

Arbejdsgivers pligt til at undersøge hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger efter handicappede medarbejders behov

Kandidatspeciale

Camilla Hansen
Aalborg Universitet



Titelblad

Kandidatspeciale, 10. semester, jura.

Titel

Dansk: Arbejdsgivers pligt til at undersøge hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger efter handicappede medarbejderes behov.

Engelsk: An employer's obligation to look into reasonable accommodation for disabled persons' need.

Fag: Ansættelsesret

Anslag: 143.423

Navn og fødselsdag:

Camilla Hansen, 27/12-90

Vejleder:

Bjørn Holtze

Dato for aflevering: Torsdag den 26. maj 2016

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	5
2. Problemfelt	7
2.1. Problemformulering	7
2.2. Specialets opbygning	7
3. Afgrænsning	9
4. Metode	10
5. Beskyttelsen af handicappede	11
5.1. EU-retten	11
5.1.1. <i>Beskæftigelsesdirektivets beskyttelse af handicappede</i>	12
5.1.2. <i>EU-praksis om handicapbegrebet</i>	13
5.1.3. <i>Tilpasningsforpligtelsen</i>	17
5.2. Forskelsbehandlingslovens beskyttelse af handicappede	19
5.2.1. <i>Handicapbegrebet</i>	19
5.2.2. <i>Tilpasningsforpligtelsen</i>	21
5.2.3. <i>Opsigelse af handicappede</i>	22
5.3. Sygdom	24
5.4. Delt bevisbyrde	26
5.5. Ligebehandlingsnævnet	27
5.6. Sammenfatning om beskyttelsen af handicappede	28
6. Arbejdsgiverens viden og burde-viden	30
6.1. U 2015.3301 H, Werge	30
6.2. U 2015.3827 H, Skibby Supermarked	32
6.3. Sammenfatning af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H	34
6.4. 120-dages reglen	35
6.5. Ulovbestemt undersøgelsespligt	36
7. Arbejdsgiverens undersøgelsespligt	38
7.1. Opsigelse	39
7.1.1. <i>Opsigelsestidspunktet</i>	40
7.2. Opsigelse af handicappede	41
7.2.1. <i>Varighedsbegrebet i dansk retspraksis</i>	42
7.2.2. <i>Højesterets dom af 13. april 2016</i>	46

7.2.3. Medarbejderens prognose	48
7.2.4. Sammenfatning om opsigelse af handicappede	49
7.3. Arbejdsgiverens undersøgelsespligt ved sygefravær	50
7.3.1. Arbejdsgiverens rettigheder og begrænsninger efter helbredsoplysningsloven	50
7.3.2. Arbejdsgiverens undersøgelsespligt efter sygedagepengeloven	51
7.3.3. Praksis om arbejdsgiverens undersøgelser af sygefravær	53
7.4. Sygedagepengelovens reglers betydning for handicappede	57
7.5. Sammenfatning	59
8. Medarbejderens oplysningspligt	61
8.1. Sammenfatning	65
9. Konklusion	66
10. Abstract	68
11. Litteraturliste	69
12. Bilag	72

1. Indledning

I år 1996 trådte lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet i kraft,¹ og dette samlede regelsæt har til formål at sikre mod diskrimination på det danske arbejdsmarked. Forskelsbehandlingsloven er løbende blevet ændret og bærer i dens nuværende form i høj grad præg af implementeringen af EU-direktiverne; direktiv om etnisk ligebehandling og beskæftigelsesdirektivet.^{2 3}

Forskelsbehandlingsloven forbyder forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller ved løn- og arbejdsvilkår. Lovens beskyttelse gælder for allerede ansatte, der fx får et handicap ved en ulykke eller i forbindelse med en sygdom. Loven omfatter således al forskelsbehandling, bortset fra forskelsbehandling på grund af køn.

Der skelnes mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. Direkte forskelsbehandling er, når en person, på grund af kriterierne i loven, behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville være blevet behandlet i en tilsvarende situation. Indirekte forskelsbehandling forekommer, når en tilsyneladende neutral bestemmelse, kriterium eller praksis medfører, at en person, der opfylder kriterierne i loven, stilles ringere end andre personer i tilsvarende situation. Indirekte forskelsbehandling kan dog tillades, såfremt den pågældende bestemmelse, kriterium eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde dette formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Chikane på grund af kriterierne i loven og instruktion til at forskelsbehandle betragtes ligeledes som forskelsbehandling i strid med loven.

Ved handicappede er der en skærpet proportionalitetsvurdering ved indirekte forskelsbehandling, da en arbejdsgiver skal undersøge, om en passende foranstaltning kan give handicappede personer adgang til beskæftigelse alligevel, jf. forskelsbehandlingsloven § 2a.

¹ Lov nr. 459 af 12. juni 1996 (forskelsbehandlingsloven)

² Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet)

³ Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (direktiv om etnisk ligebehandling)

Tilpasningerne af arbejdspladsen skal være hensigtsmæssige i forhold til den handicappede persons konkrete behov. Disse tilpasninger må ikke pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig økonomiske byrde. Forpligtelsen, som arbejdsgiveren er pålagt, skal indgå i den samlede vurdering af, om den handicappede person udsættes for indirekte forskelsbehandling.

2. Problemfelt

Specialet er opbygget med baggrund i Højesterets domme U 2015.3301 H og U 2015.3827 H. Spørgsmålet om rækkevidden af tilpasningsforpligtelsen har tidligere været behandlet ad flere omgange i retspraksis, men ovennævnte Højesteretsdommes principielle karakter er i særdeleshed interessante for retspraksis fremtidige udvikling, idet dommene er med til at sætte grænser for arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

2.1. Problemformulering

Med denne afhandling undersøges det, hvornår der opstår en tilpasningsforpligtelse for en arbejdsgiver på baggrund af de to højesteretsdomme U 2015.3301 H og U 2015.3827 H.

Det er i den forbindelse relevant at undersøge, hvorvidt arbejdsgiveren har en undersøgelsespligt i forbindelse med en medarbejders fravær, herunder varigheden af fraværet, og om en medarbejder har en oplysningspligt i forbindelse med fravær af længere varighed.

2.2. Specialets opbygning

Specialet vil først behandle beskyttelsen af handicappede og tilpasningsforpligtelsen efter lovgivningen. Indledningsvist vil EU-retten, som er relevant for U 2015.3301 H og U 2015.3827 H blive behandlet. Dernæst vil national ret blive belyst. Formålet med afsnittet er at klarlægge, hvilke regler, der er relevante i forhold til denne afhandling.

Der vil yderligere blive redegjort for U 2015.3301 H og U 2015.3827 H, som er specialets omdrejningspunkter. Afsnittet vil først belyse dommenes problemstillinger og dernæst, hvad der kan udledes af dommene.

Dernæst vil der ses nærmere på arbejdsgiverens undersøgelsespligt i forbindelse med handicappedes fravær samt belyses, hvornår tilpasningsforpligtelsen opstår. Dette vil ske på baggrund af en analyse og diskussion af retspraksis sammenholdt med retsreglerne på området og U 2015.3301 H og U 2015.3827 H.

Afslutningsvist vil det blive belyst, om der for medarbejderen består en oplysningspligt i forbindelse med arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

Kildehenvisninger vil løbene fremgå af fodnoter med henvisning til forfatter og sidetal. EU-domme vil være angivet med sagsøgers navn. Alle EU-domme er fundet på eur-lex.europa.eu. Dansk praksis vil være angivet med domsnummer, som de findes på www.karnovgroup.dk.

3. Afgrænsning

Omdrejningspunktet for afhandlingen vil udelukkende være forskelsbehandlingslovens beskyttelsesregler for handicappede. De øvrige beskyttelsesværdige personer i loven vil ikke blive behandlet nærmere.

Forskelsbehandlingsloven har implementeret EU's beskæftigelsesdirektiv. Med beskæftigelsesdirektivet sikres den handicappedes ret til beskæftigelse på lige fod med andre ikke-handicappede personer, som foreskrevet i FN's konvention om handicappedes rettigheder. Konventionen er tiltrådt af EU, og er dermed bindende for medlemsstaterne, herunder Danmark. I nærværende afhandling anvendes konventionen udelukkende som fortolkningsbidrag til handicapbegrebet og tilpasningsforpligtelsen i det omfang, det er fundet hensigtsmæssigt. Ligeledes vil EU-retten kun blive inddraget, når det findes hensigtsmæssigt, da specialets formål er at belyse undersøgelsespligten i dansk ret.

Medarbejderne i U 2015.3301 H og U 2015.3827 H var begge ansat som funktionærer. Undervejs vil funktionærloven derfor blive berørt, når det findes nødvendigt. Loven vil, udover dette, ikke blive behandlet dybdegående, og kun relevante paragraffer for problemstillingen behandles. I forhold til at vurdere udfaldet af dommene vil der endvidere blive indbragt andre særlove i afhandlingen. Det er kun de områder i lovene, som er relevante for problemstillingen, der vil blive berørt.

Handicapbegrebet blev først endeligt bestemt af EU-Domstolen den 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge-sagen). Denne afhandling vil således primært tage udgangspunkt i praksis afsagt efter EU-Domstolens dom. Dog vil der undervejs blive inddraget ældre praksis til støtte for nugældende ret samt for at sætte perspektiv på den nuværende retsstiling og udviklingen deraf.

I forskelsbehandlingsloven § 7 er der hjemmel til at personer der føler sig krænket kan få tildelt en godtgørelse. Ved fastsættelsen af godtgørelsen, tages der udgangspunkt i de retningslinjer der er udviklet ved afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9, som fastsat ved dom i U 2013.2575 H. Godtgørelsens størrelse lægger vægt på krænkelsens karakter samt medarbejderens anciennitet. Godtgørelsens størrelse er ikke relevant for dette speciale og vil ikke blive behandlet yderligere.

4. Metode

Afhandlingen har til formål at belyse, hvornår en arbejdsgiver har pligt til at foretage tilpasningsforanstaltninger. Dette var problemstillingen i de to Højesteretsdomme U 2015.3301 H og U 2015.3827 H.

Undersøgelsen er udarbejdet efter den retsdogmatiske metode, hvorved gældende ret beskrives, fortolkes og analyseres. Formålet med denne metode er at beskrive retstilstanden og klarlægge gældende ret ud fra retskilder og fortolkningsprincipper. I denne afhandling er der lagt særlig vægt på to retskilder: retsregler og retspraksis. Baggrunden for dette er, at det er op til domstolene at træffe beslutning om gældende regler i retsvidenskaben.⁴

Fortolkningsprincipperne, der anvendes i denne afhandling, er ordlydsfortolkning af lovgivers formål med retsreglen sammenholdt med retspraksis.⁵ Ved domsanalyse er der lagt særlig vægt på dommenes præmisser. Dommens begrundelse og resultat er konkret vurderet på baggrund af den enkelte sags omstændigheder. Dommens præmisser er derimod generelle synspunkter, som kan sammenlignes med andre sager.⁶

Ved domspraksis og domsanalyse fokuseres der primært på Højesteretsdomme som følge af den retlige trinfølge. Grundet deres principielle karakter tillægges de mere vægt i retspraksis end domme afsagt i lavere instanser. Højesteretsdommene vil undervejs blive støttet af Landsretsdomme for derved at belyse problemstillingen yderligere.

Ydermere vil problemstillingen blive belyst af EU-retten. EU har bemyndigelse til at udstede retsregler for alle medlemslandene, herunder direktiver, der er bindende for EU's medlemsstater. Disse regler har som udgangspunkt forrang for national ret med forbehold for Grundlovens § 20, hvori det er foreskrevet, at en international organisation ikke må udstede retsregler og træffe afgørelse om forhold, der strider imod Grundloven.⁷

⁴ Munk-Hansen, Carsten, s. 94-97

⁵ Munk-Hansen, Carsten, s. 142

⁶ Peter Blume, s. 183-186

⁷ Peter Blume, s. 205-216

5. Beskyttelsen af handicappede

Denne del af specialet omhandler handicapbegrebet samt den tilpasningsforpligtelse, der påhviler arbejdsgiveren. Begreberne er hverken defineret i forskelsbehandlingsloven eller i EU's beskæftigelsesdirektiv. Afsnittet vil derfor først omhandle EU-retten, herunder beskæftigelsesdirektivets regler om forbud mod forskelsbehandling, samt EU-praksis for derved nærmere at definere handicapbegrebet. Dernæst vil national ret blive behandlet. Afslutningsvis vil der være en sammenfatning af reglerne om beskyttelsen af handicappede.

5.1. EU-retten

EU (daværende EF) opstod i år 1958 ved vedtagelsen af Rom-traktaten. Ved Danmarks indtræden i EU blev EU's retsregler bindende i dansk ret. Siden EU opstod i år 1958, har der været traktatændringer fem gange. Senest blev Lissabon-traktaten vedtaget i 2009.⁸ Lissabon-traktaten udgør rammerne for EU-retten og er bindende for alle medlemslandene.

Retskilderne i EU klassificeres og opdeles på følgende måde: Primærretten, som er EU's traktatgrundlag, sekundærretten, som består af forordninger, direktiver og afgørelser, og dernæst består EU-retten af domspraksis fra EU-Domstolen (tidligere EF-domstolen). EU-Domstolens afgørelser er bindende i alle enkeltheder for dem, den angiver at være rettet til. Ved Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 fik EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder samme rang som EU-traktaten. EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder indeholder et forbud mod diskrimination på grund af handicap i artikel 21.

Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmådes (TEUF) artikel 288 giver EU beføjelsen til at udstede forordninger, direktiver og afgørelser, som er bindende for medlemsstaterne. Medlemsstaterne kan selv vælge form og midler til gennemførelse af direktiver i den nationale lovgivning.⁹

Beskæftigelsesdirektivet er vedtaget med hjemmel i TEUF artikel 19 (tidligere artikel 13 EF), som indeholder hjemmel til at udstede retsakter til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race, eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

⁸ Udenrigsministeriet

⁹ Nielsen, Ruth, s. 61-78

Således stammer den EU-retlige pligt til ikke at forskelsbehandle på beskæftigelsesområdet fra sekundærretten. Et generelt forbud mod at diskriminere handicappede stammer fra primærretten.

5.1.1. Beskæftigelsesdirektivets beskyttelse af handicappede

EU's tiltrædelse af FN's konvention om handicappedes rettigheder (CRPD) ved Rådets Afgørelse af 26. november 2009 (2010/48/EF) var et afgørende skridt, der sikrede, at handicappedes rettigheder blev en del af EU-lovgivningen, herunder beskæftigelsesdirektivet.^{10 11}

CRPD definerer ikke konkret, hvad et handicap er. I præamblen e) anerkendes det, at "handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsbestemte og omgivelsesmæssige barrierer, som hindrer dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre."

Det følger af CRPD artikel 1, at formålet med FN-konventionen er at fremme, beskytte og sikre muligheden for, at alle personer med handicap fuldt ud kan nyde menneskerettigheder og grundlæggende rettigheder på lige fod med andre. CRPD fastlægger, at handicappede personer omfatter personer med langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, der ikke kan fuldt og effektivt deltage i samfundslivet. I følge CRPD artikel 2, består diskrimination af handicappede af enhver sondring, udelukkelse eller begrænsning på grund af handicapet, herunder nægtelsen af at foretage rimelige tilpasninger af arbejdspladsen. Tilpasninger af rimeligt omfang defineres i medfør af artikel 2, som nødvendige og passende ændringer og justeringer, der ikke er uforholdsmæssigt byrdefulde for arbejdsgiveren.

Ved EU's tiltrædelse af CRPD har EU tiltrådt denne definition af handicapbegrebet og tilpasningsforanstaltninger samt det faktum, at handicapbegrebet er et begreb under udvikling. Denne afhandling vil ikke beskæftige sig yderligere med FN-konventionen.

¹⁰ FRA - Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder, s. 15

¹¹ FN-konventionen blev vedtaget af De Forenede Nationers Generalforsamling den 13. december 2006 og trådte i kraft den 3. maj 2008. Konventionen er endvidere tiltrådt af Danmark og trådte i kraft 23. august 2009.

I forhold til U 2015.3301 H og U 2015.3827 H findes artikel 2, 3 og 5 i beskæftigelsesdirektivet af størst relevans. Artikel 2, stk. 1 - 4 forskriver forbuddet mod direkte og indirekte forskelsbehandling på grund af handicap, herunder også et forbud mod chikane af handicappede og forbud mod at give instruktioner til at forskelsbehandle. Artikel 3 forskriver anvendelsesområdet for reglerne, herunder blandt andet ved ansættelse og afskedigelse, mens artikel 5 omhandler tilpasningsforpligtelsen.

Beskæftigelsesdirektivet indeholder ikke nogen yderlig definition af handicapbegrebet, hvorfor det er relevant at se nærmere på EU-praksis på området.

5.1.2. EU-praksis om handicapbegrebet

EU-rettens definition af handicapbegrebet, og til dels tilpasningsforpligtelsens udstrækning, er defineret i praksis. På baggrund af EU-dommene C-13/05 (Chacón Navas)¹², de forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge)¹³ og C-303/06 (Coleman)¹⁴ vil handicapbegrebet blive nærmere defineret i dette afsnit.

I Chacón Navas-sagen blev sagsøgeren afskediget efter 8 måneders sygdom, hvor hun havde været på sygeorlov og modtaget en ydelse som følge af uarbejdsdygtighed. Hun fremførte herefter, at afskedigelse var i strid med EU-direktivet. I forslaget til afgørelsen udtalte Generaladvokat Geelhoed, om handicapbegrebet at begrebet “i hele fællesskabet skal underlægges en selvstændig og ensartet fortolkning”¹⁵, at “handicap både som medicinskvidenskabeligt begreb og i dets sociale betydning er ude i en ret hurtig udvikling”¹⁶, og at det bør “undlades at tilstræbe en mere eller mindre endelig og fast definition af begrebet handicap”.¹⁷ I EU-Domstolens afgørelse udtalte domstolen, at handicapbegrebet skal forstås

¹² EF-Domstolen sag C-13/05, Chacón Navas mod Euresit Colectividades SA, 11. juli 2006.

¹³ EF-Domstolens forenede sager C-335/11 og C-337/11, HK Danmark mod Dansk Almennyttigt Boligselskab og Dansk arbejdsgiverforening, 11. april 2013

¹⁴ EF-Domstolen, C-303/06, Coleman mod Attridge Law og Steve Law, 17. juli 2008.

¹⁵ Forslag til afgørelse fra generaladvokat L.A. Geelhoed, Sag C-13/05 (Chacón Navas), præmis 64.

¹⁶ Forslag til afgørelse fra generaladvokat L.A. Geelhoed, Sag C-13/05 (Chacón Navas), præmis 58

¹⁷ Forslag til afgørelse fra generaladvokat L.A. Geelhoed, Sag C-13/05 (Chacón Navas), præmis 67

således, at det omfatter en begrænsning blandt andet som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader. Begrænsningen skal begrænse medarbejderen i at deltage i erhvervslivet, og begrænsningen skal muligvis være af lang varighed.¹⁸ ¹⁹ Det er ikke umiddelbart et krav, at medarbejderens helbredstilstand er permanent, men det må antages, at en lidelse skal have en langvarig udstrækning, som begrænser medarbejderens mulighed for at udføre sit arbejde.²⁰

Efter afsigelsen af Chacón Navas-sagen var der stadig tvivl om udstrækningen af handicapbegrebet, og i den forbindelse forelagde Sø- og Handelsretten et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen. Dette var med henblik på besvarelse af nogle spørgsmål, der var fælles for U 2014.1223 SH og U 2015.3301 H. EU-Domstolen tog stilling til spørgsmålene i de forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge-sagen) den 11. april 2013. De to konkrete sager angik afskedigelse af henholdsvis en person med konstante lænderygmerter, der ikke kunne behandles, og en person, som ved et trafikuheld havde pådraget sig et piskesmæld. De to medarbejdere (Ring og Werge) blev afskediget med forkortet opsigelsesvarsel i henhold til 120-dages reglen i funktionærloven, og i den forbindelse bad Sø- og Handelsretten EU-Domstolen tage stilling til fire spørgsmål:

1. Hvorledes defineres begrebet handicap?
2. Om nedsat arbejdstid er en af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren er forpligtet til at tilbyde for at sikre ligebehandling af handicappede?
3. Om brug af en national bestemmelse som 120-dages reglen, er i strid med EU-retten, hvis sygefraværet skyldes handicap, og arbejdsgiveren har tilsidesat sin tilpasningsforpligtelse?
4. Om brug af en national bestemmelse som 120-dages reglen, er i strid med EU-retten, hvis sygefraværet skyldes handicap?

Foreløbig vil det første spørgsmål blive behandlet. Andet spørgsmål vil blive behandlet i afsnit **5.1.3.**, og tredje og fjerde spørgsmål vil blive behandlet i afsnit **6.4.**

¹⁸ C-13/05 (Chacón Navas), præmis 43

¹⁹ C-13/05 (Chacón Navas), præmis 45

²⁰ Schwarz, Finn & Hartman, Jens Jakob, s. 261, l. 11-14

EU-Domstolen konkluderede, at handicapbegrebet skal fortolkes således, at det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt ud og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre ansatte, og denne begrænsning er af lang varighed.²¹ Endvidere er karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af begrebet.²²

I Ring og Werge-sagen skærpede EU-Domstolen kravene til, hvornår der er tale om et handicap i forhold til Chacón Navas-sagen. EU-Domstolen fastslog, at helbredstilstandens begrænsning på arbejdsmarkedet skal være af lang varighed. Dette er i modsætning til vurderingen af, at funktionsnedsættelsen kun muligvis skulle være af lang varighed. Ved afgørelsen af Ring og Werge-sagen blev der ved vurderingen af varighedsbegrebet lagt vægt på, at det fremgår af CRPD, at et handicap skal være langvarigt.²³ EU-Domstolen tilføjede yderligere, at beskyttelsen af handicappede gælder, uanset om handicappet er medfødt, om det skyldes en ulykke, eller om det er forårsaget af en sygdom. Det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at begrænse beskyttelsen med henvisning til årsagen til handicappets opståen.²⁴

Endvidere udtalte EU-Domstolen at “den omstændighed, at den berørte person kun kan udføre sit arbejde i begrænset omfang, er ikke til hinder for, at denne persons helbredstilstand henhører under begrebet handicap.”²⁵ Et handicap er således ikke betinget af en fuldstændig udelukkelse fra at få et arbejde eller fra arbejdslivet. Dette blev fulgt op af præmis 44, hvoraf det fremgår, at et handicap omfatter en gene for udøvelsen af en erhvervmæssig aktivitet og ikke en umulighed for at udøve en erhvervmæssig aktivitet. Herved svarede EU-Domstolen

²¹ C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 47

²² C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 46

²³ C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 39

²⁴ C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 40

²⁵ C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 43

også delvist på spørgsmål to, idet EU-Domstolen nævnte, at en person, der kun kan arbejde på deltid på grund af denne gene, er omfattet af handicapbegrebet.

EU-Domstolen har også taget stilling til, hvor langt beskyttelsen i beskæftigelsesdirektivet strækker sig. Ved vurderingen af, om en person er omfattet af den beskyttelsesværdige gruppe i direktivet, fandt EU-Domstolen i Coleman-sagen, at der skal fokuseres på den forskelsbehandling, som bliver udført, og ikke på om den udsatte selv har et handicap.

I Coleman-sagen fratrådte sagsøgeren sin stilling, efter at hun var blevet ringere behandlet end andre ansatte, der ikke havde et handicappet barn. EU-Domstolen fastslog, at sagsøgeren var omfattet af beskyttelsen mod direkte forskelsbehandling og chikane, da hun havde et handicappet barn. Det fremgår af afgørelsen at: "Forbud mod direkte forskelsbehandling ikke er begrænset til personer, som selv har et handicap. Når en arbejdsgiver behandler en ansat, der ikke selv har et handicap, ringere, end en anden ansat bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation, og det er bevist, at den ringere behandling, som den ansatte har været udsat for, skyldes et handicap hos den pågældendes barn, som vedkommende yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for, er en sådan behandling i strid med forbuddet mod direkte forskelsbehandling".²⁶ Endvidere konkluderede EU-Domstolen, at forbuddet mod chikane også gælder, når chikanen har relation til en medarbejders handicappet barn, når vedkommende yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for.²⁷

I Kaltoft-sagen²⁸ tog EU-Domstolen stilling til, om en specifik helbredstilstand, fedme, var omfattet af beskyttelsen mod forskelsbehandling. EU-Domstolen fastslog, at handicapbegrebet ikke påvirkes af spørgsmålet om, i hvilken grad personen har kunnet medvirke til handicappets opståen.²⁹ Dette stemmer overens med udtalelsen i Ring og Werge-sagens præmis 40 om, at måden, hvorpå handicappet er opstået, er uden betydning for, om en person skal anses som værende handicappet.

²⁶ C-303/06 (Coleman), præmis 56

²⁷ C-303/06 (Coleman), præmis 63

²⁸ EF-Domstolen sag C-354/13, Karsten Kaltoft mod Billund Kommune, 18. december 2014

²⁹ C-354/13 (Kaltoft), præmis 56

EU-Domstolen fandt, at beskæftigelses-direktivet, herunder forskelsbehandlingsloven, skal fortolkes således, at fedme ikke generelt kan betragtes som et handicap. Derimod kan fedme udgøre et handicap, når tilstanden indebærer en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere. Det er op til national ret at efterprøve om betingelserne er opfyldt.³⁰

5.1.3. Tilpasningsforpligtelsen

Det er endvidere relevant for denne afhandling at redegøre for, hvad en tilpasningsforpligtelse er for derved at kunne analysere arbejdsgiverens undersøgelsespligt i forbindelse med at fortage hensigtsmæssige tilpasninger af arbejdspladsen.

Tilpasningsforpligtelsen følger af artikel 5 i beskæftigelsesdirektivet. Denne bestemmelse foreskriver de foranstaltninger, som en arbejdsgiver skal træffe for at give en handicappet person adgang til beskæftigelse, ret til at udøve beskæftigelse, fremgang i beskæftigelse eller for at give en handicappet person adgang til uddannelse. Disse tilpasninger skal dog ikke være uforholdsmæssigt byrdefulde for arbejdsgiveren. Såfremt byrden i tilstrækkeligt omfang lettes gennem foranstaltninger, der er normale elementer i den pågældende medlemsstats handicappolitik, anses den ikke for at være uforholdsmæssig stor.

Artikel 5 skal ses i sammenhæng med direktivets betragtninger.

Betragtning 16 til direktivet foreskriver, at tilpasningsforanstaltninger betragtes som en vigtig rolle i bekæmpelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap. Det følger dog af betragtning 17 at 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 til at følge en given uddannelse, ikke er omfattet af tilpasningsforpligtelsen. Således skal den handicappede, efter en eventuel opfyldelse af en tilpasningsforpligtelse, være kompetent til at udføre et job i samme omfang som en ikke-

³⁰ Retten i Kolding afsagde dom angående Kaltoft den 31. marts 2016. Byretten fandt, at medarbejderen under hele sin ansættelsestid havde været fed, men havde ikke haft brug for tilpasninger af arbejdspladsen. Byretten fandt det ikke godtgjort, at han var handicappet i den forstand som EU-Domstolen nævnte. Dommen er anket til Landsretten.

handicappet. Tilpasningsforpligtelsen skal dermed ikke betragtes som en positiv særbehandling af handicappede medarbejdere.

I følge Ring og Werge-sagen er tilpasningsforpligtelsen en følge af handicapbegrebet og ikke en grundlæggende bestanddel heraf.³¹ Det vil sige, at artikel 5 reelt først kommer i brug, når der er konstateret et handicap hos medarbejderen. Dette støttes endvidere af, at EU-Domstolen udtalte, at karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, ikke har betydning ved vurderingen af, om medarbejderen er omfattet af handicapbegrebet.

Det følger af betragtning 20 til beskæftigelsesdirektivet, at tilpasningsforanstaltningerne skal være effektive og praktiske. Pligten til at sikre tilpasningsforanstaltninger kan fx varetages ved særlig indretning af lokaler eller tilpasning af udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordeling samt adgang til uddannelse og instruktion. Listen er ikke udtømmende.³²

Som svar på andet spørgsmål i Ring og Werge-sagen medgav EU-Domstolen, at nedsættelse af arbejdstiden, således at medarbejderen har mulighed for at udøve og forblive i beskæftigelse, efter omstændighederne kan være en tilpasningsforpligtelse.³³ Det forekommer national ret at vurdere, om nedsættelse af arbejdstid i den konkrete sag er en passende foranstaltning.

Endelig foreskriver artikel 5, at tilpasningsforpligtelsen ikke må pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig stor byrde. I betragtning 21 specificeres det, at ved vurdering af, om der pålægges arbejdsgiveren en uforholdsmæssig stor byrde, skal der lægges vægt på de omkostninger, som er forbundet med tilpasningsforpligtelsen, virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for offentligt tilskud eller anden støtte til foranstaltningerne. Disse momenter skal indgå i den samlede vurdering af, om en tilpasningsforpligtelse er for byrdefuld for en virksomhed.

Heraf følger, at såfremt den tilpasning, der skal foretages, er urimeligt byrdefuld, kan den ikke kræves foretaget. I dette tilfælde vil en arbejdsgiver lovligt kunne afvise at foretage en tilpasningsforpligtelse.

³¹ C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 46

³² C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 49

³³ C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 64

5.2. Forskelsbehandlingslovens beskyttelse af handicappede

Beskyttelsen af handicappede blev tilføjet i forskelsbehandlingsloven i år 2004 ved implementering af beskæftigelsesdirektivet. Beskyttelsens ordlyd i forskelsbehandlingsloven er overvejende enslydende med ordlyden i beskæftigelsesdirektivet. Således er Danmark med til at sikre de europæiske grundlæggende rettigheder på arbejdsmarkedet. Forbuddet mod at udøve direkte eller indirekte forskelsbehandling af handicappede, herunder i form af chikane og instruktion til forskelsbehandling, følger af forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 1 - 5. Forbuddet gælder ifølge § 2 ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse og med hensyn til løn og arbejdsvilkår.

5.2.1. Handicapbegrebet

Handicapbegrebet er ikke defineret i forskelsbehandlingsloven. Forarbejderne til loven udtrykker følgende om begrebet: "Handicap er ikke et entydigt begreb. I overensstemmelse med EU's sædvanlige lovgivningspraksis defineres begrebet ikke i direktivet. Det er derfor i første omgang op til medlemsstaterne at definere begrebet i overensstemmelse med national praksis. I sidste ende er det op til EU-Domstolen at fastlægge den endelige fortolkning af direktivet."³⁴ Det følger af såvel forarbejderne som vejledningen til forskelsbehandlingsloven, at forståelsen af handicapbegrebet bygger på FN's Standardregler om lige muligheder for handicappede. Her af følger det, at en person med en funktionsnedsættelse er handicappet i det øjeblik, vedkommende ikke kan udføre sit arbejde på lige fod med sine kollegaer. Begrebet funktionsnedsættelse dækker over en persons funktionsmæssige begrænsning som følge af en fysisk, psykisk eller intellektuel hæmning.

Ud fra forarbejderne kan det fastslås, at der ved et handicap forstås en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som er permanent eller forbigående. Årsagen til funktionsnedsættelse er uden betydning for, om der foreligger et handicap. Ved forbigående funktionsnedsættelse kræves det, at dette også rammer medarbejderen i arbejdstiden, eller at det påvirker medarbejderens konkrete udførelse af jobbet.

³⁴ LSF nr. 92, bemærkning til nr. 2

Dernæst skal funktionsnedsættelsen resultere i et kompensationsbehov, som er nødvendigt, før medarbejderen kan fungere på lige fod med andre. Forarbejderne angiver, at det ikke er afgørende, at det er et konkret kompensationsbehov. Det vil altså sige, at det ikke er et krav, at kompensationen konkret er til stede eller nødvendig i forhold til et arbejde. Hvis en person har en funktionsnedsættelse, der kræver en kompensationsbehov, er personen omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven, også selvom ens handicap kan holdes nede ved f.eks. medicinering. Yderligere kan domstolene konkret udvide handicapbegrebet, så dette også omfatter "mennesker, der føler sig forskelsbehandlet på grund af, hvad de selv opfatter som et handicap".³⁵

Handicapbegrebets nærmere definition og omfang fastlægges som nævnt ovenfor ud fra national og international praksis. I U 2013.2575 H tiltrådte Højesteret EU-Domstolens fortolkning af handicapbegrebet i Ring og Werge-sagen.

Forskelsbehandlingsloven § 4 indeholder et forbud for arbejdsgiveren om at gøre brug af oplysninger om medarbejderens race, hudfarve, religion eller tro, politiske anskuelse, seksuelle orientering eller nationale, sociale eller etniske oprindelse. Da alder og handicap blev indsat i loven i 2004, blev § 4 ikke udvidet med alder og handicap. Det er således tilladt og nødvendigt at spørge ind til handicappets betydning for udførelsen af arbejdet i forbindelse med en ansættelsessamtale eller under ansættelsen.

I Coleman-sagen blev beskyttelsen mod direkte forskelsbehandling udvidet til også at gælde forskelsbehandling på grund af et handicap, hvis medarbejderen har hovedparten af plejen af et handicappet barn.

Rækkevidden af forbuddet mod forskelsbehandling i Coleman-sagen blev fulgt op i U 2010.2610 V, hvor Vestre Landsret kom frem til, at der var sket forskelsbehandling. I dommen havde en mor til en handicappet søn, som skulle igennem adskillige hospitalsindlæggelser, meddelt sin chef, at hun ikke fremover kunne blive ved med at arbejde som hidtil. Den følgende dag blev hun afskediget. Sammenholdt med Coleman-sagen fastslår dommen, at en tilknytning i form af en forsørgerrolle for et handicappet barn er beskyttet af forbuddet mod forskelsbehandling. Således har dansk ret tiltrådt EU-Domstolens tolkning af rækkevidden af handicapbegrebet.

³⁵ Schwarz, Finn & Hartman, Jens Jakob, s. 263 - 264

I Højesterets dom af 27. april 2016 tog Højesteret stilling til rækkevidden af beskyttelsen af forældre med handicappede børn. Højesterets dom omhandlede en dagplejemor, der havde fået orlov for at passe sin søn, der led af Aspergers syndrom. Højesteret fandt, at sønnen led af sygdommen i en sådan grad, at han var omfattet af handicapbegrebet.

Kommunen måtte afskedige dagplejemødre som følge af faldende børnetal. Opsigelsen af medarbejderen blev begrundet med, at det ikke ville være pædagogisk forsvarligt at vælge en løsning, der ville indebære at børn skulle flyttes fra deres nuværende dagplejer til en dagplejer, de ikke kendte. Højesteret vurderede, at årsagen til opsigelsen ikke skyldtes medarbejderens søns handicap men hendes langvarige fravær fra dagplejen. Opsigelsen var derfor ikke direkte forskelsbehandling efter § 1, stk. 2. Opsigelsen af medarbejderen blev endvidere vurderet til at være hensigtsmæssigt og nødvendigt. Der var således heller ikke udvist indirekte forskelsbehandling efter § 1, stk. 3.

I den forbindelse bemærkede Højesteret, at ordlyden i forskelsbehandlingsloven, såvel som beskæftigelsesdirektivet, lyder på, at indirekte forskelsbehandling angår personer med handicap, hvorimod direkte forskelsbehandling omfatter forskelsbehandling på grund af handicap, uanset hvem der er den handicappede.

EU-Domstolens afgørelsen i Coleman-sagen og U 2010.2610 V angik udelukkende direkte forskelsbehandling. Spørgsmålet om hvorvidt beskyttelsen af en forælder til et handicappet barn også omfatter indirekte forskelsbehandling, henstår forsat ubesvaret og må afvente yderligere praksis fra EU-Domstolen. Da Højesteret ikke fandt der var udvist indirekte forskelsbehandling, var spørgsmålet ikke afgørende for udfaldet af Højesteretsdommen. Højesteret fandt således ikke grundlag for en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen.

5.2.2. Tilpasningsforpligtelsen

Tilpasningsforpligtelsen følger af forskelsbehandlingslovens § 2a. Denne bestemmelse foreskriver særlige foranstaltninger, som en arbejdsgiver skal træffe for at give en handicappet person adgang til beskæftigelse, ret til at udøve beskæftigelse, fremgang i beskæftigelse eller for at give en handicappet person adgang til uddannelse.

Disse foranstaltninger må dog ikke være urimeligt byrdefulde for arbejdsgiveren. Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige, i betragtning af de konkrete behov den handicappede har, så denne kan være i arbejde og udvikle sig på samme måde som personens ikke-handicappede kollegaer. Dertil kræves, at den handicappede person har de nødvendige kvalifikationer for at bestride det pågældende job.³⁶ Der er dermed ikke tale om en særbehandling af handicappede i forskelsbehandlingsloven § 2a.

Bestemmelsen i forskelsbehandlingsloven § 2a gælder også i forhold til de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe i forhold til allerede ansatte, der senere bliver handicappede.³⁷

Tilpasningsforpligtelsen i forskelsbehandlingsloven følger af beskæftigelsesdirektivet artikel 5 og skal således ses på i sammenhæng med direktivets betragtninger. Ved vurdering af om en tilpasningsforanstaltning er urimelig byrdefuld for arbejdsgiveren, lægges de samme overvejelser til grund, som betragtning 21 oplister. Dækker staten i tilstrækkeligt omfang udgifterne, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor i dansk ret.³⁸

Det bemærkes, at tilpasningsforpligtelsen i forskelsbehandlingslovens § 2a generelt skal ses i sammenhæng med de almindelige pligter vedrørende arbejdsmiljø, der påhviler arbejdsgivere i forhold til indretning af arbejdspladsen. Forskelsbehandlingslovens § 2a er således et supplement til disse forpligtelser.

5.2.3. Opsigelse af handicappede

Der er endnu ikke retspraksis, der tager stilling til tilpasningsforpligtelsen i ansættelsessituationen. Således vil dette speciale belyse, om arbejdsgiveren har iagttaget sin tilpasningsforpligtelse ved vurderingen af, om opsigelse af en medarbejder er saglig.

Forskelsbehandlingsloven beskytter både mod direkte og indirekte forskelsbehandling ved opsigelse af en handicappet medarbejder. Angående indirekte forskelsbehandling ved afskedigelse af handicappede i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3 og henvisningen til

³⁶ LSF nr. 92, bemærkning til nr. 11

³⁷ LSF nr. 92, bemærkning til nr. 11

³⁸ LSF nr. 92, bemærkning til nr. 11

tilpasningsforpligtelsen i § 2a anfører forarbejderne følgende: “Henvisningen indebærer, at en arbejdsgiver, i de tilfælde hvor et kriterium kan vise sig at være saglig indirekte forskelsbehandling af personer med handicap, skal undersøge om en passende foranstaltning vil kunne give personer med handicap adgang til beskæftigelsen alligevel. Der er således tale om en skærpet proportionalitetsvurdering i forhold til personer med handicap. Samspillet mellem de 2 bestemmelser er centralt for vurderingen af, hvorvidt der er tale om saglig indirekte forskelsbehandling af en person med handicap.”³⁹ Denne skærpede proportionalitetsvurdering indebærer, at arbejdsgiverens forsøg på og pligt til at foretage tilpasningsforanstaltninger supplerer den proportionalitetsvurdering, der allerede skal foretages efter forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 3.

Ved afskedigelse af en handicappet medarbejder skal arbejdsgiveren således gennemgå følgende proces:⁴⁰

1. Hvis afskedigelsen er begrundet i den handicappedes forhold, skal det vurderes, om disse forhold har sammenhæng med handicapet. Hvis arbejdsgiveren kan bevise, at dette ikke er tilfældet, er opsigelsen ikke i strid med forskelsbehandlingsloven.
2. Hvis afskedigelsen skyldes arbejdsgiverens forhold, for eksempel arbejdsmangel, eller hvis opsigelsen har sammenhæng med medarbejderens handicap, skal det vurderes, om den handicappedes kvalifikationer, når man ser bort fra handicapet, er dårligere, ens eller bedre end de øvrige ansattes. Såfremt den handicappedes kvalifikationer er dårlige end de øvrige ansattes, følger det af arbejdsgiverens ledelsesret, at denne har ret til at afskedige en person, der ikke har de rette evner til at bestride det pågældende job. Er den handicappedes kvalifikationer, når man ser bort fra handicapet, ens eller bedre end de øvrige ansattes, skal der forsættes i processen.
3. Arbejdsgiveren skal foretage de nødvendige foranstaltninger for, at den handicappede har mulighed for at udøve beskæftigelse på lige fod med de øvrige ansatte.

³⁹ LSF nr. 92, bemærkning til nr. 5

⁴⁰ Schwartz, Finn & Hartmann, Jens Jakob, s. 289 - 290

4. Når arbejdsgiveren har afdækket de nødvendige foranstaltninger, skal denne undersøge, om det er muligt at få økonomisk støtte eller anden hjælp, der kan opfylde behovet for tilpasningsforanstaltningerne.
5. Når arbejdsgiveren har foretaget de nødvendige tilpasningsforanstaltninger og undersøgt og/eller opnået økonomisk støtte eller anden hjælp, skal arbejdsgiveren vurdere, om det er uforholdsmæssige byrdefuldt at afskedige en anden ansat frem for den handicappede medarbejder.

5.3. Sygdom

I dansk arbejdsret er sygdom lovligt forfald. Arbejdstagere har ret til at udeblive fra arbejdet på grund af sygdom. For funktionærer følger dette af funktionærloven § 5, der bestemmer, at sygdom er lovligt forfald, medmindre funktionæren har pådraget sig sygdommen ved grov uagtsomhed eller forsæt, eller hvis funktionæren svigagtigt har fortiet at lide af den pågældende sygdom ved ansættelsen. For ikke-funktionærer gælder tilsvarende ud fra kontraktretlige regler.⁴¹

Det er således vigtigt at være opmærksom på forskellen mellem sygdom og handicap, og at det kun er sidstnævnte, der er beskyttet af beskæftigelsesdirektivet herunder også den danske forskelsbehandlingslov. Dette er særligt relevant i tilfælde, hvor medarbejderen har mere alvorlige sygdomme, såsom kræft, HIV, sclerose m.m., da disse sygdomme medfører funktionsnedsættelser, der kan sidestilles med handicap, og som er af varig eller langvarig karakter.⁴² Der skal derfor sondres mellem, hvornår man anses for at være syg, og hvornår der er tale om en så permanent eller alvorlig tilstand, at man i stedet må defineres som handicappet og dermed er omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse.⁴³ Det bemærkes, på baggrund af EU-Domstolens definition på handicapbegrebet, at sygdom kan udvikle sig til en handicap. Sygdom udvikler sig dog ikke nødvendigvis til et handicap, og kan derfor skabe tvivl om hvorvidt medarbejderen er omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven.

⁴¹ Nielsen, Ruth, s. 515 - 516

⁴² Frederiksen, Yvonne & Krarup, Mads, s. 29

⁴³ Frederiksen, Yvonne & Krarup, Mads, s. 29

I den forbindelse sonder beskæftigelsesministeriet mellem færdigheder og sygdom i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven. En arbejdsgiver har altid ret til at spørge ind til medarbejderens færdigheder i forhold til, om medarbejderen er egnet til at udføre det pågældende job. Arbejdsgiveren har kun ret til at bede om helbredsoplysninger, når en bestemt sygdom har væsentlig betydning for, om lønmodtageren kan bestride jobbet.^{44 45}

I Chacón Navas-sagen fastslog EU-Domstolen, at sondringen mellem handicap og sygdom er vigtig. EU-Domstolen udtalte, at "lovgiver har dog, ved anvendelsen af begrebet "handicap" i direktivets artikel 1, bevidst valgt et udtryk, der adskiller sig fra "sygdom". En umiddelbar sidestilling af de to begreber er derfor udelukket."⁴⁶ På baggrund af denne udtalelse samt forarbejderne til forskelsbehandlingsloven står det klart, at loven ikke beskytter personer, der lider af en sygdom. I Ring og Werge-sagen omtalte EU-Domstolen ligeledes sygdom, og at "sygdom i sig selv kan [...]ikke anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling."⁴⁷ Vurderer en arbejdsgiver således, at en jobsøgende eller en medarbejder blot er syg, er det ikke i strid med forskelsbehandlingsloven at undgå at ansætte dem eller afskedige dem.

Arbejdsgiveren har fri adgang til at spørge til en lønmodtagers færdigheder, da disse er afgørende for, om lønmodtager kan udføre det arbejde, som denne er ansat til. I første omgang er det op til arbejdsgiveren at vurdere, hvornår en manglende færdighed skyldes en funktionsnedsættelse, og hvornår lønmodtageren ikke opfylder de saglige og faglige krav til en stilling.⁴⁸ Såfremt en medarbejder har manglende færdigheder, der skyldes en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, skal arbejdsgiveren tilbyde tilpasning af arbejdspladsen.

⁴⁴ VEJ nr 9237 af 6. januar 2006

⁴⁵ Se nærmere om helbredsoplysningsloven i afsnit 7.3.1.

⁴⁶ C-13/05 (Chacón Navas), præmis 44

⁴⁷ C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 42

⁴⁸ VEJ nr 9237 af 6. januar 2006

5.4. Delt bevisbyrde

I dansk ret er hovedreglen, at der er ligefrem bevisbyrde. Det vil sige, at den, der påstår at have et krav, skal godtgøre, at kravet består. Denne hovedregel gælder for størstedelen af de ansættelsesretlige love. Når en medarbejder bliver afskediget, og medarbejderen mener, at dette sker på usagligt grundlag, er udgangspunktet, at det er medarbejderen, der skal bevise, at afskedigelsen er usaglig. Der er få undtagelser i dansk ansættelsesret, hvor bevisbyrden er anderledes.⁴⁹

Forskelsbehandlingsloven indeholder en særlig regel om bevisbyrden. Det følger af § 7a, at bevisbyrden er delt. Hvis en person, der føler sig krænket efter §§ 2 til 4, påviser faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at påvise, at der ikke er sket en krænkelse af ligebehandlingsprincippet. Denne delte bevisbyrde blev vedtaget den 30. marts 2004. Konsekvensen heraf medfører, at ansvaret for arbejdsgiveren anses for skærpet. Dette følger af, at formålet med bevisbyrdereglen er at lempe beviskravene for medarbejderne i forhold til den normale bevisbedømmelse.⁵⁰

Forskelsbehandlingsloven § 7a er opdelt i tre dele.

Der skal først og fremmest foreligge et faktum, der medfører, at den pågældende person er omfattet af et eller flere af beskyttelseskriterierne i loven. Medarbejderen eller ansøgeren til en stilling skal løfte denne bevisbyrde. Arbejdsgiveren skal have en positiv viden om, at personen er omfattet af beskyttelseskriterierne.⁵¹ Denne viden vil typisk allerede være opnået ved personens fysiske fremtoning. Med dette menes der personens navn, accent, synlige handicap og lignende, eller det kan blive bekendt fra arbejdsgiveren ved, at medarbejderen oplyser om det. I forbindelse med at løfte bevisbyrden skal personen bevise, at arbejdsgiveren har foretaget en handling eller undladelse, der relaterer sig til en af beskyttelseskriterierne i loven. En nærmere forståelse af begrebets faktiske omstændigheder vil komme til at afhænge af praksis på området.⁵²

⁴⁹ Beskæftigelsesministeriet, notat om bevisbyrde

⁵⁰ LFF nr. 40, bemærkning til nr. 12

⁵¹ Schwarz, Finn & Hartman, Jens Jakob, s. 153

⁵² LFF nr. 40, bemærkning til nr. 12

Dernæst skal medarbejderen bevise, at de faktiske omstændigheder medfører en formodning om, at der er sket en forskelsbehandling. Dette vil ofte være opnået sammen med, eller indgå som en integreret del af beviset om de faktiske omstændigheder.⁵³ Den krænkede person skal selvstændigt bevise, at der har været direkte eller indirekte forskelsbehandling i strid med loven. Det følger af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, at de faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at ligebehandlingsprincippet er blevet krænket, skal vurderes og fastlægges ud fra den frie bevisbedømmelse.⁵⁴

Endelig vender bevisbyrden om, når medarbejderen har løftet bevisbyrden for, at der er faktiske omstændigheder, som medfører en formodning for, at der er udøvet forskelsbehandling. Det påhviler dermed arbejdsgiveren at bevise, at dennes handling eller undladelse ikke har krænket ligebehandlingsprincippet.

5.5. Ligebehandlingsnævnet

Ligebehandlingsnævnet behandler klager over forskelsbehandling, jf. forskelsbehandlingsloven § 8a. Alle, der føler sig krænket, har ret til at klage til Ligebehandlingsnævnet. Det er dog et krav, at klageren har retlig interesse, det vil sige, klageren skal selv være berørt af forskelsbehandlingen eller tilhøre en gruppe, der bliver forskelsbehandlet.⁵⁵ Nævnet har kompetence til at tilkende en godtgørelse eller underkende en afskedigelse.

Nævnet kan ikke behandle sager, der allerede verserer ved domstolene eller andre myndigheder. Når Ligebehandlingsnævnet har truffet afgørelse, kan klagen ikke indbringes for anden forvaltningsmyndighed. Efter nævnet har truffet afgørelse i en klage, har parterne mulighed for at indbringe sagen for domstolene.⁵⁶ Nævnets afgørelser ikke er eksigible, men såfremt deres afgørelser ikke efterleves, skal nævnet, på klagerens anmodning og på dennes vegne, indbringe sagen for domstolene.

⁵³ Schwarz, Finn & Hartman, Jens Jakob, s. 154

⁵⁴ LFF nr. 40, bemærkning til nr. 12

⁵⁵ Ligebehandlingsnævnsloven

⁵⁶ Hasselbalch, Ole, s. 584

Det er gratis at indbringe en klage til Ligebehandlingsnævnet. En praktisk ulempe ved Ligebehandlingsnævnet er, at sagerne ved Ligebehandlingsnævnet bliver behandlet på skriftligt grundlag, hvilket medfører, at flere sager bliver ført for domstolene.

5.6. Sammenfatning om beskyttelsen af handicappede

Det følger af forarbejderne i samspil med vejledningen til forskelsbehandlingsloven, at handicap ikke er et entydigt begreb, og at det skal vurderes konkret, hvad der kan betegnes som et handicap. Der skal foreligge en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som enten er permanent eller forbigående. Denne funktionsnedsættelse skal påvirke den handicappedes mulighed for at udføre sit arbejde korrekt, og det skal resultere i et kompensationsbehov. Ved EU-Domstolen er det blevet præciseret, at handicappet skal være en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, som påvirker den handicappet i fuldt ud og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre medarbejdere, og denne begrænsning skal være af lang varighed. Betegnelsen af hvad et handicap konkret er, er ikke blevet specificeret yderligere.

Det er en konkret vurdering, hvornår der er tale om et handicap. Handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende direktiv er ikke et statisk begreb. Det må forventes, at der løbende vil opstå tvivl ved nye lidelser, og visse lidelser skal vurderes ud fra, hvordan de påvirker den enkelte person.⁵⁷ Dette skyldes, at handicapbegrebet er et bredt og dynamisk begreb, der er miljøbestemt, og som også omfatter skjulte handicaps. I dansk praksis spænder handicapbegrebet fra piskesmæld, leddegigt, synsnedsættelse, ADHD til åbenlyse funktionsnedsættelse i lemmer. Senest har EU-Domstolen udtalt, at også fedme kan udgøre et handicap. Det følger af Kaltroft-sagen i samspil med Ring og Werge-sagen, at handicapbegrebet ikke påvirkes af, i hvilken grad personen har kunnet medvirke til handicappets opståen, da måden, hvorpå handicappet er opstået, er uden betydning for, om en person skal anses for at være handicappet.

Når arbejdsgiveren er blevet bekendt med, at en medarbejder er handicappet, skal denne undersøge, om det er muligt at fortage hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.

⁵⁷ Frederiksen, Yvonne & Krarup, Mads., s. 32

Tilpasningsforpligtelserne skal iagttages, medmindre det medfører en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren, og denne byrde ikke kan afhjælpes gennem offentlige tilskud eller lignende. Det følger af den delte bevisbyrde, at arbejdsgiveren skal kunne dokumentere, at disse overvejelser er foretaget.

6. Arbejdsgiverens viden og burde-viden

Denne del omhandler en redegørelse af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H. Herunder en nærmere sagsfremstillingen, belysning af problemstillingerne og Højesterets resultater.

Afsnittet har til formål at belyse, hvornår en arbejdsgiver har pligt til at foretage tilpasningsforanstaltninger, og hvilken betydning arbejdsgiverens viden om handicappet har. Omdrejningspunkterne i Højesterets domme af 23. juni 2015, U 2015.3301 H (Werge) og 11. august 2015, U 2015.3827 H (Skibby Supermarked) var, hvornår og om arbejdsgiveren havde tilstrækkelig viden om medarbejderens handicap til at kunne foretage tilpasningsforanstaltninger.

Allerede før afsigelsen af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H vurderede Schwarz og Hartman, i deres bog om forbud mod forskelsbehandling (2011), at det næppe bør komme en arbejdsgiver til skade, at omfanget af en funktionsnedsættelse ikke er kendt på opsigelsestidspunktet.⁵⁸ Forfatterne konstaterede på baggrund af retspraksis på daværende tidspunkt, at viden om funktionsnedsættelsen har en stor betydning for vurderingen af, om der er udøvet forskelsbehandling af en medarbejder i strid med loven.⁵⁹ Daværende praksis nævner dog ikke, i modsætning til højesteretsdommene U 2015.3301 H og U 2015.3827 H, arbejdsgiverens viden udtrykkeligt.⁶⁰

6.1. U 2015.3301 H, Werge

Dommen blev sammen med U 2014.1223 SH præjudicielt fremlagt for EU-Domstolen og dannede grundlag for Ring og Werge-sagen.

U 2015. 3301 H drejede sig om en kvinde, der havde fået et piskesmæld ved en færdselsulykke den 19. december 2003. Efter ulykken var hun sygemeldt i 3 uger, hvorefter hun arbejdede på fuld tid i 10 måneder med kun få sygedage. Efter råd fra sin læge blev medarbejderen deltidssygemeldt den 5. november 2004. Smerterne fra piskesmældet

⁵⁸ Schwarz, Finn & Hartmann, Jens Jakob, s. 272

⁵⁹ Schwarz, Finn & Hartmann, Jens Jakob, s. 272

⁶⁰ U 2013.2473 Ø, U 2010.2303 Ø, U 2009.1948 SH, U 2010.1748 V & U 2008.1450 Ø

påvirkede hende stadig, og hun kunne ikke holde til at arbejde på fuld tid. Den 10. januar 2005 blev hun fuldtidssygemeldt og var sygemeldt frem til opsigelsen efter 120-dages reglen den 21. april 2005. Undervejs i sygeperioden havde hendes læge først vurderet varigheden af hendes sygemelding til en måned, men den 23. februar 2005 udtalte lægen, at varigheden ikke kunne vurderes "på nuværende tidspunkt".

Problemstillingen i dommen var speciel, da arbejdsgiveren vidste, at medarbejderen havde været udsat for en færdselsulykke, der havde medført et piskesmæld, men det var begrænset, hvor mange informationer arbejdsgiveren havde fået om medarbejderens videre forløb.

Den 4. april 2005 udtalte en speciallæge, at begrænsningen af funktionsnedsættelsen var af lang varighed. Dette var altså kort tid før medarbejderen blev opsagt. Sø- og Handelsretten og Højesteret var enige om, at medarbejderen fra dette tidspunkt, og dermed på opsigelsestidspunktet, var omfattet af handicapbegrebet. Sø- og Handelsretten kom frem til, at arbejdsgiveren var bekendt med, at medarbejderen havde svære skulder-, nakke- og kæbeproblemer samt andre gener som koncentrationsproblemer, svimmelhed og hovedpine grundet piskesmældet. Arbejdsgiveren burde derfor være bekendt med handicappet. Arbejdsgiveren skulle således have truffet hensigtsmæssige foranstaltninger for, at medarbejderen kunne have forsat i beskæftigelse.⁶¹ Sø- og Handelsretten fandt på dette grundlag, at opsigelsen af medarbejderen var usaglig på opsigelsestidspunktet.

Højesteret fandt frem til et andet resultat og gjorde sig to vigtige overvejelser ved afsigelsen af dommen. For det første at det er medarbejderen, der har bevisbyrden for, at hun led af en sygdom, der har medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. For det andet, ved vurdering af om arbejdsgiveren har tilsidesat sin forpligtelse til at tilpasse arbejdsforholdene, er det en forudsætning, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at medarbejderen er handicappet.

Ved sygemeldingen på fuld tid den 10. januar 2005 og i løbet af foråret var sygdommen endnu ikke af lang varighed. Bevisførelsen blev først opfyldt ved lægeerklæringen af 4. april 2005, hvor lægens prognose var, at funktionsbegrænsningen var af lang varighed. Højesteret bemærkede i den forbindelse, at "det antages at være uden betydning for bedømmelsen af, om der foreligger et handicap, om arbejdsgiveren, Pro Display, vidste eller burde vide, at A's

⁶¹ U 2015.3301 H, s. 12

sygdom havde medført et handicap”.⁶² Således var Højesteret enige med Sø- og Handelsretten i, at medarbejderen var handicappet på opsigelsestidspunktet.

Herefter tog Højesteret stilling til, om arbejdsgiveren havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Ved bedømmelsen af om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at medarbejderen var handicappet, tog Højesteret det samlede forløb i betragtning. Højesteret lagde til grund, at medarbejderens arbejdsopgaver blev begrænset i forbindelse med hendes deltidssygemelding, og at hendes kollegaer blev opfordret til at aflaste hende. Højesteret lagde til grund, at medarbejderen ikke havde fremsendt speciallægeerklæringerne angående varigheden på hendes sygdom til arbejdsgiveren. Højesteret fandt på den baggrund, at arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet ikke vidste eller burde vide, at medarbejderen var handicappet, og arbejdsgiveren havde derfor ikke tilsidesat deres tilpasningsforpligtelse.

Opsigelsen efter 120-dages reglen var dermed ikke i strid med forskelsbehandlingsloven, da sygefraværet, der var relateret til medarbejderens handicap, kunne medregnes ved opgørelsen af de 120 sygedage, som medarbejderen havde haft.

6.2. U 2015.3827 H, Skibby Supermarked

Dommen drejede sig om en kvinde, der efter 13 års ansættelse fik konstateret kronisk leddegigt den 22. maj 2008 under sin barsel. Kvinden var afdelingsleder i et supermarked, hvilket krævede, at hun var meget fleksibel i forhold til en række forskellige arbejdsopgaver, blandt andet kassearbejde, varesortering og kontorarbejde. Leddegigten medførte en funktionsnedsættelse, der bevirkede, at arbejdsgiveren, efter tilrådelse fra medarbejderens læge, måtte fritage hende for nogle af hendes arbejdsopgaver herunder kassearbejde. Efter endt barsel begyndte medarbejderen at benytte håndledsskinner til udførelsen af sit arbejde, da arbejdet indebar en del håndbelastende arbejdsfunktioner. I starten af foråret 2009 brugte hun ikke længere håndledsskinnerne, og hun følte, hun var i bedring. Hun havde en del overtidarbejde i denne periode. Dette blev frarådet af hendes læge den 27. april 2009. Ved dette lægebesøg blev der udarbejdet en attest, hvoraf det fremgik, at medarbejderens tilstand var kronisk.

⁶² U 2015.3301 H, s. 14, spalte 1, linje 10-14

Den 1. april 2009 blev Skibby Supermarked overtaget af en ny ejer. Den nye ejer var bekendt med, at medarbejderen brugte håndledsskinner i arbejdstiden grundet leddegigt. Den 13. juli 2009 blev medarbejderen deltidssygemeldt. Hun havde netop fået ny medicin, og arbejdsgiveren var af den overbevisning, at sygdomsperioden var af midlertidig karakter, så hun kunne vænne sig til den nye medicin. I perioden, hvor medarbejderen var deltidssygemeldt, blev der taget initiativ til at ændre hendes arbejdsdag. Arbejdsgiveren var villig til at se på andre funktioner til hende og meddelte, at det ikke var muligt for hende at blive i hendes nuværende stilling, hvis ikke hun kunne være fleksibel. Hun blev tilbudt at være leder af kasse-, kiosk-, postafdelingen. Hun afslog, da dette ville indebære, at hun skulle sidde ved kassen.

Medarbejderen havde undervejs foreslået at stå for bogføringen i supermarkedet, og hun havde foreslået en sammensætning af en ny stilling, som blandt andet bestod i at lave skilte til supermarkedets afdelinger og vagtplan.

Den 4. september 2009 blev medarbejderen fuldtidssygemeldt, og hun blev opsagt den 10. december 2009 efter 120-dages reglen.

Højesteret, såvel som Østre Landsret, fandt, at arbejdsgiveren burde have vidst, at medarbejderens leddegigt var et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Dette var ikke som følge af, at leddegigten var kronisk, men at der i juni 2009 var symptomer på, at sygdommen var langvarig. På daværende tidspunkt var det over et år siden medarbejderen havde fået konstateret leddegigt, og det havde medført, at hun ikke kunne sidde ved kassen, samt at hun var nødsaget til at have håndledsskinner på. Hun var derfor omfattet af handicapbegrebet på tidspunktet for opsigelsen. Selvom hun midlertidigt fik det bedre ved ny medicinering, ændrede dette ikke på, at hun var omfattet af handicapbegrebet.

Hverken Østre Landsret eller Højesteret fandt, at Skibby Supermarked efterfølgende havde opfyldt deres tilpasningsforpligtelse. Det var ikke en hensigtsmæssig tilpasning at tilbyde hende at være leder for kasse-, kiosk-, og postafdelingen, da dette ville indebære kassearbejde, som hun netop var blevet frataget grundet sit handicap.

Højesteret lagde vægt på, at medarbejderen efterfølgende arbejdede på en ny arbejdsplads på deltid i en flexordning. Dette kunne hun godt holde til. Skibby Supermarked havde på intet tidspunkt tilbudt dette til medarbejderen. Højesteret vurderede på baggrund af vidnerne, at der

var tilstrækkeligt arbejde til, at medarbejderen kunne have lavet administrativt kontorarbejde i en deltidsstilling. Idet EU-Domstolen i Ring og Werge-sagen fastslog, at en deltidsstilling kan være en hensigtsmæssig tilpasning af arbejdspladsen, fandt Højesteret, at Skibby Supermarked ikke havde opfyldt deres tilpasningsforpligtelse i forskelsbehandlingslovens § 2a.

Det måtte antages, at størstedelen af medarbejderens sygdom skyldtes, at der ikke blev foretaget den lovmæssige tilpasning. Derfor var afskedigelsen af medarbejderen i strid med forskelsbehandlingsloven. Højesteret lagde til grund for afgørelsen, at “når en arbejdsgiver er blevet - eller burde være blevet - bekendt med en medarbejders handicap og det heraf følgende behov for tilpasningsforanstaltninger, er arbejdsgiveren forpligtet til at undersøge og eventuelt afprøve mulige, hensigtsmæssige tilpasningsordninger.”⁶³

6.3. Sammenfatning af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H

I U 2015.3301 H fandt Højesteret, at medarbejderen var handicappet, men at hun ikke havde givet tilstrækkelige oplysninger om sin helbredstilstand til, at arbejdsgiveren kunne vide, eller burde vide, at hun var handicappet. Såfremt arbejdsgiveren ikke har kendskab til eller ikke burde have kendskab til, at medarbejderen er omfattet af handicapbegrebet på opsigelsestidspunktet, er medarbejderen ikke omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven. Arbejdsgiveren havde således ikke en tilpasningsforpligtelse, da arbejdsgiveren ikke kunne vide, at det var nødvendigt at undersøge mulige tilpasningsforanstaltninger.

I U 2015.3827 H fandt Højesteret, at medarbejderen var handicappet, og at arbejdsgiveren havde tilstrækkelig viden om hendes tilstand til at vide, eller burde vide, at hun var handicappet. Arbejdsgiveren havde således en pligt til at undersøge, hvilke hensynsmæssige tilpasningsforanstaltninger han kunne tilbyde medarbejderen.

Dommene er afsagt med halvanden måneds mellemrum og begge med udgangspunkt i Ring og Werge-sagen. Fra dommene kan der udledes følgende betragtninger angående arbejdsgiveren pligt til at foretage tilpasninger af arbejdspladsen:

⁶³ U 2015.3827 H, s. 14, spalte 2, linje 37 - 41

Først og fremmest er det en forudsætning for at være omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven, at en medarbejder er handicappet på opsigelsestidspunktet. Medarbejderen har bevisbyrden for, at handicappet er til stede på opsigelsestidspunktet. Dette følger af den delte bevisbyrde i forskelsbehandlingsloven § 7a, samt U 2015.3301 H.

Dernæst skal det vurderes, om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at medarbejderen var handicappet, jf. U 2015.3301 H. Når arbejdsgiveren er bekendt med, eller burde være bekendt med, at medarbejderen er handicappet, er arbejdsgiveren forpligtet til at undersøge og eventuelt afprøve mulige hensigtsmæssige tilpasningsordninger, jf. U 2015.3827 H.

Endelig lagde begge domme til grund, at det ikke kan tillægges betydning, at medarbejderen i en periode efter første sygemelding var i midlertidig bedring.

Endvidere kan det udledes af U 2015.3827 H, at arbejdsgiveren er berettiget til at afslå en medarbejders forslag om at blive flyttet over i en anden stilling, når medarbejderen ikke er kompetent eller egnet til at udføre de væsentlige funktioner i den stilling. En arbejdsgiver er heller ikke forpligtet til at oprette en ny stilling for at imødekomme en medarbejders tilpasningsbehov. En arbejdsgiver har dog en pligt til at tilbyde en handicappet medarbejder nedsat arbejdstid eller en omstrukturering i den pågældende stilling, hvis det vil afhjælpe medarbejderens funktionsnedsættelse.

Arbejdsgiverens viden spiller således en stor rolle, når det skal vurderes, hvorvidt arbejdsgiveren har foretaget hensigtsmæssige tilpasninger. Dette hænger sammen med, at arbejdsgiveren ikke kan foretage tilpasninger af arbejdspladsen, hvis ikke det er kendt for arbejdsgiveren, at dette er nødvendigt.

6.4. 120-dages reglen

En anden væsentlig problemstilling i U2015.3301 H og U 2015.3827 H var hvorvidt medarbejderne lovligt kunne opsiges efter 120-dages reglen i funktionærloven § 5, stk. 2. I forbindelse med Ring og Werge-sagen tog EU-Domstolen stilling til, om en arbejdsgiver kan bruge 120-dages reglen ved handicappede. Reglen indebærer, at en arbejdsgiver og medarbejder skriftligt kan aftale, at arbejdsgiveren kan afskedige medarbejderen med forkortet opsigelsesvarsel på 1 måned, såfremt medarbejderen har 120 sygedage indenfor 12

måneder, og opsigelsen sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage. EU-Domstolen konkluderede, at EU-retten ikke var til hinder for en sådan national bestemmelse. Ud fra nærmere bestemte kriterier skal der foretages en konkret vurdering af, hvorvidt reglen finder anvendelse.

Det skal først vurderes, om medarbejderen er handicappet, og om arbejdsgiveren har varetaget sin tilpasningsforpligtelse. Har arbejdsgiveren ikke varetaget sin tilpasningsforpligtelse, kan fravær som følge af handicappet ikke indgå ved anvendelse af 120-dages reglen. Hvis arbejdsgiveren har foretaget sin tilpasningsforpligtelse, så kan fravær som følge af handicappet indgå ved anvendelse af 120-dages reglen, hvis reglen følger et legitimt formål, og det vil være proportionalt at anvende den i det konkrete tilfælde.

I U 2015.3301 H fastslog Højesteret, at den handicappede medarbejder med rette kunne opsiges efter 120-dages reglen, eftersom arbejdsgiveren ikke var bekendt med, at medarbejderen var handicappet. Derfor kunne sygefravær, der skyldtes handicappet, godt medregnes i 120-dages beregningen.

Denne betragtning blev uddybet i U 2015.3827 H. Højesteret vurderede, at medarbejderen kunne have været omplaceret til andet arbejde, og at Skibby Supermarked ikke havde iagttaget deres tilpasningsforpligtelse. Derfor kunne 120-dages reglen ikke anvendes ved afskedigelsen af medarbejderen, da det må forventes, at medarbejderens sygefravær på grund af handicappet skyldtes, at arbejdsgiveren ikke havde foretaget tilpasningsforanstaltninger.

U 2015.3827 H fastslår at beskyttelsen af handicappede i forskelsbehandlingsloven går forud for 120-dages reglen i funktionærloven. 120-dages reglen kan således ikke anvendes på en handicappet medarbejder, når arbejdsgiveren har kendskab til eller burde kende til handicappet, og medarbejderens sygefravær er en konsekvens af, at arbejdsgiveren har misligholdt sin pligt til at foretage tilpasningsforanstaltninger.

6.5. Ulovbestemt undersøgelsespligt

Undersøgelsespligten, som Højesteret fastslår i U 2015.3827 H, er ikke lovbestemt.

Efter en ordlydsfortolkning af forskelsbehandlingslovens § 2a og beskæftigelsesdirektivets artikel 5 gives der ikke et billede af, hvornår tilpasningsforpligtelsen indtræder. Efter forskelsbehandlingsloven § 2a skal arbejdsgiveren “træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse”. Beskæftigelsesdirektivet artikel 5 foreskriver, at der “foretages tilpasninger i rimeligt omfang. Det betyder, at arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov.” Indtrædelsen af pligten bliver heller ikke belyst ved en nærmere gennemgang af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven og betragtningerne til direktivet.

I følge U 2015.3827 H skal en arbejdsgiver undersøge, hvilke foranstaltninger der er hensigtsmæssige at foretage efter medarbejderens behov. Undersøgelsespligten opstår, når arbejdsgiveren ved eller burde vide, at medarbejderen er handicappet. Dette betyder, at tilpasningsforpligtelsen opstår, uagtet om medarbejderen har anmodet om nogle tilpasningsforanstaltninger eller ej.

Årsagen til Højesterets udtalelse skyldes højst sandsynligt to ting: Det fremgår af betragtning 16 til beskæftigelsesdirektivet, at iværksættelse af tilpasningsforanstaltningerne er et vigtigt element i bekæmpelsen mod forskelsbehandling af handicappede. Og kort inden Højesterets afgørelse havde EU-Domstolen udtalt, at karakteren af de foranstaltninger, en arbejdsgiver skal foretage, ikke er afgørende for, om en persons helbredstilstand er omfattet af handicapbegrebet. Dette danner et godt grundlag for Højesterets udtalelse om, at arbejdsgiveren skal undersøge mulighederne for at foretage tilpasningsforanstaltninger, uagtet om medarbejderen har anmodet herom, da tilpasningsforanstaltninger netop er essentielle i forhold til at bekæmpe forskelsbehandling af handicappede.

7. Arbejdsgiverens undersøgelsespligt

Denne del af specialet vil belyse de overvejelser, en arbejdsgiver måtte have i forbindelse med opsigelse af en handicappet medarbejder. I den forbindelse belyses den undersøgelsespligt, arbejdsgiveren har i forhold til at foretage tilpasningsforanstaltninger. Formålet med afsnittet er at se, om denne undersøgelsespligt blev iagttaget før afsigelsen af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H og vurdere, om udfaldet af dommene kunne have været anderledes, såfremt arbejdsgiveren havde undersøgt årsagen til medarbejderens fravær. I den forbindelse vil det også blive vurderet, om fremtidig praksis vil få et andet udfald efter Højesterets udtalelser om arbejdsgiverens undersøgelsespligt.

En arbejdsgiver har - naturligvis - en interesse i at have medarbejdere, der er egnede og kompetente til at udføre det job, de er ansat til. Hvis en medarbejder ikke har de færdigheder en stilling kræver, har arbejdsgiveren ikke en interesse i at have dem ansat. Når en arbejdsgiver skal vurdere, om en medarbejder har de fornødne færdigheder til at bestride en stilling, skal dette ske på objektiv basis. En opsigelse af en medarbejder alene på baggrund af, at arbejdsgiveren ikke bryder sig om denne eller på grund af medarbejderens køn, handicap, seksuel orientering osv., er ikke en saglig opsigelse i ansættelsesretten. En usaglig grund kan være i strid med dansk ansættelsesret, når der er lovhjemmel, der foreskriver det.

I det følgende vil der først blive redegjort for de generelle regler om opsigelse af medarbejdere. Dette er relevant, eftersom medarbejderne i U 2015.3301 H og U 2015.3827 H blev opsagt på grund af det fravær, deres handicap medførte. Dernæst vil retspraksis, der har tilknytning til U 2015.3301H og U 2015.3827 H, blive analyseret. I den forbindelse vil reglerne for en arbejdsgivers undersøgelsespligt i forbindelse med sygefravær blive inddraget. Endvidere vil det blive diskuteret, om retspraksis fremover vil få et andet udfald på baggrund af udviklingen i praksis i samspil med de nye regler i sygedagpengeloven om arbejdsgiverens pligter ved en sygemelding. Afslutningsvis vil der blive lavet en sammenfatning af retspraksis og retsregler sammenholdt med U 2015.3301 H og U 2015.3827 H.

7.1. Opsigelse

De fleste ansættelsesforhold er opsigelige med eller uden varsel. Dette gælder for begge parter, som kan bringe en ansættelse til ophør ved en opsigelse. Reglerne for opsigelse og opsigelsesvarsler findes i funktionærloven, i kollektive overenskomster og kan være aftalt i den enkelte ansættelseskontrakt. En opsigelse er, i aftaleretlig forstand, et påbud, og som hovedregel er der ingen formkrav til opsigelsen. Dette er dog modificeret i funktionærlovens § 2, stk. 7, som bestemmer, at en opsigelse af funktionærer skal ske skriftligt. Skriftlighedskravet er imidlertid ikke en gyldighedsbetingelse, men et ordensforskrift, der kan have bevismæssig betydning.⁶⁴

I det offentlige har den ansatte krav på en begrundelse for opsigelsen. Det følger af forvaltningslovens kapitel 6, at arbejdsgiveren har pligt til at ledsage en opsigelse med en egentlig begrundelse. I privat regi har arbejdsgiveren ikke en begrundelsespligt. Funktionærer har dog krav på en begrundelse efter funktionærlovens § 2, stk. 7, 3. pkt., såfremt de anmoder arbejdsgiveren om årsagen til opsigelsen.⁶⁵

Udgangspunktet er, at arbejdsgiveren har fri opsigelsesadgang som følge af sin ledelsesret. Han har dermed ikke nogen undersøgelsespligt eller advarselspligt overfor medarbejderne. Den væsentligste modifikation i den frie opsigelsesadgang er de lovbestemmelser, der fastslår, at en usaglig opsigelse kan udløse en godtgørelse til medarbejderen.⁶⁶ Saglige opsigelsesgrunde opdeles traditionelt i to grupper; grunde knyttet til medarbejderens forhold, og grunde knyttet til arbejdsgiverens forhold.⁶⁷ Funktionærloven § 2b, hovedaftalen § 4, stk. 3 og forskelsbehandlingsloven § 7 indeholder hjemmel til at tilkende medarbejderen en godtgørelse ved usaglig opsigelse.

Arbejdsmangel, dvs. det forhold, at en arbejdsgiver på grund af udefrakommende forhold ikke har noget at beskæftige en medarbejder med, bliver traditionelt anset som en saglig grund for opsigelse. Der skal dog være tale om reel arbejdsmangel. Kan arbejdsgiveren bevise dette, er der tale om en opsigelse, der er rimeligt begrundet i arbejdsgiverens forhold. Det følger af U

⁶⁴ Nielsen, Ruth, s. 532-534

⁶⁵ Andersen, Lars Svenning m.fl., s. 592

⁶⁶ Andersen, Lars Svenning m.fl., s. 597

⁶⁷ Nielsen, Ruth, s. 536

1968.782 H, at det i vidt omfang må overlades til arbejdsgiveren at skønne om, hvem der skal afskediges ved personaleindskrækning, og om hvorvidt det er hensigtsmæssigt at tilbyde den afskedigede medarbejder en anden stilling på arbejdspladsen. Nyansættelser kort tid efter en afskedigelse begrundet i arbejdsmangel svækker arbejdsgiverens sag væsentligt.⁶⁸

Såfremt opsigelsen reelt har en anden grund, end den arbejdsgiveren oplyser til medarbejderen, og som arbejdsgiveren hele tiden har været bekendt med, er det som udgangspunkt den reelle grunds saglighed, der skal vurderes.⁶⁹

7.1.1. Opsigelsestidspunktet

Det er forholdene på opsigelsestidspunktet, der skal vurderes, når det skal vurderes, om en opsigelse er saglig, jf. U 2002.2026 H. I dommen blev en sekretær, der også arbejdede som receptionist, opsagt på grund af arbejdsmangel. I medarbejderens opsigelsesperiode blev endnu en deltidsreceptionist opsagt, og en ny receptionist blev ansat på fuld tid. Den opsagte sekretær gjorde gældende, at hun var usagligt opsagt, og at hun skulle have været tilbudt fuldtidsstillingen som receptionist. Både Landsretten og Højesteret fandt, at opsigelsen på opsigelsestidspunktet var saglig. Ændringerne i de faktiske forhold i opsigelsesperioden gjorde ikke en oprindelig saglig opsigelse for usaglig, som kunne udløse et krav på godtgørelse. Østre Landsret kom frem til samme resultat i U 2001.230 Ø.

Ved forholdene på opsigelsestidspunktet forstås forholdene, som de er og vil tegne sig på sigt. Arbejdsgiveren kan således godt indrette sig på en kommende nedgang i omsætning. Hvis forholdene udvikler sig anderledes end arbejdsgiveren med rimelighed kunne forvente, er dette ikke grund nok til at opsigelsen kan betragtes som usaglig.⁷⁰

I U 2014.2924 V, der er anket til Højesteret, er omdrejningspunktet, hvorvidt opsigelsen af en gravid medarbejder var saglig, eftersom medarbejderen ikke var blevet tilbudt at blive omplaceret i opsigelsesperioden. Beslutningen om opsigelsen var truffet inden arbejdsgiveren havde kendskab til graviditeten og på baggrund af arbejdsgiverens forhold. Vestre Landsret

⁶⁸ Nielsen, Ruth, s. 542 - 543

⁶⁹ Hasselbalch, Ole, s. 254

⁷⁰ Andersen, Lars Svenning m.fl., s. 715-718

fandt, at opsigelsen var saglig på opsigelsestidspunktet, men at medarbejderen skulle have været tilbudt at blive omplaceret til en anden stilling i en anden afdeling i hele opsigelsesperioden. Der blev ikke løftet bevisbyrde for, at medarbejderens graviditet ikke var årsagen til, at hun ikke blev tilbudt at blive flyttet til en anden stilling i opsigelsesperioden. Udfaldet af Vestre Landsrets dom er meget interessant, og såfremt den får samme udfald i Højesteret, vil dommen være med til at ændre på retstilstanden som den er nu. Udfaldet vil betyde, at omstændighederne i hele opsigelsesperioden fremover også skal inddrages i saglighedsvurderingen.

7.2. Opsigelse af handicappede

Forskelsbehandlingsloven beskytter en medarbejder mod at blive opsagt på grund af et handicap. En arbejdsgiver kan afskedige en handicappet medarbejder, såfremt handicapet medfører, at medarbejderen ikke er egnet eller kompetent til jobbet, eller såfremt det er umuligt eller uforholdsmæssigt byrdefuldt for arbejdsgiveren at foretage tilpasningsforanstaltninger. En måde, hvorpå det kan være umuligt for arbejdsgiveren, er, hvis det ikke er kendt eller burde være kendt for arbejdsgiveren, at medarbejderen er handicappet.

Det følger af U 2015.3827 H, at arbejdsgiveren har en undersøgelsespligt i forhold til mulige tilpasningsforanstaltninger. Dette afsnit vil således belyse, hvornår en arbejdsgiver bør vide, at en funktionsnedsættelse har medført et handicap, og at det derfor er nødvendigt at foretage tilpasninger af arbejdspladsen.

Afsnittet vil først undersøge, på baggrund af dansk praksis, hvad domstolene hidtil har lagt vægt på ved deres bedømmelse angående funktionsnedsættelsens varighed, herunder arbejdsgivers viden om varigheden og undersøgelsen af passende tilpasninger. I den forbindelse vil afsnittet belyse, om undersøgelsespligten blev iagttaget i dansk ret før afsigelsen af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H, eller om der var andre specifikke elementer, som domstolene lagde vægt på ved vurderingen af, om opsigelsen af en medarbejder var i strid med forskelsbehandlingsloven. I den forbindelse vil det blive nærmere belyst, hvad domstolene lagde vægt på ved deres bedømmelse af, om en arbejdsgiver burde vide, at en medarbejder er handicappet.

7.2.1. Varighedsbegrebet i dansk retspraksis

I Ring og Werge-sagen fastslog EU-Domstolen, at et handicap forudsætter en funktionsnedsættelse af lang varighed, der forhindrer, at medarbejderen kan fungere på lige fod med de øvrige ansatte. Tidspunktet for hvornår arbejdsgiveren skal iagttage sin undersøgelsespligt er, når arbejdsgiveren ved eller burde vide, at medarbejderens helbredstilstand er langvarig. Det er dog stadig usikkert, hvornår en funktionsnedsættelse er langvarig.

EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge-sagen gjorde op med dansk praksis på daværende tidspunkt. Delvis fordi der endnu ikke var en klar definition af handicapbegrebet i dansk ret, og delvis fordi dansk ret ikke betragtede nedsat tid som en tilpasningsforanstaltning. Vestre Landsrets domme fra 1. og 11. oktober 2007 omhandlede en kvinde med posttraumatisk stress (VL B-2722) og en kvinde med sclerose (U 2008.306 V). Landsretten fandt, efter en konkret vurdering i begge sager, at kvinderne havde en funktionsnedsættelse, der alene kunne kompenseres for i form af nedsættelse af arbejdstiden. Landsretten fandt ikke, at en funktionsnedsættelse, der kunne afhjælpes ved at nedsætte arbejdstiden, kunne betragtes som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. På baggrund af disse udtalelser tolkede Linde Rudolph Greisen, at “en funktionsnedsættelse er i sig selv ikke et handicap, hvis den ikke er ledsaget af et kompensationsbehov.”⁷¹

Landsrettens afgørelse må vurderes ikke længere at være gældende ret. EU-Domstolen fastslog, at den omstændighed at en medarbejder kun kan udføre sit arbejde i begrænset omfang, ikke er til hinder for, at denne persons helbredstilstand henhører under begrebet handicap. Dermed kan en tilpasningsforanstaltning være deltid efter en konkret vurdering. I den forbindelse må Linde Rudolph Greisens tolkning ligeledes vurderes til ikke at være i overensstemmelse med dansk ret længere.

I U 2013.2575 H lagde medarbejderen tilsvarende til grund, at det ikke er en betingelse for at være handicappet, at der er et kompensationsbehov hos medarbejderen. Dommen omhandlede en advokatsekretær, der blev afskediget på grund af diagnosen ADHD. Højesteret tiltrådte EU-Domstolens handicapbegreb og vurderede, at medarbejderen var omfattet af beskyttelsen mod forskelsbehandling. Højesteret lagde ikke vægt på, at medarbejderen ikke havde brug for

⁷¹ Rudolph Greisen, Linde, s. 175

nogle tilpasninger af arbejdspladsen. Højesteret tiltrådte således medarbejderens tilsagn om, at det ikke er en betingelse for at være handicappet, at der er et kompensationsbehov. Dette følger endvidere af Ring og Werge-sagen, hvoraf det fremgår, at karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, ikke er afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af handicapbegrebet.

De følgende tre domme er alle afsagt i umiddelbar forlængelse af Ring og Werge-sagen, og havde været udsat for at afvente EU-Domstolens dom. Fælles for dommene er, at kvinderne var raske, da de startede på arbejdspladsen. I dommene blev medarbejderenes helbredsproblemer, som var lægeligt diagnosticerede, vurderet til at være varige eller af langvarig karakter, hvorfor der forelå et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Ingen af kvinderne havde synlige handicaps.

Hovedspørgsmålet i de følgende domme er, om medarbejderne var handicappede på opsigelsestidspunktet, og om arbejdsgiverne i givet fald har haft tilstrækkelige oplysninger om medarbejderens tilstand til at vide, at de skulle have truffet foranstaltninger, der var hensigtsmæssige for at give medarbejderne adgang til fortsat beskæftigelse.

U 2014.990 V drejede sig om en kvinde, der i forbindelse med et færdselsuheld i oktober 2005 fik mange rygsmerter. I november 2005 indgik parterne en § 56-aftale med kommunen, eftersom medarbejderen havde stigende sygefravær grundet rygsmerterne. 3,5 år senere blev medarbejderen afskediget grundet indskrænkninger i medarbejdersstabilen. Virksomheden havde foretaget adskillige tilpasningsforanstaltninger såsom specialstol, hæve-/sænkebord, headset, og kvinden fik adgang til et hvilerum. I januar 2009 skulle hun endnu engang i genoptræning, hvilke medførte en opsigelse med udgangen af måneden. Ved udgangen af hendes opsigelsesperiode blev en ny medarbejder ansat for at varetage hendes opgaver.

Ud fra oplysningerne om at medarbejderen var syg i 3,5 år, at der ikke var udsigt til, at hun ville blive rask igen, og at hun blev afskediget umiddelbart efter, at hun skulle til at sygemeldes igen, lagde Vestre Landsret til grund, at medarbejderen var handicappet på opsigelsestidspunktet. Der var en stærk formodning om, at hun var blevet opsagt på grund af sit handicap og ikke på grund af ordrenedgang, eftersom der efter opsigelsen blev ansat en ny medarbejder til at varetage hendes opgaver.

Landsretten berørte ikke, at arbejdsgiveren havde foretaget tilpasningsforanstaltninger. Dette er der to grunde til: Først og fremmest følger det klart af Ring og Werge-sagen, at tilpasningsforanstaltningerne, som arbejdsgiveren skal træffe, ikke har betydning for, om en person er omfattet af handicapbegrebet. Dernæst var der sket direkte forskelsbehandling ved opsigelsen. Landsretten nævner ikke dette. Når en medarbejder afskediges på grund af sit handicap, er dette direkte forskelsbehandling, som er forbudt efter forskelsbehandlingsloven § 2, jf. § 1, stk. 2. Formodningen om at medarbejderen blev opsagt på grund af sit handicap skyldes, at der blev ansat en ny medarbejder til at varetage hendes opgaver. Det er den reelle grund for opsigelsen, der skal være vurderes, om er saglig. Direkte forskelsbehandling kan ikke blive lovlig, selvom den direkte forskelsbehandling virker saglig eller rimelig. Dette er formentligt årsagen til, at Landsretten ikke berørte de tilpasningsforanstaltninger, som virksomheden havde foretaget.

Ligeledes havde medarbejderen rygsmerter i U 2014.1223 SH (Ring). Dommen blev sammen med U 2015.3301 H præjudicielt fremlagt for EU-Domstolen. Medarbejderen havde haft en del sygefravær siden vinteren 2005 på grund af slidgigt i ryggen. Arbejdsgiveren var bekendt med hendes lidelse. På grund af slidgigten var medarbejderen flere gange kommet med forslag til foranstaltninger vedrørende arbejdspladsens indretning, blandt andet hæve/sænkeborde, og hun havde foreslået og anmodet om deltidssansættelse. Ingen af disse forslag var blevet imødekommet af arbejdsgiveren. Medarbejderen blev opsagt den 24. november 2005. Kort tid efter opsigelsen opslog arbejdsgiveren et stillingsopslag på en deltidstilling på 22 timer om ugen i medarbejderens gamle afdeling. Sø- og Handelsretten lagde herefter til grund, at en del af medarbejderens sygefravær frem til opsigelsen kunne tilskrives den omstændighed, at arbejdsgiveren ikke traf hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.

Arbejdsgiveren afslog at tilbyde en deltidstilling til medarbejderen, selvom arbejdspladsen havde en ledig deltidstilling, som medarbejderen kunne bestride. Det var ikke godtgjort, at imødekommelsen af foranstaltningerne, særligt imødekommelsen af en deltidssansættelse, ville have indebåret en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren. Opsigelsen efter 120-dages reglen var således direkte forskelsbehandling.

U 2015.315 Ø omhandlede en kvinde, der fik en hjerneblødning i oktober 2010. Hun genoptog arbejde i maj 2011, hvor hun fik små opgaver, der kunne løses hjemmefra. I

forbindelse med hendes genoptræning havde hendes læge erklæret overfor arbejdsgiveren, at medarbejderen, i forbindelse med sin opstart, burde få tilkøbt en mentor, som kunne give hende skriftlig feedback på hendes arbejdsopgaver, da dette ville hjælpe hendes helingsproces. I juni 2011 begyndte medarbejderen i virksomhedspraktik hos arbejdsgiveren for at teste sit funktionsniveau. I september 2011 blev hun afskediget med forklaringen om, at hendes faglige færdigheder ikke levede op til jobbeskrivelsen.

Der var enighed om, at medarbejderen var handicappet på opsigelsestidspunktet. Landsretten lagde til grund, at arbejdspladsen ikke havde løftet bevisbyrden for, at det ikke ville have været uforholdsmæssigt byrdefuldt for arbejdspladsen at følge lægens råd om at tilbyde en mentor og give skriftlig feedback til medarbejderen. Arbejdspladsen havde endvidere ikke løftet bevisbyrden for, at medarbejderen ikke inden for en tidsperiode, der ikke ville være byrdefuld for arbejdspladsen, ville kunne have udført sit job på samme vis, som før hun fik en hjerneblødning. Der var dermed sket indirekte forskelsbehandling af medarbejderen ved opsigelsen.

I U 2015.1169 V havde medarbejderen haft fravær på grund af sygdom i sit knæ de forudgående 4 år. Lægen havde udstedt attest på, at lidelsen var kronisk / langvarig. På den baggrund fandt Landsretten, at funktionsnedsættelsen var omfattet af handicapbegrebet. Handicappet havde dog gjort medarbejderen uegnet til at udføre jobbet, hvorfor opsigelsen ikke var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Blot fordi der gives en attest på, at en helbredstilstand er kronisk, er det ikke ensbetydende med, at en person er omfattet af handicapbegrebets varighedskriterium. I U 2015.3827 H fik medarbejderen en attest på, at hendes leddegigt var kronisk i april 2009. Denne attest blev ikke inddraget i Højesterets vurdering af, hvornår medarbejderen var omfattet af handicapbegrebet. Højesteret vurderende hende som værende omfattet af handicapbegrebet, da hun måtte sygemelde sig på deltid i juni 2009, da det først på dette tidspunkt var klart for arbejdsgiveren, at funktionsnedsættelsen ikke var af forbigående karakter. Dette stemmer fint overens med, at handicapbegrebet omfatter såvel helbredelig som uhelbredelig funktionsnedsættelse. Såfremt der bliver lagt vægt på, at en tilstand er kronisk, ville dette sætte medarbejdere med en helbredelig sygdom i en vanskeligere situation ved beviset af, at deres helbredstilstand, om end kun midlertidigt, er omfattet af handicapbegrebet.

På baggrund af dommene er det vanskeligt at udlede nogle generelle retningslinjer for, hvornår en medarbejders funktionsnedsættelse er omfattet af varighedskriteriet, da dette ikke bliver nærmere behandlet, men er konkret vurderet. Således er det også vanskeligt at vurdere, hvornår en arbejdsgiver burde have kendskab til, at en medarbejder er handicappet. Spørgsmålet er derfor stadigvæk, hvad en arbejdsgiver skal stille op, når en medarbejder er fraværende i en længere periode.

Der kan dog udledes af dommene, at længden på fraværet, som medarbejderen allerede har haft på opsigelsestidspunktet, ikke er afgørende for, om det vurderes, at funktionsnedsættelsen er af varig karakter. Længden på kvindernes sygefravær spænder fra 8 måneder til 3,5 år. Derimod er det prognosen for længden på sygdomsforløbet, der er væsentlig.

7.2.2. Højesterets dom af 13. april 2016

Synspunktet fra U 2015.3301 H og U 2015.3827 H blev fulgt i Højesterets dom af 13. april 2016 (H2016.98.2015).

Dommen drejede sig om en civilingeniør, der var ansat som lokalplanlægger i Ikast-Brande kommune. Gruppen af planlæggere bestod desuden af to lokalplanlæggere og to kommuneplanlæggere. Efter et trafikuheld i maj 2009 blev medarbejderen ramt af sygdommen refleksdystrofi. Sygdommen medførte, at medarbejderen blev deltidssygemeldt i august 2009 grundet tiltagende smerter i højre arm. I november 2010 blev medarbejderen afskediget, da det ikke var muligt for hende at forsætte i en 20-timers stilling. Ved opsigelsen udtalte arbejdsgiveren, at det var nødvendigt at have fuldtidsmedarbejdere i afdelingen. En anden ansat kunne ikke tage sig af de resterende 17 timer om ugen, dels fordi arbejdet var for specialiseret, og dels fordi lokalplansafdelingen allerede var urimeligt presset på grund af situationen. Det ville ikke være muligt at ansætte en vikar, da arbejdsgiveren anså medarbejderen arbejdstid på 20 timer som værende permanent. Endelig ville det ikke være realistisk - eller attraktivt - at ansætte en ny medarbejder på 17 timer om ugen.

Højesteret fandt, at medarbejderens funktionsnedsættelse på opsigelsestidspunktet var af lang varighed, og hun derfor var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Ikast-Brande kommune var bekendt med, at medarbejderen ikke kunne arbejde på fuld tid på grund

af refleksdystrofi, og kommunen var gjort bekendt med en lægeerklæring, hvoraf det fremgik, at der ikke var udsigt til, at medarbejderen snart ville kunne arbejde på fuld tid. Højesteret lagde derfor til grund, at kommunen vidste eller burde have vidst, at medarbejderen var handicappet.

Højesteret henviste til U 2015.3827 H's udtale om, at en arbejdsgiver har pligt til at undersøge og eventuelt afprøve mulige, hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, når arbejdsgiveren er eller bør være bekendt med en arbejdstagers handicap og heraf følgende behov for tilpasningsforanstaltninger.

Højesteret fandt ikke, modsat Sø- og Handelsretten, at kommunen var forpligtet til at tilbyde medarbejderen en deltidsstilling på 20 timer om ugen. Højesterets dom var begrundet med, at når det ikke var muligt for 2 fuldtidsansatte og en deltidsansat at løse opgaverne, men at det var muligt for 3 fuldtidsansatte, var den eneste mulige tilpasningsforanstaltning at opdele medarbejderens stilling. Ikast-Brande kommune havde lagt til grund, at fuldtidsansættelse var nødvendig for at sikre kontinuitet i arbejdet med lokalplanerne, hvor den samme sagsbehandler har ansvaret for alle led i processen. En opdeling af en fuldtidsstilling ville medføre et forringet serviceniveau, da det ellers ville påvirke tilgængeligheden for borgere og erhvervsliv. Kommunes planafdeling er lille, og tilrettelæggelsen af arbejdet hviler på saglige hensyn. Det var dermed ikke muligt samtidig at tilbyde en deltidsstilling til medarbejderen og samtidig leve op til kommunens mål om et højt serviceniveau over for borgere og virksomheder. Højesteret fandt således, at den indirekte forskelsbehandling ved opsigelsen af medarbejderen var begrundet i saglige hensyn.

I U 2015.3827 H lagde Højesteret til grund, at en arbejdsgiver ikke er forpligtet til at oprette en ny stilling for at imødekomme en handicappet medarbejders tilpasningsbehov. I H2016.98.2015 bliver det slået fast, at tilpasningsforpligtelsen heller ikke rækker så langt som til at udvide antallet af ansatte for at kunne tilbyde en deltidsstilling. Endvidere strækker pligten til at tilbyde nedsat arbejdstid eller omstrukturering sig ikke til at opdele en fuldtidsstilling i to, når det er sagligt begrundet at stillingen er en fuldtidsstilling. Det ændrede ikke ved Højesterets vurdering, at medarbejderens nuværende stilling ved Holstebro kommune, blev tilføjet til hende specifikt og at hun i den stilling kun arbejder 12 timer om ugen og bliver friholdt for komplekse opgaver.

Før afsigelsen af Højesterets domme blev denne betragtning fulgt i U 2015.1053 SH. Dommen omhandlede en farveblind skibsassistent, der ikke lovligt kunne bestride udkigstjeneste. Arbejdspladsen var opbygget således, at to personer altid var på arbejde sammen. Det var nødvendigt at begge medarbejdere kunne holde udkig, da der ikke var andre jobfunktioner om bord på skibet. Den eneste reelle mulighed for at tilpasse arbejdspladsen var ved at ansætte endnu en assistent. Sø- og Handelsretten fandt, at det var en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren at oprette en ny stilling for at imødekomme en handicappet medarbejders tilpasningsbehov.

Som praksis er på nuværende tidspunkt må udgangspunktet være, at der skal tilbydes en deltidsstilling som tilpasningsforanstaltning, hvis en fuldtidsstilling reelt kan opdeles i to, eller hvis der på arbejdspladsen er en deltidsstilling, som medarbejderen kan bestride.

Angående varighedsbegrebet er det stadig vanskeligt at udlede generelle træk. I Højesterets dom af 13. april 2016 havde medarbejderen fået konstateret et varigt mén på 8%. Arbejdsgiveren var blevet bekendt med dette på mødet den 25. august 2010. I dommen var der enighed om, at medarbejderen havde en lægelig diagnosticeret funktionsnedsættelse, der forhindrede hende i at fungere på lige fod med de øvrige ansatte. Arbejdsgiveren mente dog ikke, at funktionsnedsættelsen var af lang varighed. Medarbejderens varige mén var ikke en afgørende faktor for, at Højesteret vurderede, at der var tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed, og dermed at medarbejderen var handicappet efter forskelsbehandlingsloven.

7.2.3. Medarbejderens prognose

Ved vurdering af, om medarbejderens funktionsnedsættelse er varig, udtalte Højesteret i U 2015.3301 H: "Højesteret finder, at begrænsningen i foråret 2005 endnu ikke havde haft en varighed, der kan betegnes som lang, og at vurderingen af, om sygdommen på dette tidspunkt medførte en begrænsning af lang varighed, derfor måtte bero på en prognose."⁷²

Prognosen for medarbejderens funktionsnedsættelse blev også tillagt betydning før afsigelsen af U 2015.3301 H. I U 2014.990 V og U 2014.1223 SH blev kvinderne opsagt på et tidspunkt, hvor de skulle i gang med endnu et genoptræningskursus til deres rygge. I U 2015.315 Ø blev

⁷² U 2015.3301 H, s 14, spalte 1-4

medarbejderen opsagt, mens hun stadig var i genoptræning, og der var undervejs lægekontakt, da det var en del af medarbejderens genoptræning at arbejde. I dommene blev medarbejderne vurderet til at være omfattet af handicapbegrebet, fordi deres prognoser på opsigelsestidspunktet blev vurderet som langvarige. Det kan således konstateres, at så længe en medarbejder forsat er i genoptræning, er der en formodning om, at sygefraværet er langvarigt.

I U 2015.1041 SH blev prognosen ikke vurderet som langvarig. I dommen fik medarbejderen seneskedehindebetændelse efter cirka en måneds ansættelse. Ved lægeerklæring blev det vurderet, at varigheden af medarbejderens uarbejdsdygtighed ville være cirka to uger. Dette blev efterfølgende udvidet til 4-8 uger. Efter fem ugers sygemelding blev medarbejderen opsagt. Prognosen, som arbejdsgiveren var bekendt med på opsigelsestidspunktet, var, at medarbejderen ville blive fuldstændig rask og ikke skulle tage hensyn til seneskedehindebetændelsen i sit fremtidige erhverv. Domstolen bemærkede, at en mulig risiko for skulderskader i fremtiden ikke udgør en begrænsning til fuldt ud og effektivt at deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre, da det er helt normalt for alle at sørge for at indrette sig ergonomisk på arbejdspladsen. Prognosen for medarbejderens funktionsnedsættelse var ikke langvarig, og derfor var afskedigelsen ikke i strid med forskelsbehandlingsloven.

7.2.4. Sammenfatning om opsigelse af handicappede

Prognosen for sygemeldingen er et vigtigt element for vurderingen af, om en medarbejders helbredstilstand er langvarig. Varighedskriteriet er det sidste, og typisk det mest omtvistede punkt, der skal opfyldes, for at en person er omfattet af handicapbegrebet. Når alle punkterne er opfyldt, er personen omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven, hvis arbejdsgiveren har kendskab til, eller burde have kendskab til, at medarbejderen er handicappet. Dommenes præmisser nævner ikke hvad der er afgørende for at arbejdsgiveren burde vide, at en medarbejder er handicappet. Det må således være en konkret vurdering på baggrund af sygeforløbet.

Uden kendskabet til at medarbejderen er handicappet, har arbejdsgiveren ikke mulighed for at iagttage sin undersøgelsespligt, som er foreskrevet i U 2015.3827 H. Før afsigelsen af Højesterets domme blev der ikke lagt vægt på, hvad arbejdsgiveren foretog sig på egen hånd. Dette skyldes nok de omstændigheder, der dannede grundlag for dommene. I U 2015.315 Ø

og U2014.1223 SH vidste arbejdsgiverne præcis, hvilke foranstaltninger der ville aflaste medarbejderen, men valgte ikke at foretage sig noget. Det kan således diskuteres, om det overhovedet var nødvendigt for dem at foretage yderligere undersøgelse, da arbejdet som sådan var gjort for dem. Kun i U 2014.990 V foretog arbejdsgiveren sig foranstaltninger uden anmodning. Landsretten behandlede dog ikke arbejdsgiverens initiativer og gav i den forbindelse ikke et indblik i, hvad betydning disse initiativer havde.

7.3. Arbejdsgiverens undersøgelsespligt ved sygefravær

I forbindelse med at der ikke kan udledes nogle klare retningslinjer for, hvornår en medarbejders sygefravær er langvarigt, vil dette afsnit nærmere belyse arbejdsgiverens pligter og rettigheder i forbindelse med længerevarende sygefravær. På tidspunktet for opsigelsen af medarbejderne i størstedelen af dette speciales gennemgæede domme, var der ikke nogle nedskrevne regler for arbejdsgiverens undersøgelsespligt - hverken i forhold til medarbejders sygefravær eller i forhold til tilpasningsforpligtelsen. Formålet med dette afsnit er således at belyse, om de nye regler i sygedagpengeloven fremover vil kunne påvirke udfaldet af retspraksis.

7.3.1. Arbejdsgiverens rettigheder og begrænsninger efter helbredsoplysningsloven

Lov om brug af helbredsoplysninger mv. på arbejdsmarkedet (helbredsoplysningsloven) regulerer, hvornår en arbejdsgiver må anmode om oplysninger om sine ansattes helbred. Lovens formål er at sikre, at ansattes helbredsoplysninger ikke uberettiget bliver brugt til at begrænse den ansattes muligheder for at opnå eller bevare arbejde.

Loven omfatter alle helbredsoplysninger, jf. § 1, stk. 1, hvad enten disse stammer fra genetiske undersøgelser, almindelige undersøgelser eller andre kilder. Undtaget er helbredsoplysninger, der efter særlig hjemmel i andre love, gives adgang til at bruge, herunder sygedagpengeloven, jf. § 1, stk. 2.

I følge helbredsoplysningsloven § 2, stk. 1, har en arbejdsgiver alene ret til, i forbindelse med ansættelse eller under ansættelse, at anmode om en lønmodtagers helbredsoplysninger med

det formål at få belyst, om lønmodtageren lider eller har lidt af en sygdom eller har symptomer på en sygdom, når sygdommen vil have væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde. Arbejdsgiverens anmodning skal angive præcis, hvilke sygdomme eller symptomer på sygdomme der ønskes oplyst om, jf. § 2, stk. 3.

Forskelsbehandlingslovens § 4 indeholder ikke et forbud mod at anmode om, indhente eller modtage og gøre brug af oplysninger om en persons handicap i forbindelse med eller under ansættelsen. Det må derfor vurderes, at helbredsoplysningslovens regler finder anvendelse ved anmodning om oplysninger angående en medarbejders funktionsnedsættelse, der kan have væsentlig betydning for at udføre det pågældende arbejde.

Dette vurderes på baggrund af, at helbredsoplysningsloven vedrører oplysninger, der har væsentlig betydning for medarbejderens arbejdsdygtighed. Såfremt en arbejdsgiver skal ansætte en person med et handicap, skal arbejdsgiveren foretage tilpasningsforanstaltninger, så den handicappede kan udføre sit arbejde. For at kunne foretage tilpasningsforanstaltninger skal arbejdsgiveren vide, at der er et handicap at tage hensyn til. I U 2013.2575 H tog Højesteret stilling til, at helbredsoplysningsloven finder anvendelse i forbindelse med handicappede medarbejdere.

7.3.2. Arbejdsgiverens undersøgelsespligt efter sygedagepengeloven

Sygedagepengeloven indeholder nærmere regler for en arbejdsgivers ageren under en sygemelding, herunder pligten til at afholde sygefraværssamtaler og anmode om mulighedserklæringer. Reglen om mulighedserklæringer trådte i kraft 5. oktober 2009 og reglen om sygefraværssamtaler trådte i kraft den 4. januar 2010. Det bemærkes derfor indledningsvist, at pligten ikke har påhvilet arbejdsgiverne i U 2015.3301 H eller U 2015.3827 H.

Det følger af sygedagepengelovens § 7a, at en arbejdsgiver har pligt til at indkalde en sygemeldt medarbejder til en personlig samtale senest 4 uger efter første sygedag. Pligten til at indkalde til en sygefraværssamtale gælder alle medarbejdere, inklusiv medarbejdere der er ansat på deltid, medmindre medarbejderen er i en opsagt stilling og fratræder inden for 8 uger.

Formålet med sygefraværssamtalen er at finde ud af, hvornår og hvordan medarbejderen kan vende tilbage til arbejdet, og om det er muligt for medarbejderen at udføre noget arbejde trods sygdommen. Målet er således at finde en afklaring på, hvor længe sygemeldingen forventes at vare.

Arbejdsgiveren er underlagt helbredsoplysningsloven ved samtalen. Arbejdsgiveren er således forhindret i at spørge ind til, hvad den sygemeldte fejler, og hvad dennes diagnose er. Helbredsoplysningsloven tillader dog forsat arbejdsgiveren at spørge til sygdomme og symptomer, der vil have væsentlig betydning for medarbejderens arbejdsdygtighed. Arbejdsgiveren skal ved samtalen fokusere på medarbejderens funktionsevne, samt om denne eventuelt er kortvarigt eller langvarigt nedsat, og om arbejdsgiveren eventuelt skal sætte foranstaltninger i værk for medarbejderen for at få denne hurtigere tilbage i arbejde. I beskæftigelsesministeriets vejledning til sygefraværssamtaler er fysisk forflyttelse, deltid og hjemmearbejde nævnt som eksempler på foranstaltninger, en arbejdsgiver kan og må spørge ind til.⁷³

Medarbejderen har som udgangspunkt pligt til at møde op til samtalen, medmindre der er særlige omstændigheder, der forhindrer det, eksempelvis hospitalsindlæggelse. Det har ikke konsekvenser for retten til sygedagpenge, hvis medarbejderen ikke møder op. Det kan dog have ansættelsesretlige konsekvenser og eventuelt betragtes som misligholdelse af ansættelsesforholdet, såfremt en medarbejder ikke møder op. Dette følger af, at det er en del af arbejdsgiverens ledelsesret at indkalde en medarbejder til en samtale og stille spørgsmål til dennes arbejdsevne og udførelse af arbejde.⁷⁴

Der er ikke indsat nogle konsekvenser i loven, såfremt arbejdsgiveren ikke indkalder til en sygefraværssamtale. Manglende indkaldelse kan dog ultimativt få betydning ved vurderingen af, om en opsigelse under sygdom har været rimelig.

I forbindelse med et kortvarigt, gentaget eller langvarigt sygdomsforløb har en arbejdsgiver endvidere mulighed for at forlange en mulighedserklæring, jf. sygedagpengeloven § 36a.

⁷³ VEJ nr 9327 af 29 juni 2009, s. 4

⁷⁴ VEJ nr 9327 af 29 juni 2009, s. 2

Medarbejderen har også mulighed for at anmode om en fastholdelsesplan efter § 7b. Dette bliver behandlet nærmere i **del 8**.

En mulighedserklæring har til formål at bidrage til, at medarbejderen fastholdes i arbejde. Erklæringen er opdelt i to dele. Først skal arbejdsgiveren indkalde til en samtale med rimeligt varsel. Rimeligt varsel er efter forarbejderne en uge.⁷⁵ Medarbejderen har pligt til at møde op til samtalen. Til samtalen skal arbejdsgiveren udfylde første del af erklæringen, som omhandler medarbejderens funktionsnedsættelse, påvirkede jobfunktioner og skåneinitiativer.

Anden del skal udarbejdes af medarbejderens læge på baggrund af en samtale og første del af erklæringen. Anden del skal indeholde lægens vurdering af arbejdsgiverens og medarbejderens beskrivelse af funktionsnedsættelsen og arbejdsmuligheder samt lægens forslag til skånehensyn. Derudover skal lægen udtale sig om forventet varighed af behov for tilpasning af arbejdet og forventet varighed af helt eller delvist fravær fra arbejdet.

7.3.3. Praxis om arbejdsgiverens undersøgelser af sygefravær

Først og fremmest skal det bemærkes, at det er en pligt for arbejdsgiveren at indkalde til en sygefraværssamtale. Arbejdsgiveren vælger selv, om han vil anmode om en mulighedserklæring. Begge regler er nye i forhold til U 2015.3301 H og U 2015.3827 H.

I U 2015.3827 H vendte medarbejderen tilbage til sit job efter endt barsel i november 2008. Hun havde allerede fået konstateret leddegigt på daværende tidspunkt og været i kontakt med sin arbejdsgiver angående mindre belastende arbejde. I perioden frem til hendes opsigelse havde hun mange lægebesøg. Arbejdsgiveren modtog en lægeattest angående kronisk leddegigt i april 2009. Den 27. marts 2009 indgik arbejdsgiveren en §56-aftale med medarbejderen og kommunen, så arbejdsgiveren kunne få refusion pr. første sygedag medarbejderen har. På dette tidspunkt kunne arbejdsgiveren ikke længere være i tvivl om, at sygdommen ville kræve meget fravær, da en af betingelserne for at indgå en §56-aftale blandt andet er, at en sygdomsrisiko er væsentligt forøget grundet fx langvarig eller kronisk lidelse, og at fravær på grund af denne lidelse skønnes at være mindst 10 dage inden for 1 år.

⁷⁵ LFF 2009-03-12 nr 165, bemærkning til nr. 19

I august 2009 blev der afholdt møde med kommunen, arbejdsgiveren og medarbejderen. Formålet med mødet var at drøfte mulighederne for fremover at fastholde medarbejderen i arbejdet trods hendes funktionsnedsættelse. I september blev der tilsendt lægeerklæring til arbejdsgiveren, hvorpå medarbejderens uarbejdsdygtighed og fuldstændige sygemelding blev anslået til 2-3 måneder. I forbindelse med hendes fuldstændige sygemelding havde hun et møde med arbejdsgiveren. På baggrund af de afholdte samtaler og lægeerklæringerne vurderes det ikke, at reglerne om sygefraværssamtaler og mulighedserklæringer ville have ændret på dommens afgørelse, havde de været gældende på tidspunktet for medarbejderens sygdom. Dette skyldes konstruktionen og formålet med de samtaler, der blev afholdt med medarbejderen.

I U 2015.3301 H indgik arbejdsgiveren en §56-aftale med medarbejderen i november 2004 - knap et år efter trafikulykken, der forårsagede medarbejderens piskesmæld. I samme forbindelse blev medarbejderen deltidssygemeldt og efterfølgende fuldtidssygemeldt den 10. januar 2005. Medarbejderen blev opsagt, efter at arbejdsgiveren havde modtaget to lægeerklæringer. I den første erklæring, dateret 17. januar 2005, blev uarbejdsdygtigheden skønnet til at vare en måned. Heri fremgik det, at medarbejderens arbejdsevne var påvirket som følge af trafikulykken, og lægen kunne ikke vurdere på daværende tidspunkt, i hvilket omfang medarbejderens arbejdsevne ville forsætte med at være påvirket. I den næste erklæring, dateret 23. februar 2005, kunne længden af uarbejdsdygtigheden ikke afgøres.

Efter fuldtidssygemeldingen blev der ikke afholdt nogle fysiske møder mellem arbejdsgiveren og medarbejderen, men der blev udvekslet adskillige mails mellem parterne. Lægeerklæringerne, der var fremsendt til arbejdsgiveren, var hjemlet i medarbejderens ansættelseskontrakt, som foreskrev, at medarbejderen efter mere end 14 dages sygdom var forpligtet til at fremskaffe varighedsattest angående varigheden på sygdommen efter funktionærlovens § 5, stk. 4.

Såfremt reglerne i sygedagpengelovens §§ 7a og 36a var gældende på opsigelsestidspunktet, og arbejdsgiveren havde holdt personligt møde med medarbejderen i stedet for at korrespondere med hende over mail, havde arbejdsgiveren sandsynligvis fået et mere retvisende indtryk af omfanget af medarbejderens funktionsnedsættelse.

I dommen var der fremsendt varighedserklæring til arbejdsgiveren. Formålet med varighedserklæringer efter funktionærloven er, at arbejdsgiveren skal modtage nærmere oplysninger om varigheden af funktionærens uarbejdsdygtighed på grund af sygdom. Mulighedserklæringer derimod har til formål at finde ud af, hvordan medarbejderen bedst og hurtigst muligt kommer i arbejde igen samt at beskrive medarbejderens funktionsnedsættelse og tiltag hertil. Højesteret fandt, at arbejdsgiveren på opsigelsestidspunktet ikke vidste eller burde vide, at medarbejderen var handicappet. Medarbejderen havde fået forskellige erklæringer fra speciallæger om sin helbredstilstand, som hun ikke havde videresendt eller refereret til arbejdsgiveren. Endvidere havde arbejdsgiveren givet udtryk for, at medarbejderen var værd at vente på. Havde arbejdsgiveren haft mulighed for at anmode om en mulighedserklæring, i stedet for kun en varighedserklæring, var arbejdsgiveren formentlig blevet klogere på omfanget af medarbejderens uarbejdsdygtighed omfang.

I Højesterets dom af 13. april 2016 (H2016.98.2015) havde medarbejderen ved opsigelsen den 29. november 2010 som følge af bilulykken den 25. maj 2009, været deltidssygemeldt siden 19. august 2009. Under sygemeldingen mødtes hun og arbejdsgiveren hver 14. dag og talte om status på sygemeldingen. Løbende modtog arbejdsgiveren lægeerklæringer. På statusmøde den 25. august 2010 modtog arbejdsgiveren blandt andet helbredsattest angående medarbejderens sygdom og afgørelse fra arbejdsskadestyrelsen, som havde vurderet handicappet til at være en skade med varige mén på 8 %.

Tidspunktet for medarbejderens sygemelding lå mellem vedtagelserne af sygedagpengelovens regler om sygefraværssamtaler og mulighedserklæringer. Det må antages, at med de løbende samtaler er arbejdsgiverens pligt efter sygedagpengeloven opfyldt. I dommen var der til dels enighed om, at medarbejderen var omfattet af handicapbegrebet. Efter modtagelsen af lægeerklæringerne forsøgte arbejdsgiveren at undersøge mulighederne for at opdele stillingen og således ansætte medarbejderen på deltid, og Højesteret var enig i, at dette ikke havde været muligt. Arbejdsgiveren kunne således ikke have gjort yderligere for at forhindre afskedigelsen.

Der foreligger endnu ikke retspraksis, der vurderer sygedagpengelovens betydning i forhold til, hvornår en arbejdsgiver burde vide, at en medarbejder er handicappet.

Ligebehandlingsnævnet tog stilling til betydningen af en mulighedserklæring den 26. august 2015 i afgørelsen LBN nr. 125/2015.

I LBN nr. 125/2015 havde en medarbejder pådraget sig nakkegener efter at have være udsat for en påkørsel i forbindelse med sit arbejde den 2. marts 2012. Efterfølgende tilbød arbejdsgiveren, at medarbejderen kunne gå ned i tid, men dette blev afvist af medarbejderen. Den 5. december 2013 blev medarbejderen sygemeldt. I den forbindelse blev der udarbejdet en mulighedserklæring, hvori lægen omtalte nogle skånebehov, der var nødvendige for medarbejderen.

På baggrund af speciallægeerklæring og statusattest fra egen læge vurderede Ligebehandlingsnævnet, at medarbejderen var handicappet efter forskelsbehandlingsloven. Medarbejderen havde følger efter whiplashtraume i nakken, som havde forårsaget varige hjernesymptomer i form af konstant hovedpine, opmærksomhedssvækkelse, lavt stressniveau og hukommelsesbesvær.

Arbejdsgiveren havde tilbudt medarbejderen nedsat arbejdstid og mulighed for at arbejde som elektriker på lageret uden kundekontakt. Medarbejderen ønskede at have kundekontakt og forsætte på fuld tid, men med færre opgaver, som beskrevet i mulighedserklæringen. Det var ikke muligt for arbejdsgiveren at tilbyde medarbejderen en stilling som beskrevet i mulighedserklæringen. Det forventedes ikke, at arbejdsgiveren lavede en ny stilling ud fra medarbejders skånebehov.

Det fremgår fra Ligebehandlingsnævnets afgørelse, at arbejdsgiverens kendskab til medarbejderens tilstand efter en mulighedserklæring har betydning i afskedigelsessituationen. I LBN nr. 125/2015 havde lægen beskrevet nogle specifikke opgaver, der skulle fratages medarbejderen samt specifikke skånebehov, som medarbejderen havde brug for. Stillingen, der var beskrevet i mulighedserklæringen, fandtes ikke allerede og kunne ikke udfylde en fuldtidsstilling. Afgørelsen er et eksempel på, at selvom arbejdsgiveren helt specifikt ved, hvad medarbejderen kan, er arbejdsgiveren ikke forpligtet til at oprette en ny stilling, når dette ikke økonomisk kan lade sig gøre. Dette stemmer overens med resultatet i U 2015.3827 H og Højesterets dom af 13. april 2016.

7.4. Sygedagpengelovens regler betydning for handicappede

I retspraksis har der været en tendens til, at handicappede medarbejdere bliver afskediget på grund af forhold, der skyldes deres handicap. Afskedigelsen sker, fordi arbejdsgiveren ikke har haft kendskab til, at medarbejderen er handicappet og dermed ikke haft kendskab til tilpasningsforpligtelsen.

Siden tidspunktet for opsigelsen af medarbejderne i det gennemgåede retspraksis, er området blevet strammet. Ikke mindst er der kommet væsentligt mere specifikke krav til at være omfattet af handicapbegrebet. Der er også kommet en undersøgelsespligt for arbejdsgiveren. I U 2015.3301 H og U 2015.3827 H bliver der ikke omtalt en generel pligt til at undersøge omfanget af medarbejdernes helbredstilstand. Sygedagpengelovens nye regler indeholder dog en helt generel undersøgelsespligt for arbejdsgiveren ved en medarbejders sygefravær.

Navnlig fordi handicapbegrebet efter forskelsbehandlingsloven ikke er et statisk begreb, er det svært for en arbejdsgiver at vide, hvornår en medarbejders fravær ikke længere skyldes sygdom men et handicap, der er beskyttet af loven. Ved at afholde en sygefraværssamtale og anmode om en mulighedserklæring kan arbejdsgiveren danne sig et overblik over medarbejderens sygeforløb. Arbejdsgiveren har ikke ret til at vide, hvad medarbejderen fejler, men arbejdsgiveren har mulighed for at få et indtryk af den begrænsning sygdommen medfører samt nærmere informationer om medarbejderens prognose for at vende tilbage til arbejdspladsen. Såfremt prognosen er langvarig har arbejdsgiveren mulighed for at undersøge om nogle specifikke foranstaltninger kan få medarbejderen hurtigere tilbage.

Såfremt en arbejdsgiver blot holder sig i uvidenhed om medarbejderens helbredstilstand, ville dette ikke kun være i strid med sygedagpengeloven, men der ville automatisk komme et tidspunkt, hvor medarbejderens funktionsnedsættelse har været så længe, at arbejdsgiveren bør vide, at medarbejderen har nogle tilpasningsbehov. Når arbejdsgiveren ikke foretager sig nogle handlinger, er de oplysninger, arbejdsgiveren har modtaget fra medarbejderen, afgørende for vurderingen af, om arbejdsgiveren burde vide, at medarbejderen er handicappet.

Nogle tegn er mere åbenlyse end andre; det vil være for eksempel stå klart for en arbejdsgiver, at medarbejderen er handicappet, såfremt arbejdsgiveren modtager meddelelse om, at medarbejderen har mistet en lemmedel. Hvad er mere interessant, og som også har været

omdrejningspunktet i denne afhandling, er, når arbejdsgiveren modtager meddelelse om mindre synlige lidelser, hvor medarbejderen bliver begrænset i forhold til udførelsen af sit arbejde. I denne situation kan medarbejderens lidelse udgøre et skjult handicap. I retspraksis ses det nemlig, at medarbejderen ikke nødvendigvis er handicappet, så snart vedkommende har været ude for en ulykke eller har fået en kronisk sygdom. Der er først tale om et handicap, når prognosen for funktionsnedsættelsen er langvarig.

Set fra arbejdsgiverens synspunkt igangsætter dette naturligvis spørgsmål om, hvordan en arbejdsgiver undgår at blive omfattet af forbuddet mod at afskedige medarbejdere efter forskelsbehandlingsloven. Skal arbejdsgiveren begynde at afskedige medarbejdere, blot fordi medarbejdere bliver overvægtige eller får dårlig ryg? Derved kunne arbejdsgiveren jo komme en eventuel langvarig prognose i forkøbet. Dertil kan bemærkes, at såfremt en arbejdsgiver begynder at spekulere i dette, ville det også være en indikator på, at arbejdsgiveren formentlig besidder en formodning om, at medarbejderen ikke vil komme til fungere som tidligere. Arbejdsgiveren ville derved alligevel have en så tilstrækkelig viden om medarbejderens helbredstilstand, at beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven principielt ville træde i kraft. Dette støttes af U 2013.2575 H, hvor arbejdsgiveren afskedigede en medarbejder efter fire arbejdsdage, fordi han blev bekendt med hendes ADHD-lidelse. Arbejdsgiveren foretog ingen undersøgelse af lidelsens omfang, om medarbejderen havde en funktionsnedsættelse, eller om det overhovedet var nødvendigt med tilpasningsforanstaltninger, hvilke det ikke var. Højesteret vurderede, at medarbejderen var handicappet og derfor beskyttet af forskelsbehandlingsloven. Selvom arbejdsgiveren havde holdt sig i uvidenhed om omfanget af ADHD-lidelsen, fandt Højesteret, at opsigelsen var i strid med loven.

Efter reglerne i sygedagpengeloven skal en arbejdsgiver undersøge omfanget af medarbejderens sygefravær, herunder muligheden for at holde denne i arbejde trods sygdom. Alene det forhold at arbejdsgiveren på et tidligt tidspunkt indser, at medarbejderen ikke er egnet til at udføre sit arbejde i samme grad som før sygemeldingen, medfører således ikke, at arbejdsgiveren kan løsrive sig fra medarbejderens beskyttelse i forskelsbehandlingsloven. Dette medfører blot, at arbejdsgiveren bliver opmærksom på prognosen for medarbejderens helbredstilstand, herunder om den er langvarig. Formålet med en mulighedserklæring er blandt andet at foretage tilpasninger af arbejdspladsen af hensyn til medarbejderens behov. Således vil en arbejdsgiver, ved brug af sygedagpengelovens regler, kunne dække sig ind

langt hen af vejen i forhold til at foretage tilpasningsforanstaltninger efter forskelsbehandlingsloven.

7.5. Sammenfatning

Ud fra en analyse af retspraksis kan det konstateres, at det følger af arbejdsgiverens fri opsigelsesret, at der ikke foreligger et generelt forbud mod at afskedige handicappede, men der er et forbud mod at afskedige en medarbejder, fordi denne er handicappet, jf. forskelsbehandlingsloven § 2, idet dette udgør en usaglig opsigelse. Det kræver særlig hjemmel, før den opsagte medarbejder har et krav mod arbejdsgiveren for usaglig opsigelse, og en sådan hjemmel er indeholdt i forskelsbehandlingsloven.

I dommene stilles der strenge krav til arbejdsgiverens begrundelse for opsigelsen af den handicappede medarbejder. Dette støttes af, at sagligheden af en opsigelse skal vurderes på opsigelsestidspunktet. Handicappede er en særlig beskyttet medarbejdergruppe og kan kun afskediges, såfremt de er uegnede til den pågældende stilling, og hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger ikke ændrer på dette.

Før afsigelsen af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H var der ikke en tendens til, at arbejdsgiveren havde en decideret undersøgelsespligt af medarbejderens fravær i forhold til at iagttage sin tilpasningsforpligtelse. Det vurderes, at U 2015.3301 H og U 2015.3827 H vil medføre en ændring af fremtidig retspraksis, hvorved domstolenes vurdering af, om arbejdsgiveren har opfyldt sin forpligtelse til at tilbyde tilpasningsforanstaltninger, vil blive skærpet. Dette vurderes delvis på baggrund af, at der ikke var nogen nedskrevet undersøgelsespligt før afsigelsen af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H, og delvis på grund af reglen i sygedagpengelovens § 7a, idet arbejdsgiveren efter denne er forpligtet til at afholde en sygefraværssamtale. Målet med samtalen er at finde en afklaring på, hvor længe sygdommeldingen forventes at vare. Der er ganske vist ikke nogle konsekvenser i sygedagpengeloven, hvis en arbejdsgiver ikke overholder denne pligt. Det må dog fremover antages at skade arbejdsgiveren ved efterfølgende tvister, såfremt arbejdsgiveren har tilsidesat denne forpligtelse efter sygedagpengeloven.

Pligten til at afholde sygefraværssamtaler er en undersøgelsespligt for arbejdsgiveren, da arbejdsgiveren i forbindelse med samtalen undersøger, hvad medarbejderen kan i forhold til sit sygefravær. Arbejdsgiveren har således fremadrettet en forpligtelse til tidligere i forløbet at gøre sig bekendt med omfanget af medarbejderens fravær samt at danne sig et overblik over, om funktionsnedsættelsen er langvarig.

På baggrund af retspraksis kan der ikke udledes nogen generelle retningslinjer for, hvornår en helbredstilstand er langvarig, og dermed hvornår en arbejdsgiver fremover skal iagttage sin undersøgelsespligt. I forhold til hvornår tilpasforpligtelsen så skal iagttages, har retten hidtil lagt vægt på arbejdsgiverens aktivitet i sygeperioden. Der ses ikke en tendens til, at en medarbejder er handicappet, blot fordi personens helbredstilstand er kronisk og har medført varige mén. Disse momenter er ikke afgørende men spiller en rolle i vurderingen af, om en arbejdsgiver burde vide, at en medarbejder har tilpasningsbehov. Dette, i samspil med om medarbejderen har anmodet om tilpasningsforanstaltninger, har en § 56-ordning, har tilsendt lægeerklæringer og om der har været samtaler mellem parterne, har retten lagt vægt på ved vurderingen af, hvorvidt arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at denne skulle iagttage sin tilpasningsforpligtelse. Dette forventes også at være en del af fremtidig praksis. Det begrundes med, at Højesteret i U 2015.3301 H udtalte, at det samlede forløb skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at medarbejderen var handicappet på opsigelsestidspunktet.

Arbejdsgiveren skal således tage det samlede forløb i betragtning, før arbejdsgiveren skal undersøge, om det er muligt at tilpasse arbejdspladsen efter medarbejderens behov. Dette bekræftes af Højesterets dom af 13. april 2016. Dommen følger præmisserne i U 2015.3301 H og U 2015.3827 H og lægger til grund, at når en arbejdsgiver ved eller burde vide, at en medarbejder er handicappet, skal arbejdsgiveren undersøge muligheden for at foretage hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.

8. Medarbejderens oplysningspligt

Denne del har til formål at se nærmere på betydningen af de oplysninger, som medarbejderen giver til arbejdsgiveren ved vurderingen af, om medarbejderen er omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven. I den forbindelse vil det blive belyst, om det har nogen indflydelse på medarbejderens sag, at denne - uagtet at vedkommende ikke har en pligt til det - oplyser arbejdsgiveren nærmere om sin helbredstilstand. Afsnittet vil belyse reglerne for en medarbejders oplysningspligt i forbindelse med sygdom og sygefravær sammenholdt med retspraksis om medarbejders ageren under sygefravær.

En medarbejder skal af egen drift eller ved besvarelse af arbejdsgivers spørgsmål informere om, hvorvidt denne er bekendt med at lide af en sygdom eller har symptomer på at lide af en sygdom, der har væsentlig betydning for udførelsen af det pågældende arbejde, jf. helbredsoplysningslovens § 6. Det følger af U 2013.2575 H, at bestemmelsen finder anvendelse på handicappede medarbejdere. Højesteret fandt, at en advokatsekretær havde opfyldt sin oplysningspligt ved til sin ansættelsessamtale at informere om sin ADHD-lidelse.

Ved en sygemelding har en arbejdsgiver ikke ret til at vide, hvad medarbejderen fejler. En arbejdsgiver kan forlange en lægeerklæring, der dokumenterer medarbejderens uarbejdsdygtighed, men denne skal ikke oplyse, hvad medarbejderen specifikt fejler.

I afsnittet om arbejdsgiverens undersøgelsespligt (**del 7**) blev arbejdsgiverens rettigheder og pligter ved sygefravær efter sygedagpengeloven behandlet. Efter sygedagpengelovens § 7b har en medarbejder ret til at anmode om en fastholdelsesplan. Medarbejderen kan fremsætte denne anmodning, hvis vedkommende ikke forventer at vende tilbage til arbejdspladsen inden 8 uger fra første sygedag. Planen skal udarbejdes af arbejdsgiveren og medarbejderen i fællesskab og beskrive, hvordan medarbejderen hurtigst muligt kan vende tilbage til arbejdet. Vælger arbejdsgiveren at efterkomme medarbejderens anmodning, forpligter indholdet arbejdsgiveren i forhold til en senere opsigelse. Arbejdsgiveren kan afslå medarbejderens anmodning og i forhold til en opsigelse, kan manglende udarbejdelse af en fastholdelsesplan påvirke arbejdsgiveren negativt. I U 2015.3827 H blev der ikke anmodet om en fastholdelsesplan, da reglen ikke var trådt i kraft på daværende tidspunkt. Til gengæld blev der afholdt et lignede møde, hvor formålet var at fastholde medarbejderen i arbejde. Dette

afholdte møde var med i Højesterets vurdering af, at arbejdsgiveren burde have vidst at medarbejderen havde tilpasningsbehov.

Tendensen i dette speciales omtalte retspraksis er, at jo flere oplysninger arbejdsgiveren har fra medarbejderen, jo strengere bedømmelse bliver arbejdsgiveren underlagt ved vurderingen af, om denne har iagttaget sin tilpasningsforpligtelse. Dette hænger sammen med, at arbejdsgiveren skal vide eller burde vide, at medarbejderen er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, før han er forpligtet til at foretage tilpasninger af arbejdspladsen.

I U 2014.1223 SH havde medarbejderen undervejs informeret arbejdsgiveren om sine rygproblemer blandt andet i form af, at medarbejderen blev nødt til at undergå en 14 uger lang genoptræning efter en operation mod diskusprolaps. Derudover havde arbejdsgiveren modtaget en varighedserklæring, hvori der stod, at medarbejderen muligvis ville overgå til delvist uarbejdsdygtig. Medarbejderen anmodede adskillige gange om tilpasningsforanstaltninger, herunder at komme på flextid, da hun efter egen opfattelse, og med opbakning fra lægen, ikke kunne holde til at arbejde fuld tid. Sø- og Handelsretten fandt dermed, at arbejdsgiveren var tilstrækkeligt informeret om medarbejderens helbred til, at denne burde have vidst, at hun var handicappet.

I U 2015.3301 H havde medarbejderen to speciallægeerklæringer, som hun hverken videregav til arbejdsgiveren eller refererede overfor denne. Erklæringerne var udarbejdet et år efter en trafikulykke, som medarbejderen havde været ude for. Undervejs sendte hun, på forespørgsel, kun lægeerklæringer til arbejdsgiveren angående hendes uarbejdsdygtighed. Da Højesteret skulle bedømme, om arbejdsgiveren burde have vidst, at medarbejderen led af et handicap, lagde Højesteret særligt vægt på, at medarbejderen ikke havde fremsendt speciallægeerklæringerne til arbejdsgiveren. Såfremt hun havde videresendt eller refereret erklæringerne overfor arbejdsgiveren, ville denne unægteligt have haft et bedre grundlag til at vurdere omfanget af hendes helbredstilstand.

Forskellen på de to domme er, at medarbejderen i U 2014.1223 SH aktivt forsøgte at oplyse arbejdsgiveren om, at hun havde brug for tilpasninger af arbejdspladsen for at kunne udføre sit job, mens medarbejderen i U 2015.3301 H holdt kortene noget tættere på kroppen. Dette var afgørende for domstolens bedømmelse af, om arbejdsgiveren burde vide at medarbejderen var omfattet af handicapbegrebet.

Udfaldet af U 2015.3301H virker strengere end øvrig retspraksis. Ved at lægge vægt på, at medarbejderen ikke fremsendte speciallægeerklæringerne, sender dommen et signal om, at medarbejderen skal fremføre bevis for sit handicap. Medarbejderen har ikke en generel oplysningspligt, men der er ingen tvivl om, at medarbejderens oplysninger til arbejdsgiveren spiller en rolle i det samlede forløb. I U 2015.3827 H og Højesterets dom af 13. april 2016 virker arbejdsgiverens undersøgelsespligt dog til at vægte højere end medarbejderens oplysninger, da disse ikke bliver behandlet. Der er således en meget fin balancegang mellem arbejdsgiverens undersøgelsespligt, og de oplysninger medarbejderen giver.

I Højesterets dom af 13. april 2016 valgte arbejdsgiveren på et tidspunkt at frabede sig yderligere informationer om medarbejderens helbredsforløb. Dette blev ikke kritiseret af Højesteret. Dette må formentlig skyldes, at arbejdsgiveren havde så tilstrækkelig mange oplysninger fra medarbejderen på det tidspunkt, at det på baggrund heraf var muligt at vurdere, om de kunne tilbyde hende tilpasningsforanstaltninger.

Som i enhver anden ansættelsessituation vil en arbejdsgiver naturligvis lægge vægt på medarbejderens vilje til at samarbejde og finde en løsning. Derfor er det også naturligt, at der bliver lagt vægt på medarbejderens ageren op til en opsigelse, når domstolene skal vurdere, om der er sket en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven. Højesteret fastslog i U 2015.3301 H, at “ved bedømmelsen af, om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at A var handicappet, må det samlede forløb tages i betragtning”.⁷⁶ Dette hænger naturligvis sammen med, at en arbejdsgiver ikke har en chance for at iagttage sin tilpasningsforpligtelse hvis ikke arbejdsgiveren ved, at det er nødvendigt at foretage tilpasningsforanstaltninger.

Det vurderes, at sygedagpengelovens regler i fremtiden vil være til nytte for medarbejderen. Fremover har medarbejderen mulighed for at uddybe, hvorfor denne er forhindret i at arbejde. Det kan komme en arbejdsgiver til skade, såfremt denne afviser at udarbejde en fastholdelsesplan, eller såfremt denne ikke anmoder om en mulighedserklæring. Dette er en følge af, at hele forløbet skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der er sket en usaglig opsigelse i strid med forskelsbehandlingsloven. En fastholdelsesplan eller mulighedserklæring kan være med til at belyse medarbejderens tilpasningsbehov. Da reglerne således er med til at belyse medarbejderens uarbejdsdygtighed, vil reglerne ibrugtagen unægteligt indgå i en

⁷⁶ U 2015.3301 H, s. 14, spalte 1, linje 34 - 35

vurdering af, om arbejdsgiveren burde vide, at medarbejderen er handicappet. Retspraksis har på nuværende tidspunkt ikke taget stilling til iagttagelse af disse regler ved handicappede medarbejdere. Derimod berører Ligebehandlingsnævnets afgørelse fra 12. marts 2014, LBN nr. 52/2014, særligt medarbejderens ageren under sygeforløbet.

Medarbejderen havde ved en arbejdsulykke i maj 2011 pådraget sig skader på nakke og skulder med kroniske smerter og nakkestivhed til følge. Trods dette arbejdede hun frem til 26. august 2011, hvor hun blev sygemeldt grundet andre årsager end arbejdsulykken. Den 18. januar 2012 anbefalede en speciallæge tilbageslutning til arbejdet, da medarbejderens pædagogstilling var ideel, eftersom den ikke var belastende for nakke og skulder. Speciallægen vurderende ikke, at medarbejderens erhvervsevne var blevet væsentligt påvirket.

Under sygeforløbet blev der afholdt adskillige sygefraværssamtaler og udarbejdet en mulighedserklæring. Den 17. november 2011 kunne medarbejderen stadig ikke tilkendegive noget om prognosen for tilbagevenden til arbejdspladsen, i den forbindelse aftalte de at udarbejde en fastholdelsesplan. Medarbejderen ville blive opsagt hun hun ikke blev fuldt ud raskmeldt senest 1. marts 2012. Efterfølgende forsøgte arbejdsgiveren tre gange at få medarbejderen til samtale. Medarbejderen blev afskediget 20. december 2011, da udarbejdelsen af fastholdelsesplanen ikke blev gennemført.

Afgørelsen illustrerer betydningen af arbejdsgiverens undersøgelsespligt og særligt medarbejderens ageren op til opsigelsen. Arbejdsgiveren forsøgte ihærdigt at holde medarbejderen i arbejde. Arbejdsgiveren tog initiativ til adskillige møder under sygemeldingen og kontaktede medarbejderen flere gange elektronisk for at forhøre sig om hendes tilstand. Endvidere anmodede arbejdsgiveren om en mulighedserklæring og efterkom medarbejderens ønske om en fastholdelsesplan.

Medarbejderen forholdte sig passivt under sygemeldingen. Hun aflyste adskillige møder, tog på ferie- og mindfulnessophold og efterkom ikke udarbejdelsen af en fastholdelsesplan. Endvidere arbejdede hun på Grønland, selvom hun var sygemeldt i Danmark.

Ligebehandlingsnævnet fandt, at medarbejderen ikke var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Selv hvis hun var omfattet af handicapbegrebet, ville det have været vanskeligt for arbejdsgiveren at foretage tilpasningsforanstaltninger, da medarbejderen ikke aktivt medvirkede med oplysninger om sin helbredstilstand. Dette er en naturlig følge af,

at arbejdsgiveren ikke kan vide, at den skal foretage tilpasningsforanstaltninger - eller for den sags skyld hvilke tilpasningsforanstaltninger han skal foretage sig - når medarbejderen ikke samarbejder i forbindelse med sygemeldingen.

8.1. Sammenfatning

Det svækker ikke medarbejderens sag, at denne gør opmærksom på sin funktionsnedsættelse. Tværtimod stilles der strengere krav til arbejdsgiverens begrundelse for opsigelsen af den handicappede medarbejder. Indtil Højesteret udtaler sig anderledes, må udgangspunktet være, at medarbejderens oplysninger - eller mangel på samme, jf. U 2015.3301 H - har betydning for om arbejdsgiveren burde vide at medarbejderen har tilpasningsbehov. Eftersom det samlede forløb skal tages i betragtning ved vurderingen af, om arbejdsgiveren skal iagttage sin undersøgelsespligt, må det antages, at det fremover får betydning, hvilke oplysninger medarbejderen kommer med i forbindelse med sit fravær, herunder særligt, når der efter sagens konkrete omstændigheder er få oplysninger om helbredstilstanden.

Medarbejderen har ikke en generel oplysningspligt om sit fravær. Praksis tenderer dog mod, at arbejdsgiveren har en pligt til at reagere, når medarbejderen gør opmærksom på, at sygeforløbet tager længere tid end først antaget. En medarbejder har kun en oplysningspligt, når fraværet har væsentlig betydning for udførelsen af det pågældende arbejde, jf. helbredsoplysningsloven § 6. Når en arbejdsgiver modtager sådanne oplysninger, skal denne først vurdere, om medarbejderen stadig er egnet til at udføre det pågældende hverv. Såfremt det er tilfældet, skal arbejdsgiveren undersøge, om det er muligt at foretage tilpasninger af arbejdspladsen i forhold til medarbejderens behov, og derefter vurdere, om det er uforholdsmæssigt byrdefuldt at foretage tilpasningsforanstaltningerne.

Arbejdsgiverens pligt til at iagttage sin undersøgelsespligt skærpes i takt med, at medarbejderen delagtiggør arbejdsgiveren i sit handicap. Medarbejderens oplysninger stiller således ultimativt medarbejderen stærkere i forbindelse med en tvist angående en opsigelse.

9. Konklusion

Specialet har belyst national ret og EU-ret, der har tilknytning til U 2015.3301 H og U 2015.3827 H.

Det kan konkluderes, at der ikke er nogen retsregel, der nævner arbejdsgiverens undersøgelsespligt i forhold til tilpasningsforanstaltninger. Undersøgelsespligten er opstået som følge af Højesterets udtalelse i U 2015.3827 H.

På baggrund af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H fremgår det, at arbejdsgiverens viden om medarbejderens handicap er omdrejningspunktet for, hvornår undersøgelsespligten opstår. Dette hænger sammen med, at arbejdsgiveren naturligvis ikke kan vide, at der skal foretages tilpasningsforanstaltninger, hvis denne ikke er bekendt med medarbejderens handicap.

Handicappede er en medarbejdergruppe, der er særligt beskyttet. Før Højesterets afsigelse af U 2015.3301 H og U 2015.3827 H blev det vurderet, om en arbejdsgiver aktivt havde forsøgt at tilbyde en medarbejder tilpasninger af arbejdspladsen. Domspraksis viser, at særligt arbejdsgiverens aktivitet i medarbejderens sygeperiode bliver tillagt betydning, hvilket tyder på, at domstolene lagde vægt på, om arbejdsgiveren havde forsøgt at holde medarbejderne i arbejde trods deres helbredstilstand.

Efter afsigelsen af U 2015.3827 H vurderes det, at tilpasningsforpligtelsen gælder på hele arbejdspladsen og ikke kun i forhold til den stilling, medarbejderen er ansat i. Når det skal vurderes om arbejdsgiveren har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse vurderes det således også hvorvidt, arbejdsgiveren har tilbudt medarbejderen en anden stilling, nedsat arbejdstid eller en omstrukturering i medarbejderens aktuelle stilling. En arbejdsgiver er dog ikke forpligtet til at oprette en ny stilling, for at imødekomme en medarbejders tilpasningsbehov. Der er en tendens til at domstolene er strenge i deres bedømmelse af, hvorvidt det er uforholdsmæssigt byrdefuldt for arbejdsgiveren.

I U 2015.3301 H fastslog Højesteret, at hele forløbet skal inddrages ved vurderingen af, om arbejdsgiveren har iagttaget sin tilpasningsforpligtelse. I den forbindelse lagde Højesteret både vægt på, hvad arbejdsgiveren havde foretaget sig under sygemeldingen, og på de oplysninger medarbejderen havde givet om sin helbredstilstand.

På grund af dets principielle karakter må U 2015.3301 H og U 2015.3827 H forventes at være illustrativ for fremadrettet praksis på området, og Højesterets dom af 13. april 2016 har allerede fulgt dommens præmisser.

Højesterets domme fastslår ikke nogen pligt til at undersøge medarbejdernes sygefraværs omfang, og om fraværet er langvarigt. Dette skyldes utvivlsomt, at der på tidspunktet for opsigelsen af medarbejderne i dommene ikke var regler om arbejdsgiverens undersøgelse af sygefravær.

Sygedagpengelovens nye regler skærper imidlertid kravene til arbejdsgiverens ageren under en sygemelding. Arbejdsgiveren har som minimum pligt til at afholde en sygefraværssamtale ved en medarbejders sygemelding. I det analyserede domspraksis havde medarbejderne sygefravær på grund af deres handicap. Havde reglerne om arbejdsgiverens undersøgelsespligt ved sygefravær været gældende på tidspunktet for afgørelserne, ville det unægteligt have haft en betydning for udfaldet af dommene. Det forventes, at der fremover vil blive lagt særlig vægt på arbejdsgiverens undersøgelse af medarbejderens sygefravær, da arbejdsgivers undersøgelse af en medarbejders sygefravær kan medføre, at arbejdsgiveren bliver bekendt med medarbejderens handicap.

Der er ikke en generel oplysningspligt for medarbejderen. Dette ville være i strid med helbredsoplysningsloven. Der er dog klar tendens til, at medarbejderens oplysninger til arbejdsgiveren har betydning for udfaldet af dommen.

Det kan endeligt konkluderes, at arbejdsgiverens begrundelse for opsigelse af en handicappet medarbejder fremover forventes at blive underlagt en streng bedømmelse. Dette skyldes, at sygedagepengeloven sammenholdt med Højesterets afgørelser skærper undersøgelsespligten i forhold til medarbejderens sygefravær. Arbejdsgiveren har som minimum pligt til at afholde en samtale med en medarbejder. I den forbindelse har arbejdsgiveren mulighed for at foretage yderligere undersøgelser af medarbejderens fravær. Arbejdsgiveren kan i den forbindelse hurtigst muligt få en afklaring af sygdommens omfang og dermed få undersøgt, om arbejdsgiveren kan foretage nogle foranstaltninger for at imødekomme medarbejderens tilpasningsbehov. Ultimativt har arbejdsgiveren dermed en mulighed for at vurdere om, og hvordan det er muligt at beholde medarbejderen i arbejde.

10. Abstract

This master thesis contains an analysis and discussion of an employer's obligation to provide reasonable accommodations for disabled persons' needs based on the Supreme Court cases U 2015.3301 H and U 2015.3827 H.

According to Danish law, an employer shall take appropriate measures where needed in order to enable a person with a disability to have access to, participate in, advance in employment or to undergo training - unless such measures would be too burdensome to the employer. The purpose of this obligation is to ensure that there will be no discrimination of disabled persons.

The Danish law is based on the EU Directive 2000/78/EC which establishes a general framework for equal treatment in employment and occupation. This is why EU-law has been described here in the thesis as well.

The Supreme Court cases provide for an obligation within Danish law to look into reasonable accommodations without a request from an employee. Furthermore, there is an obligation for an employer to look into an employee's absence(s) due to illness. It has been concluded that in the future these obligations together will be put under close scrutiny.

The employer's obligation appears when it is known or ought to be known by the employer that the employee has an disability. This can be before or during employment. One is considered disabled when having a condition caused by an illness that is medically diagnosed as curable or incurable and where that illness entails a limitation which results, in particular, from physical, mental or psychological impairments which hinder the full and effective participation on an equal basis with other workers and the limitation is a long-term one.

From Danish case law it can be concluded that a employer's obligation extends from offering a part-time job or redeployment within the company to reduction in working hours.

Based on an overall evaluation, it is expected that the Supreme Court cases - along with the rules governing the obligation to look into an employee's absence due to illness - will result in more strict case law in the future. When judging whether this obligation has been met by the employer, the court has and should emphasize what information the employee has given to the employer about the employee's health.

11. Litteraturliste

Litteratur

- Andersen, Lars Svenning (2011), m.fl., Funktionærret, (4. udgave), Jurist og Økonomiforbundets forlag
- Beskæftigelsesministeriet, VEJ nr 9237 af 6. januar 2006, Vejledning om forskelsbehandlingsloven
- Beskæftigelsesministeriet, VEJ nr 9327 af 29. juni 2009, Vejledning om arbejdsgivers indhentelse af oplysninger i forbindelse med lønmodtagerens sygdom
- Beskæftigelsesministeriet, Notat om bevisbyrde af 12. november 2009
- Blume, Peter (2009), Juridisk metodelære (5. udgave), Jurist og – Økonomiforbundets Forlag
- FRA - Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder (2011), Juridisk beskyttelse af personer med sindslidelser i henhold til loven om ikke-forskelsbehandling - Forståelse af handicap som defineret i lovgivningen og forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap i EU's medlemsstater, <http://bookshop.europa.eu/>
- Frederiksen, Yvonne & Krarup, Mads (2008) Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer (1 udgave), Forlaget Thomson
- Hasselbalch, Ole (2012), Lærebog i ansættelsesret & personalejura (4. udgave), Jurist og Økonomiforbundet
- Nielsen, Henrik Karl (2009), Funktionærloven (5. udgave), Thomson Reuters
- Nielsen, Ruth (2012), Dansk Arbejdsret (2. udgave), Jurist og Økonomiforbundets forlag
- Munk-Hansen, Carsten (2011), Rettens grund (1. udgave), Aalborg Universitet
- Rudolph Greisen, Linde (2008), Handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven, Juristen
- Schwarz, Finn & Hartmann, Jens Jakob (2011), Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven (1. udgave), Thomson Reuters
- Udenrigsministeriet, <http://um.dk/da/udenrigspolitik/eu/saadan-fungerer-eu/eus-traktater---herunder-lissabontraktaten/>

Lovgrundlag

- De Forenede Nationers konvention om rettigheder for personer med handicap (CRPD) af 13. december 2006

- Lovbekendtgørelse nr. 48 af 13 januar 2016 om sygedagpenge (sygedagpengeloven)
- Lovbekendtgørelse nr. 81 af 2. februar 2009 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven)
- Lovbekendtgørelse nr. 459 af 12. juni 1996 (forskelsbehandlingsloven)
- Lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (Forskelsbehandlingsloven)
- Lovbekendtgørelse nr. 905 af 3. september 03, om Ligebehandlingsnævnet
- Lov nr. 286 af 24 april 1996 om brug af helbredsoplysninger mv. på arbejdsmarkedet (helbredsoplysningsloven)
- LFF nr. 40 af 22. oktober 2003, Ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.
- LSF nr. 92 af 11. november 2004, Forslag til Lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.
- LFF nr 165 af 12. marts 2009, Ændring af lov om sygedagpenge, lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, lov om aktiv socialpolitik og lov om integration af udlændinge i Danmark
- Rådets Afgørelse 2010/48/EF af 26. november 2009 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af De Forenede Nationers konvention om handicappedes rettigheder
- Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (beskæftigelsesdirektivet)

Domsregister

- U 1968.782 H
- U 2001.230 Ø
- U 2002.2026 H
- Vestre Landsrets dom af 1. oktober 2007 (VL B-2722)
- U 2008.306 V
- U 2008.1450 Ø
- U 2009.1948 SH
- U 2010.1748 V
- U 2010.2303 Ø

- U 2010.2610 V
- U 2013.2473 Ø
- U 2013.2575 H
- U 2014.990 V
- U 2014.1223 SH
- U 2014.2924 V
- U 2015.315 Ø
- U 2015.1041 SH
- U 2015.1053 SH
- U 2015.1169 V
- U 2015.3301 H
- U 2015.3827 H
- Retten i Koldings dom af 31. marts 2016
- Højesterets dom af 13. april 2016 (H2016.98.2015)
- Højesterets dom af 27. april 2016

EU-Domstolen (Tidligere EF-domstolen)

- C-13/05 (Chacón Navas)
- C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge)
- C-303/06 (Coleman)
- C-354/13 (Kaltoft)

Ligebehandlingsnævnets afgørelser

- LBN nr. 52/ 2014 af 12. marts 2014
- LBN nr. 125/2015 af 26. august 2015

12. Bilag

Bilag 1: U 2015.3301 H

Bilag 2: U 2015.3827 H