde ved Ligebehandlingsnævnets allergi-afgørelsen fra 2014. I denne dom konkluderede nævnet, at allergi kan betragtes som værende et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, såfremt allergien påvirker eller påvirkes af arbejdets indhold, afføder et kompensationsbehov og har en langvarig karakter.

Ligeså kan fedme også være omfattet af handicapbegrebet. I EU-domstolens afgørelse af *Fedme-sagen*, fastslog de, at der kan være tale om et handicap, såfremt der er tale om *fedme med et BMI på over 40* og at denne fedme udgøre bl.a. *fysisk, psykisk eller mentalt skader, som i samspil med forskellige barrierer kan forhindre den berørte person i fuldt og effektivt at kunne deltage på lige fod med andre medarbejdere*. Kriteriet omkring handicappets varighed er naturligvis også gældende her og bør være af langvarig karakter. Efter EU-domstolen kom frem til at fedme i visse tilfælde kan udgøre et handicap som kan være indbefattet af Direktiv 2000/78's rammebestemmelser, er det udelukkende op til den nationale ret at vurdere, hvorvidt de omtalte kriterier herfor, er tilfælde i de

enkelte sager. Denne afgørelse har endnu engang været med til at udvide handicapbegrebet. Den udvikling som tidligere er blevet omtalt, både i dette afsnit 6, men også i de tidligere afsnit, ser stadig ud til at gøre sig gældende. Så spørgsmålet er blot om handicapbegrebets omfang nogensinde får nogen ende eller om fremtiden vil medføre flere og flere lidelser/hindringer, som vil kunne blive betragtet som et handicap og hermed være omfattet af beskyttelseskriteriet som følger af forskelsbehandlingsloven og Direktiv 2000/78.

7. Konklusion

Som opsummering af hele afhandlingens analysering, vil der i dette afsnit blive udarbejdet en endegyldig konklusion, som samler alle delkonklusionerne og afsnittene 4.3., 4.4. og 5.3. , i en samlet enhed.

I starten af afhandlingen er det blevet konkluderet, at handicapbegrebet ikke har en entydig og udtømmende definition. Forskelsbehandlingslovens § 1 og definitionen heraf, er ikke af udtømmende karakter og, er hermed åbne for fortolkning. Dog har retspraksis fået fastlagt nogle kriterier, som skal være opfyldt før, at der kan være tale om ikke blot en sygdom, men et decideret handicap i lovens forstand. Disse kriterier blev endegyldigt fastslået ved EU-domstolen i sagerne *PRO DISPLAY* og *DAB*. Kriterierne, som skal være opfyldt, er at sygdommen skal være diagnosticeret og være af langvarig karakter, før der kan være tale om et handicap. Retskilder og retspraksis slår hermed fast, at hvis man i dag skal være beskyttet af forskelsbehandlingslovens beskyttelseskriterium, i denne afhandling, handicap, skal der være tale om - *en fysisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov for, at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation.* Derudover skal dette, som ovenfor nævnt, også være diagnosticeret og af langvarig karakter.

For at være beskyttet af denne bestemmelse, skal der foreligge enten en direkte eller indirekte forskelsbehandling fra arbejdsgivers side. Indirekte forskelsbehandling kan være legaliseret, men det skal være sagligt begrundet.

Hvorvidt det, at arbejdsgiveren er bekendt med handicappet eller ej, har nogen yderligere betydning for afgørelsens udfald, vides ikke konkret. Ud fra en lignende sag blot angående en gravid lønmodtager, må det kunne antages, at et eventuel kendskab, ikke i praksis har nogen videre betydning og, hvad helt konkret angår et handicap, bør denne manglende kendskab slet ikke kunne finde sted. Dels grundet dets affødte behov for kompensation eller tilpasninger, men også ud fra det faktum, at arbejdsgiveren ikke kan overse handicappet enten grundet den handicappede lønmodtagers ændrede

udseende, adfærdsændringer eller lignende heraf. Og skulle tvivlen finde sted, trods det, er handicappet diagnosticeret og en mulighedserklæring herpå kan kræves. Beskyttelsesbestemmelserne kommer hermed forud for eventuelle undskyldeligheder fra arbejdsgivers side.

Ydermere er det under afsnit 1. handicapbegrebet blevet konkluderet, at ikke kun en handicappet lønmodtager selv, er beskyttet af bestemmelsen, men at en forældre og formentlig også en samlever til en handicappet, også kan være beskyttet heraf.

Efter at have fået slået fast, hvornår der er tale om et handicap og forskelsbehandling og hvem der beskyttes herigennem, er der blevet analyseret på arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse jf. forskelsbehandlingsloven § 2a. Denne bestemmelse tilskriver at, *Arbejdsgiveren skal 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 at give en person med handicap adgang til uddannelse. Dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Lettes denne byrde i tilstrækkelig omfang gennem offentlig foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor.*⁵¹ Retspraksis har ændret sig meget, fra dens begyndelse til i dag, hvad angår denne tilpasningsforpligtelse og, hvad den bør indeholde. Retspraksis i dag slår fast, at en arbejdsgiver skal tilpasse og, at denne tilpasning ikke blot behøves at være af materiel karakter, men kan også indbefatte noget mere organisatorisk, som eksempelvis arbejdstiden. Det faktum, at nedsat arbejdstid i dag er en mulighed, blev slået fast i tilsvarende EU-afgørelse, som ovenfor nævnt ved gennemgang af konklusionen omkring handicapbegrebet. Arbejdsgiver skal foretage de nødvendige tilpasninger, dog er det vigtigt at bemærke at arbejdsgiver ikke skal give en handicappet lønmodtager adgang til beskæftigelse, hvis denne lønmodtager ikke anses for værende *kompetent, egnet eller disponibel* i forhold til den konkrete stillings væsentligste funktioner. Omvendt set, er lønmodtageren beskyttet af, at en

⁵¹ Schwarz, Finn og Jacob Hartmann, Jens. "Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven". Side 59.

mulighedserklæring gerne skulle udarbejdes og denne skulle gerne være med til at beholde lønmodtageren i beskæftigelse.

Når kravene omkring selve ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og en handicappet lønmodtager er slået fast, er det vigtigt at få konkluderet, hvorvidt en handicappet lønmodtager kan afskediges på baggrund af 120-dagsreglen jf. funktionærlovens § 5, stk. 2. Såfremt den handicappede lønmodtager forudsætningsvist er omfattet heraf.

Den ovennævnte EU-afgørelse, som indeholder både *PRO DISPLAY* og *DAB-sagen*, slår fast, at 120-dagsreglen i sig selv, ikke giver svar på, hvorvidt denne reglen gør sig gældende for en handicappet lønmodtager, som er omfattet af funktionærlovens § 5, stk. 2. Hertil har EU-domstolen konkluderet at, en arbejdsgiver ikke kan afskedige en handicappet lønmodtager med forkortet varsel jf. 120-dagsreglen, hvis arbejdsgiver ikke har imødekommet sin tilpasningsforpligtelse. Det må formodes, at noget af den handicappede lønmodtagers sygefravær ville kunne være undgået, hvis arbejdsgiver havde overholdt sin tilpasningsforpligtelse og derfor må noget af sygefraværet skyldes arbejdsgivers passive adfærd og komme den handicappede lønmodtager til gode.

I en og samme sag slår EU-domstolen også fast, at arbejdsgiver, som udgangspunkt ikke kan afskedige en handicappet lønmodtager med forkortet varsel jf. 120-dagsreglen, hvis noget af lønmodtagerens sygefravær relaterer sig til handicappet, men hvorvidt dette gør sig gældende i alle lignende sager, er op til den nationale domstol at vurdere. Den nationale domstol skal foretage en rimelig afvejning af både arbejdsgivers og lønmodtagers interesse og den eventuelle forskelsbehandling, som kan have fundet sted og ud fra dette, komme frem til, om de vil forfølge arbejdsgivers interesse eller lønmodtagers.

EU-domstolen har hermed ikke givet noget entydigt og endegyldigt svar på, hvad der generelt skal gælde herfor i fremtidige tilsvarende sager, men de synes at søge i retning af, at sygefravær relateret til handicappet bør tolkes, som værende diskriminerende nok til, at disse sygefraværsdage ikke burde kunne indgå i 120-dagsreglen. Umiddelbart må det konstateres at EU-domstolen bevæger sig i retning af, at kun almen influenza og sygeforløb bør

medregnes i de 120 dage, for ikke at stille en handicappet lønmodtager ringere end en anden, som ikke er handicappet, men som også er underlagt funktionærlovens § 5, stk. 2. Sådan så vilkårene er ens for alle parter.

Når al det begrebs-, og fortolkningsmæssige i henhold til bestemmelserne, er konkluderet, har nyere praksis lagt op til at foretage en perspektivering af hele området, for at belyse, hvad disse bestemmelser egentlig kan rumme i dag og hvor dynamisk de er blevet, af karakter. I perspektiveringsafsnittet fremgår det tydeligt, at de bestemmelser, som denne afhandling har omhandlet, er i konstant udvikling. Under dette afsnit ses det i praksis, at allergi bliver betegnet som værende et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, såfremt det påvirker eller påvirkes af arbejdet og dets indhold, afføder et kompensationsbehov og er af varig karakter. Det, at allergi kan blive betragtet som et handicap i lovens forstand, er noget helt nyt. Endnu et vidtgående eksempel er *Fedme-sagen*, hvori det konkluderes at fedme også kan udgøre et handicap i lovens forstand. Det kan det, såfremt at denne fedme udgør enten: *"Fysisk, psykisk eller mentale skader, som i samspil med forskellige barrierer kan forhindre den berørte person i fuldt og effektivt at kunne deltage på lige fod med andre medarbejdere."* Kriteriet omkring handicappet skal være af langvarig karakter er naturligvis også gældende her.

Disse to afgørelser vidner om at handicapbegrebet er dynamisk af fortolkning, og derfor umiddelbar er i konstant udvikling.

Samlet set, ud fra alt det ovenstående, kan det konkluderes at beskyttelsesbestemmelserne, omkring en handicappet lønmodtager og dennes krav på tilpasninger på arbejdspladsen, bliver ved med at udvikle sig og denne udvikling ses umiddelbart ikke, at have nogen ende i praksis. Kun juridisk argumentation og fantasien sætter grænser for, hvad disse bestemmelser kan indbefatte på nuværende tidspunkt.

8. English summary

This thesis is mainly about the Danish Discrimination Act §§ 1 and 2a. During this thesis there is made a description about how these provisions work in jurisprudence today and this have helped creating an idea of their interpretation. The provisions are not exhaustive and therefore there's a lot of doubt about how to use them in jurisprudence. The main purpose of this thesis were to try analyzing on the newest jurisprudence in this area and in this way, see if there were a pattern there could help clear out this doubt about these provisions and their scope.

First, the concept of "disability" was examined both through the law text in the Danish Discrimination Act § 1 and jurisprudence. This chapter concludes the distinction between ordinary illness and disability in the legal sense. § 1 do not describe what the term - disability - imply but the Employment Ministry have tried to define disability in the following way: *A disability is if you have a physical or intellectual disability which generate a need for compensation to participate in professional life on an equal basis with other people in a similar situation.* The difference between ordinary illness and disability in jurisprudence is mainly that the employee has to have a medical diagnosed disability and the limitation has to be a long-term one before he can call himself disabled in the legal sense. It isn't just the disabled himself there are protected by this special provision. The jurisprudence has also concluded that a parent or a cohabitant to a disabled can be protected by it.

The second chapter was about the Danish Discrimination Act § 2a, which is about the employer's obligation to make adaptations for a disabled employee. Jurisprudence in this chapter concludes that the adaptation not only has to be of a material character but that working hours also should be included as a possibility, if necessary.

In the third chapter the Danish Salaried Employees Act § 5 – The 120-day rule was examined. § 5 don't define if disabled employees can be included in this rule or not. Therefore the Danish court brought questions about this for the European court. A preliminary ruling in the EU-court concludes that cf. the Directive 2000/78 a disabled employee can't be dismissed with a reduced period of notice, if the disabled employee has been absent, because of the illness, with his salary being paid, for 120 days during the previous 12 months where those absences are the consequences of the employer's failure to take the appropriate measures in accordance with the obligation to make reasonable adaptations.

If the adaptation had been made, the absent probably have been a lot less and the employer's failure or inaction to make these adaptations isn't the disabled employee fault and therefore he don't have to be punished for it.

Furthermore the EU-court pointed out that a disabled employee shouldn't be dismissed with a reduced period of notice, if the disabled employee has been absent because of his illness, with his salary being paid, for 120 days during the previous 12 months, where those absences are the consequence of his disability, unless that legislation, as well as pursuing a legitimate aim, don't go beyond what is necessary to achieve that aim, that being for the referring court to assess. That would be seen as an indirect discrimination but it's not that simple to determined. The purpose about this provision was to protected both the employer and the disabled employee, so that the employer should give a person who has a high-risk of absent, a chance for a job and if this employee have to much absent, the employer wasn't forced to keep him for more than 120 days and a few days more. Because of this purpose and the discrimination issue the EU-court concluded that it will be up to the national court to determine in each case, if it is possible to dismiss a disabled employee because of absent over 120 days, if some of those days are related to the disability. EU-court may be seeking to that absent because of a disability, shouldn't be included in the 120 days but only absent because of ordinary illness, otherwise it would be discriminating to the disabled employee.

In the second last chapter there are made a perspective to two of the newest decisions from The Board of Equal Treatment. The first decision was about allergy. In this decision the board concludes that allergy can be seen as a disability in legal sense, if the allergy affect or are affected by the work, if it generate a need for compensation and the limitation has to be a long-term one. The second decision was about obesity. The board concludes that also obesity can be seen as a disability in legal sense, if the obesity has a BMI over 40 and this entails a limitation which results in particular obesity *from physical, psychological or mental impairments which in interaction with various barriers may hinder the full and effective participation of the person concerned in professional life on an equal basis with other employees*. The limitation also has to be a long-term one in this situation as is the cases above.

The last chapter contains a conclusion.

9. Litteraturliste

9.1. Artikler

Frederiksen, Yvonne. Norrbom Vinding - Fedme er ikke særligt beskyttet i EU-retten. (18 december, 2014).

Frederiksen, Yvonne. Norrbom Vinding – Medarbejderens samlevers handicap. (11 juni, 2014).

Lage, Marianne. Horton - Handicappets samlevers også beskyttet af forskelsbehandlingsloven. (10 juni, 2014).

Sand, Jacob. Skjønnemand, Morten og Qvortrup, Anne. Gorrissen Federspiel – EU-domstolen: Fedme kan udgøre et handicap. (18 december, 2014)

Schwarz, Finn og Enkegaard, Jonas. Horton – Fedme kan være et handicap. (22 juli, 2014).

9.2. Betænkninger og forarbejder

Lov 2004-12-22 nr. 1417 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. – forarbejder og noter til forskelsbehandlingslovens §§ 1 og 2a.

Lov 2009-06-12 nr. 480 om ændring af lov om sygedagpenge, lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, lov om aktiv socialpolitik og lov om integration af udlændinge i Danmark – forarbejder og noter til sygedagpengelovens §§ 36 og 36a.

9.3. Bøger

Andersen, Lars Svenning og Klingsten, Mette, m.fl.. Funktionærret (2011, 4. Udgave). Jurist-, og Økonomforbundets Forlag.

Evald, Jens. Retsfilosofi, Retsvidenskab og Retskildelære (2004). DJØF Forlag (København).

Frederiksen, Yvonne og Krarup, Mads. Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet (2008, udgave 1/1. Oplag). Forlaget Thomson A/S

Greisen, Linda Rudolph. Kort om forskelsbehandling (2010, 2. Udgave). Dansk Arbejdsgiverforenings Forlag.

Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina. Retskilder & Retsteorier (2008). DJØF Forlag (København).

Schwarz, Finn og Jacob Hartmann, Jens, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven (2011, udgave 1/1. Oplag). Thomson Reuters.

9.4. Domspraksis

9.4.1. Dansk

U2012.1782H - Graviditet-sagen

SH2014.F-19-06 – DAB

9.4.2. Europæisk

C - 13/05 Chacón Nava

C – 303/06 Coleman-sagen

C - 335/11 Pro Display-sagen

C - 337/11 DAB-sagen

9.4.3. Ligebehandlingsnævnet

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 189/2011 – Døv lærer

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 276/2012 – Ryglidelse

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 67/2014 – Allergi

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 197/2014 - Socialpædagog

Ligebehandlingsnævnets afgørelse nr. 208/2014 – Kronisk tarmsygdom

9.5. Websider

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de972f3a42468e4e06a072ce186edec9cb.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN40bhmKe0?text=&docid=160935&pageIndex=0&doclang=da&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=127647>

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155125&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=199034>

http://www.denstoredanske.dk/Sprog_religion_og_filosofi/Filosofi/Filosofiske_begreber_og_fagudtryk/analogi

<http://www.gorrissenfederspiel.com/GFKNyheder/Files/Dokument1DK/458.pdf>

<http://www.horten.dk/Nyhedsliste/2014/Juni/Handicappets-samlever-ogsaa-beskyttet-af-forskelsbehandlingsloven>

<https://www.karnovgroup.dk>

<https://jura.karnovgroup.dk/document/7000300952/1?versid=437-1-2004>

http://jura.karnovgroup.dk/document/7000644447/elem/LBKG2014833_P36A?versid=197-1-2001#relation-RRP2

<https://www.lederne.dk/lho/Ansaettelsesvilkaar/underansaettelsen/sygdomogandetfravaer/120sygedagesreglen.htm>

<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=804&type=Afgoerelse>

<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=893&type=Afgoerelse>

<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1408&type=Afgoerelse>

<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1538&type=Resume>

<http://www.ligebehandlingsnaevnet.dk/naevnsdatabase/afgoerelse.aspx?aid=1549&type=Afgoerelse>

<http://norrboevinding.com/da/nyhed/18122014/fedme-er-ikke-saerligt-beskyttet-i-eu-retten>

<http://norrboevinding.com/Nyheder/sider/detail.aspx?newsid=3563>

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=123029>