

17. MAJ 2018

**FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS
HANDICAPBEGREB**

SET I LYSET AF U.2018.830H OG U.2018.853H

JULIE BIRCH SKIFFARD

TITELBLAD

Titel: Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb set i lyset af U.2018.830H og U.2018.853H

Engelsk titel: The Danish Discrimination Act's concept of disability viewed in the light of U.2018.830H and U.2018.853H

Studieretning: Jura

Retsområde: Ansættelsesret

Universitet: Aalborg Universitet

Afhandling: Kandidatspeciale

Vejleder: Bjørn Holtze

Sider: 60 (53,5 normalsider)

Forfatter: Julie Birch Skiffard

Studienummer: 20123636

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. Indledning.....	3
2. Problemformulering.....	4
3. Afgrænsning	4
4. Struktur	5
5. Metode.....	6
6. Rammerne for handicapbegrebet	7
6.1 Lovstof	7
6.1.1 FN's handicapkonvention.....	7
6.1.2 Direktiv 2000/78/EF.....	8
6.1.3 Forskelsbehandlingsloven.....	9
6.2 EU-Domme	11
6.2.1 Navas-afgørelsen.....	11
6.2.2 Ring/Skouboe Werge-afgørelsen	13
6.2.3 Daouidi-afgørelsen.....	16
6.3 Handicaprelaterede begreber.....	18
6.3.1 Det miljøbestemte handicapbegreb	18
6.3.2 Direkte- og indirekte forskelsbehandling.....	20
6.3.3 Tilpasningsforanstaltninger.....	21
6.4 Sammenfatning.....	22
7. En analyse af handicapbegrebet ud fra retspraksis.....	25
7.1 Handicapbegrebet hidtil	25
7.1.1 U.2013.2575.H.....	25
7.1.2 U.2014.1223S – Ring-sagen	29
7.1.3 U.2015.3301H – Skouboe Werge-sagen.....	33
7.1.4 U.2015.3827H.....	38
7.1.5 Sammenfatning	42
7.2 Handicapbegrebet i forhold til ny praksis	45
7.2.1 U.2018.830H.....	45
7.2.2 U.2018.853H.....	50
8. Det udvidede handicapbegreb	53
9. Konklusion	55
10. Abstract	58
11. Litteraturliste.....	59

1. INDLEDNING

Forskelsbehandlingsloven fastslår, at der ikke må forskelsbehandles som følge af handicap, men hvad et handicap er, er ikke yderligere defineret. Dette er den første årsag til, at emnet er et interessant emne at beskæftige sig med.

Handicapbegrebet er en del af vurderingen af, hvorvidt det kan statueres, at en arbejdsgiver har forskelsbehandlet som følge af handicap. Herved er det også ganske relevant for en arbejdsgiver at vide, hvornår denne har ansat en handicappet for herefter at undgå forskelsbehandling af denne.

Definitionen af handicapbegrebet i henhold til forskelsbehandlingsloven er tidligere behandlet af flere omgange både i litteraturen, artikler og også i kandidatspecialer som dette. Årsagen til at det dog forbliver et interessant emne at arbejde med og fordybe sig i er, at begrebet ikke har en stilstand, hvor det forbliver. Begrebet er under udvikling, og det er dynamisk, som det både fremgår af FN's handicapkonvention, men også i bemærkningerne til forskelsbehandlingsloven.¹ Kun de ydre rammer er fastsat, og dermed vil en højesteretsdom alene ikke kunne definere det endelige begreb, og retstilstanden vil derfor ikke være permanent. Men dynamikken skal forstås som, at handicapbegrebet bør følge samfundsudviklingen, og der vil hele tiden være anledning til at tage stilling til, hvorvidt sygdomme og heraf foranledigede funktionsnedsættelser kan anses for værende et handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven.

I denne sammenhæng bør det dog bemærkes, at det ikke kan fastlægges, at blot fordi en sygdom i en højesteretsdom er anset som værende en del af handicapbegrebet, at den så ligeledes i en anden sag må anses for værende omfattet af handicapbegrebet. Det er i stor grad en vurderingssag ud fra bl.a. funktionsnedsættelse, varighed m.v. Dette må også være medvirkende til at anse handicapbegrebet som værende dynamisk. Det er dog også årsagen til, at det er interessant at undersøge, hvad baggrunden for at statuere et handicap er.²

Særligt interessant bliver emnet dog, idet der er afsagt to nye højesteretsdomme på området, U.2018.830H samt U.2018.853H, der dermed også tilføjer dynamik og udvikling til begrebet.

¹FN's konvention om rettigheder for personer med handicap (FN's handicapkonvention), præambel e) og 2004/1 LSF 92 – Forlag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. - Almindelige bemærkninger til lovforslag til Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet pkt. 4.1

² Schwarz og Hartmann: "Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven", Thomson Reuters, 1. udgave, s. 272

Ydermere er disse domme så nye, at de endnu ikke er behandlet i litteraturen. Herved vil opgavens omdrejningspunktet være, hvad disse to nye højesteretsdomme bidrager med til handicapbegrebet henhold til forskelsbehandlingsloven, og om de overhovedet bidrager med eller slet ikke ændrer ved den tidligere retstilstand.

2. PROBLEMFORMULERING

Problemformuleringen lyder herefter som følger:

Hvad er handicapbegrebet set i lyset af de to nye domme, henholdsvis U.2018.830H og U.2018.853H?

3. AFGRÆNSNING

Emnet for afhandlingen er handicapbegrebet og definitionen heraf i henhold til forskelsbehandlingsloven. Handicapbegrebet i andre love er dermed som udgangspunkt irrelevant herfor, medmindre de er med til at definere begrebet i henhold til forskelsbehandlingsloven.

Opfyldelsen af handicapbegrebet sammenlagt med manglende opfyldelse af tilpasningsforanstaltninger medfører en forskelsbehandling, og da handicapbegrebet er omdrejningspunktet i denne afhandling, så bliver tilpasningsforanstaltninger, bevisbyrde og godtgørelsesniveau uden betydning i denne sammenhæng, idet disse ikke er med til at definere handicapbegrebet. Et mindre redegørende afsnit om tilpasningsforanstaltninger er dog en del af opgaven, men dette er som følge af, at der har været tvivl om, hvorvidt tilpasningsforanstaltninger er en del af begrebet. Tilpasningsforanstaltningerne ligger dermed lige opad handicapbegrebet, men er ikke en del af denne afhandling som følge af opgavens omfang, og idet denne del ikke er i fokus i de to nye højesteretsdomme.

Det er vigtigt at holde afhandlingens område for øje for dermed på bedst mulige vis at forsøge at skabe en rød tråd og dermed en konklusion på den problemformulering, der er opstillet ovenfor. Dermed også uden at medtage afsnit der ikke er af relevans for besvarelsen af problemformuleringen og baggrunden for afhandlingen.

Der er vide grænser for, hvem der kan anses for værende omfattet af handicapbegrebet, men dette er ikke udgangspunktet for denne opgave og er derfor ikke medtaget, idet fokus i denne opgave er handicapbegrebet, og hvad dette var tidligere, og hvad det er nu og dermed også, hvad der skal til for at opfylde dette.

Valget af domme, der er medtaget i afhandlingen, er sket på baggrund af, at de siger noget om og dermed definerer og fortolker handicapbegrebet, hvorfor de bliver relevante i denne sammenhæng.

4. STRUKTUR

Nedenstående afhandlings struktur er skabt for at danne bedst muligt overblik og dermed forståelse frem til diskussionen.

I kapitel 6 redegøres for rammerne for forståelsen af handicapbegrebet. Dette er delt op således, at første del omhandler lovstoffet på området, herunder forskelsbehandlingsloven, som er baggrunden for det omtalte handicapbegreb i dansk ret, samt direktiv 2000/78/EF, som er implementeret heri og FN-konventionen, som direktivet så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med.³ Herefter følger et afsnit vedrørende sager fra EU-Domstolen, der omtaler handicapbegrebet og dermed er med til at fastsætte rammerne for begrebet i form af en definition og udtalelser. Disse afgørelser er af relevans som følge af implementeringen af direktiv 2000/78/EF i forskelsbehandlingsloven. Sidst i afsnittet følger en redegørelse for nogle af de begreber, der har betydning i forbindelse i forståelsen af handicapbegrebet, uanset de ikke er afgørende for problemformuleringen, er de nødvendige for den overordnede forståelse af begrebet, og derfor er de nødvendige at have med.

I kapitel 7 følger afsnittet vedrørende analysen af begrebet. Dette er ligeledes delt op i to afsnit. Først er et afsnit vedrørende afgørelser hidtil for at afklare, hvorledes begrebet har været defineret, og hvad det har indebåret, indtil afsigelsen af de to nye højesteretsafgørelser, U.2018.830H og U.2018.853H. Herefter følger afsnittet vedrørende analysen af de to nye afgørelser for at få en forståelse af, hvad retstilstanden er i dag. Til sidst følger et afsnit vedrørende en diskussion af, hvorvidt begrebet er blevet indskrænket eller udvidet i forbindelse med udviklingen af det. Dette er også af relevans for den fulde forståelse af begrebet.

³ C 2013-222 – De forenede sager C-335/11, Ring og C-337/11, Skouboe Werge (Ring/Skouboe Werge-afgørelsen), præmis 32

5. METODE

I denne afhandling er den retsdogmatiske metode anvendt. Dennes formål er ved brug af gældende retskilder at fortolke og analysere og dermed finde svar på den juridiske problemstilling.⁴

De anvendte retskilder i denne sammenhæng er først og fremmest forskelsbehandlingsloven, herunder direktiv 2000/78/EF og dernæst retspraksis på området for at få en forståelse af domstolenes og EU-Domstolens fortolkning af begrebet.

Strukturen i afhandlingen, som er omtalt ovenfor, er dermed tilrettelagt med henblik på at skabe et overblik og en form for tragt for i sidste ende at komme frem til en endelig konklusion, og dermed hvordan handicapbegrebet i henhold til forskelsbehandlingsloven skal forstås i dag.

Handicapbegrebet blev en del af forskelsbehandlingsloven ved inkorporeringen af direktiv 2000/78/EF i 2004.⁵ Derfor skal forskelsbehandlingen også fortolkes ud fra dette direktiv og dermed også EU-Domstolens afgørelser. Dette danner rammerne for begrebet og den overordnede definition. Herefter dykkes der ned i retspraksis for en mere dybdegående forståelse af handicapbegrebet, henholdsvis før og efter afsigelsen af de to nye højesteretsdomme, U.2018.830H og U.2018.853H. Endelig vil konklusionen blive afslutningen på den tragt, som er strukturen i afhandlingen som følge af et ønske om at skabe den bedst mulige forståelse af begrebet. Analysen af afgørelserne er herefter sket med de rammer, der er omtalt i redegørelsen, og konklusionen sker herefter på baggrund af en analyse af de forskellige afgørelser, som er sammenholdt med hinanden samt lovstoffet på området.

I den retsdogmatiske metode er retskilderne et vigtigt element, idet det er disse, der danner baggrunden for analysen af retsområdet. Der bør derfor være tanke bag udvælgelsen af kilder. Kilderne, der er brugt i denne afhandling, er lovstof i form af forskelsbehandlingsloven, direktiv 2000/78/EF samt FN's handicapkonvention. Herunder retspraksis i form af EU-Domstolens afgørelser, højesteretsafgørelser samt en enkelt afgørelse fra Sø- og Handelsretten. Ved en brug af sådan er det vigtigt at holde sig for øje, at denne ikke er af lige så retskildemæssig høj værdi som højesteretsdommene. Yderligere er der brugt forskelligt juridisk litteratur, som er udvalgt på baggrund af værdien af dette samt forfatteren bag.

⁴ Riis og Trzaskowski: "Skriftlig jura – den juridiske fremstilling", Ex Tuto Publishing, 1. udgave, s. 280

⁵ Schwarz og Hartmann: "Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven", Thomson Reuters, 1. udgave, s. 258

6. RAMMERNE FOR HANDICAPBEGREBET

Diskrimination af handicappede er ikke blot reguleret i lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. Det er også reguleret på EU-niveau, og direktiv 2000/78/EF er implementeret i netop lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet. EU former rammerne ved EU-Domstolens afgørelser, og herefter er det op til de forskellige nationer at udfylde rammerne med dennes fortolkning og forståelse af handicapbegrebet, som det også er sket med de nyeste højesteretsdomme.

EU-Domstolen afgør ikke specifikke sager, men besvarer generelle og dermed præjudicielle spørgsmål rettet til Domstolen fra EU-landene, dette også for at sikre sig en ensartet fortolkning i nationerne.

6.1 LOVSTOF

6.1.1 FN'S HANDICAPKONVENTION⁶

FN's handicapkonvention blev ratificeret i Danmark i 2009. EU har tiltrådt konventionen i 2010 og har ratificeret denne som en helhed. Den er dermed den første mere omfattende konvention vedrørende menneskerettigheder, der er blevet ratificeret i EU i sin helhed.⁷ Når EU har ratificeret denne konvention, betyder det, at direktiv 2000/78/EF så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med konventionen fra konventionens ikrafttræden den 26. november 2009.⁸

Konventionens formål er ikke kun gældende på beskæftigelsesområdet. Det er gældende helt generelt for handicappede, således at de har ret til at nyde menneskerettigheder og frihedsrettigheder på lige fod med den resterende befolkning jf. konventionens artikel 1 vedrørende dennes formål.

Konventionen beskriver handicapbegrebet som værende dynamisk og under evig udvikling jf. konventionens præambel e).

I artikel 1 i konventionen defineres, hvad et handicap er. Det står beskrevet således:

⁶ FN's konvention om rettigheder for personer med handicap (FN's handicapkonvention)

⁷ Europa.eu: "EU ratificerer FN's konvention om handicappedes rettigheder", EU,

⁸ Greisen, Linda Rudolph: "Handicapbegrebet i EU-domstolens praksis", Juristen 2013, s. 98 og Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 32

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

Dette er en meget bred definition, og er umiddelbart svært at udlede noget faktuel ud fra. Det kan dog udledes, at funktionsnedsættelsen skal være af langvarig karakter. ”Langvarig” er ikke defineret yderligere, og definitionen lægger derfor i sin helhed op til stor mulighed for fortolkning af både EU og de lande, herunder Danmark, som har ratificeret konventionen.

6.1.2 DIREKTIV 2000/78/EF

Et direktiv er et dokument, hvor EU fastsætter et mål, som det så er op til nationerne at efterleve ved at lave egne love på området.⁹

Dette er også tilfældet med Direktiv 2000/78/EF vedrørende ligebehandling i forhold til beskæftigelse og erhverv, der blandt flere gennemføres i Forskelsbehandlingsloven jf. de officielle noter til Forskelsbehandlingsloven nr. 1.

Direktiv 2000/78/EF bliver derfor en del af Danmarks lovgivning ved tilføjelsen af handicap til Forskelsbehandlingsloven i 2004, og Forskelsbehandlingsloven blev dermed et redskab til opfyldelse af Direktiv 2000/78.¹⁰

EU fastslår i direktivet, at det er lavet med det formål at undgå forskelsbehandling som følge af religion, tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Denne type forskelsbehandling på arbejdsmarkedet kan medføre manglende opfyldelse af ønsket om et højt beskæftigelsesniveau, et højt socialt beskyttelsesniveau samt højnelse af levestandarden og livskvaliteten.¹¹

I forhold til handicappede er det yderligere specificeret i direktivet, at der kræves en tilpasningsforpligtelse. Der skal dog ikke ske videre tilpasning end til, at den enkelte er egnet til jobbet og ligeledes har kompetencerne hertil jf. direktivets betragtning 17 og 20 samt direktivets

⁹ Europa.eu: ”Forordninger, direktiver og andre retsakter”, EU

¹⁰ Schwarz og Hartmann: ”Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven”, Thomson Reuters, 1. udgave, s. 258

¹¹ Direktiv 2000/78/EF - betragtning 11

artikel 5. Denne form for positive særbehandling anses i denne forbindelse derfor heller ikke for værende forskelsbehandling jf. direktiv 2000/78/EF artikel 7.

Direktivet fastlægger dermed kun rammerne for den danske lovgivning vedrørende diskrimination af handicappede. Derfor kan de danske retter også stille præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen, hvis de ønsker opklaring på områder, hvor der opstår tvivl. Dette kan blandt andet ske ved tvivl om fastlæggelsen af handicapbegrebet. EU-domstolen tager ikke stilling til reelle sager, men blot til spørgsmål stillet af EU-landenes retter.

Handicapbegrebet er ikke defineret i direktivet, hvilket kan skyldes, at direktivet gælder generelt i forhold til forskelsbehandling på beskæftigelsesområdet. Direktivet er dermed ikke kun gældende for handicappede, men også i forhold til religion, tro, alder og seksuel orientering jf. direktivets artikel 1. Det bør dog i denne sammenhæng bemærkes, at direktivet, som nævnt i afsnit 6.1.1, så vidt muligt bør fortolkes i overensstemmelse med FN's handicapkonvention, hvorfor der også kan være hjælp at hente i den fastsatte definition af handicapbegrebet i konventionen.

6.1.3 FORSKELSBEHANDLINGSLOVEN¹²

Den første forskelsbehandlingslov blev vedtaget i 1996. I 2004 blev loven dog revideret, og direktiv 2000/78/EF blev ved revideringen implementeret i loven, som det også kort er nævnt i afsnit 6.1.2. Forskelsbehandlingsloven beskytter mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet generelt, og den beskytter dermed ikke kun mod forskelsbehandling som følge af handicap, men også mod forskelsbehandling som følge af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder og national, social eller etnisk oprindelse jf. lovens § 1, stk. 1.

Formålet med loven er som udgangspunkt, at en ansøger eller ansat alene vurderes på baggrund af sine kvalifikationer og intet andet.¹³

¹² LBK nr. 1001 af 24/08/2017 – Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Herefter: ”Forskelsbehandlingsloven”)

¹³ Greisen, Linda Rudolph: ”Kort om forskelsbehandling”, CA Forlag, 3. udgave, s. 7

Ligesom i direktiv 2000/78/EF er der ikke fastsat en definition af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Der er dog en definition af handicapbegrebet at finde i bemærkningerne til lovforslaget:

*”En fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation.”*¹⁴

Årsagen til at nedenstående begrebsdefinition ikke er medtaget direkte i loven er, at begrebet kommer sig af praksis og ikke er en endelig definition. Ligeledes skyldes det, som det også fremgår af bemærkningerne, at begrebet er dynamisk, hvorfor en endelig definition fastsat ved lov ikke giver rum for, at begrebet fortsat kan udvikle sig. Det er op til de nationale domstole at fastsætte indholdet af begrebet, dog er det EU-domstolen (i bemærkningerne: ”EF-Domstolen”), der fastlægger den endelige fortolkning af direktivet, som er implementeret i denne lov, hvorfor EU-domstolens fortolkning og forståelse af handicapbegrebet også er af stor betydning i forbindelse med forståelsen af forskelsbehandlingsloven.¹⁵

Det fremgår også, at det i forhold til denne lov ikke er nødvendigt at have et kompensationsbehov for at kunne anses for værende handicappet, selvom dette er, hvad der fremgår af den praksisfastsatte definition.¹⁶

Til sidst fremgår det af bemærkningerne til lovforslaget, at det må være op til retterne at fastsætte, hvorvidt noget må kunne dækkes ind under handicapbegrebet, hvis det føles som et handicap for den enkelte, selvom det ikke som sådan medfører en funktionsnedsættelse for vedkommende, men dog kan anses som værende hæmmende for dennes erhvervs muligheder.¹⁷ Dette underbygger også, hvad der må antages at være generelt for forskelsbehandlingsloven, nemlig at loven er bredt formuleret, bl.a. fordi den også beskytter forskelsbehandling på flere områder. Den giver dermed i forhold til

¹⁴ 2004/1 LSF 92 – Forlag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. - Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser - § 1, nr. 2 jf. Det Centrale Handicapråd: ”Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir”, 2001 s. 2

¹⁵ 2004/1 LSF 92 – Forlag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. - Almindelige bemærkninger til lovforslag til Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet pkt. 4.1

¹⁶ 2004/1 LSF 92 – Forlag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. - Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser til Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet til § 1, nr. 2

¹⁷ 2004/1 LSF 92 – Forlag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. - Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser til Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet til § 1, nr. 2

handicapbegrebet anledning til og stor mulighed for fortolkning, hvilket som nævnt også er udgangspunktet for direktivet.¹⁸

6.2 EU-DOMME

6.2.1 NAVAS-AFGØRELSEN¹⁹

Sagen omhandler præjudicielle spørgsmål nedlagt af en spansk domstol. Faktum i sagen er, at Navas er ansat hos et cateringfirma og bliver afskediget af sin arbejdsgiver 7,5 måned efter, at hun er gået på såkaldt sygeorlov. Navas' sygdomshistorie er ikke en del af sagen. Navas' arbejdsgiver angiver ingen begrundelse for afskedigelsen, men erkender senere, at afskedigelsen er uberettiget og tilbyder dermed Navas en godtgørelse. Navas' påstand er, at afskedigelsen er ugyldig som følge af forskelsbehandling, idet hun har været uarbejdsdygtig i otte måneder, og hun ønsker på denne baggrund genansættelse. Navas' sygdom kan ofte medføre et handicap, hvorfor den spanske domstol er af den opfattelse, at Navas' sygdom ligeledes må kunne dækkes ind under handicapbegrebet, men som følge af tvivl, forelægges spørgsmålet for EU-Domstolen.

Den spanske domstol har forelagt EU-Domstolen to spørgsmål. Først og fremmest ønsker den spanske domstol at vide, hvorvidt afskedigelse pga. sygdom kan gå ind under begrebet "handicap" i direktiv 2000/78/EF's forstand.

Dernæst ønsker den spanske domstol svar på, hvorvidt en sygdom kan anses for en personlig omstændighed, der sidestilles med forbuddene mod forskelsbehandling i direktivets forstand, såfremt sygdom ikke går under begrebet "handicap".

EU-domstolen fortolker første spørgsmål om, hvorvidt sygdom kan gå under begrebet "handicap" således, at dette må forstås som et ønske om en fortolkning af begrebet, og hvorvidt Navas på tidspunktet for afskedigelsen kan anses for værende handicappet. EU-Domstolen fortolker dermed det første spørgsmål som værende vedrørende Navas' sag specifikt og hendes sygdom i forhold til handicapbegrebet. I forhold til spørgsmål nummer to, anser EU-Domstolen dette som værende et mere generelt spørgsmål, der vedrører enhver form for sygdom.

¹⁸ 2004/1 LSF 92 – Forlag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.- Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser - § 1, nr. 2

¹⁹ C-13/05 – Sonia Chacón Navas (Navas-afgørelsen)

EU-Domstolen fortolker direktivet således, at der er en årsag til, at begrebet ”handicap” er brugt og dermed ikke ”sygdom”, hvorfor domstolen slår fast, at begreberne ikke kan sidestilles jf. præmis 44 i afgørelsen.

EU- Domstolen bemærker også i denne afgørelses præmis 45, at der muligvis skal være tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed, førend der kan være tale om et handicap. Dette er som nævnt også en del af FN’s handicapkonventions definition af handicapbegrebet og viser dermed, at der så vidt muligt sker fortolkning ud fra denne, uanset at EU-Domstolen ikke i denne afgørelse lægger fast, at en lang varighed er afgørende for opfyldelsen af handicapbegrebet. Årsagen til at EU-Domstolen bemærker ovenstående er, at tilpasningsforanstaltninger har stor betydning i forhold til forskelsbehandling af handicappede, og domstolen er af den opfattelse, at dette kun kan have betydning, såfremt en funktionsnedsættelse er af lang varighed, muligvis fordi sådanne tilpasningsforanstaltninger ellers kan være for omfangsrige.

EU-Domstolen slår yderligere fast, at direktiv 2000/78/EF intet siger om, hvorvidt man er beskyttet af direktivet og dermed mod forskelsbehandling som følge af handicap fra sygdommen indtræder, eller om beskyttelsen først indtræder senere.

Denne afgørelse er overordnet set vigtig i forhold til rammerne for handicapbegrebet, idet den slår fast, at der er forskel på henholdsvis sygdom og handicap, og at man dermed ikke som sygdomsramt automatisk er dækket af de privilegier, som direktivet medfører. Der skal derfor mere til end blot at være syg. EU-Domstolen giver også i afgørelsen udtryk for overvejelser om, hvorvidt et handicap skal være langvarigt for, at det kan anses som værende dækket af direktivets begreb og dermed lovgivers fortolkning af handicapbegrebet.

EU-Domstolen lægger yderligere denne definition af et handicap i direktivets forstand til grund jf. afgørelsens præmis 43:

”I denne sammenhæng skal begrebet handicap forstås således, at det omfatter en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet.”

Denne definition er ganske bred, men giver dog alligevel noget mere specifikt til de nationale retter at arbejde ud fra og dermed fortolke ud fra, end der tidligere har været. EU-domstolen skriver yderligere meget tydeligt i denne afgørelse, at det ikke er op til de nationale retter af fortolke begrebet

”handicap”, uanset at direktivet heller ikke gør dette, idet der ønskes en ensartet fortolkning af begrebet jf. afgørelsens præmis 40. Dette fremgår som nævnt ovenfor også i bemærkningerne til lovforslaget til forskelsbehandlingsloven jf. Almindelige bemærkninger til lovforslag til Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet pkt. 4.1. Det må dermed forstås således, at EU-Domstolen selv ønsker at fastlægge den brede fortolkning, som der også gøres i denne afgørelse.

Den spanske domstol henviser i sagen til Verdenssundhedsorganisationens definition af handicap jf. præmis 22 i afgørelsen. Her defineres handicap således:

”Heri defineres handicap som et generelt begreb, der omfatter funktionsnedsættelser, begrænsninger af en persons aktivitet og muligheder for at deltage i det sociale liv. Sygdommen kan medføre funktionsnedsættelser, der gør personen handicappet.”

EU-domstolen gør ikke mere ud af denne definition og er heller ikke underlagt denne, hvorfor det ikke vides, hvorvidt EU-domstolen har hentet inspiration heri. Denne definition er dog mere blød, end den som EU-domstolen senere lægger til grund, idet der i ovenstående definition også er fokus på det sociale liv. Denne definition siger dog heller ikke noget klart, men er også meget bred, og her er heller ikke defineret, hvorvidt der kun er tale om fysiske funktionsnedsættelser, eller psykiske funktionsnedsættelser ligeledes kan anses som et handicap. Denne definition er dermed ikke afgørende for en videre fortolkning.

6.2.2 RING/SKOUBOE WERGE-AFGØRELSEN²⁰

I Ring/Skouboe Werge-afgørelsen retter Sø- og Handelsretten i to forskellige sager henvendelse til EU-domstolen. EU-domstolen vælger herefter at lægge de to sager sammen som følge af, at de i stor grad er sammenfaldende.

Sagen C-335/11 vedrører Jette Ring, der arbejder ved en boligorganisation og bliver opsagt den 24. november 2005 med henvisning til 120-dages reglen i funktionærloven § 5, stk. 2. Jette har været sygemeldt af flere omgange blandt andet som følge af lændesmerter, og det har ikke været muligt for hendes læge at give en prognose for hendes tilbagevenden til jobbet på fuld tid.

²⁰ C 2013-222 – De forenede sager C-335/11, Ring og C-337/11, Skouboe Werge (Ring/Skouboe Werge-afgørelsen)

Sagen C 337-11 vedrører Lone Skouboe Werge. Hun er ansat som kontorassistent/direktionssekretær. Ved et trafikuheld pådrager hun sig et piskesmæld og er derefter sygemeldt i tre uger. Herefter er hun blot sygemeldt i enkelte dage, men knap et år efter trafikuheldet bliver hun deltidssygemeldt i fire uger og cirka to måneder herefter, bliver hun fuldtidssygemeldt igen. Hun bliver opsagt den 21. april 2005 med en måneds varsel til den 31. maj 2005.

Fagforbundet HK Danmark har anlagt begge sager med påstand om, at kvinderne har været udsat for forskelsbehandling, og at arbejdsgiverne ikke har foretaget tilpasningsforanstaltninger i form af nedsat arbejdstid. HK Danmark mener derfor ikke, at arbejdsgiverne har overholdt forskelsbehandlingsloven.

Arbejdsgiverne derimod har gjort gældende, at der ikke er tale om et handicap, idet det eneste kompensationsbehov i begge sager er nedsat arbejdstid. Ligeledes har arbejdsgiverne gjort gældende, at nedsættelse af arbejdstiden ikke hører under tilpasningsforanstaltningerne i henhold til henholdsvis forskelsbehandlingsloven og direktiv 2000/78/EF.

Sø- og Handelsretten ønsker derfor svar på, hvorvidt man kan anses for værende handicappet, såfremt man på grund af fysiske, mentale eller psykiske skader i en længere periode er ude af stand til eller kun i begrænset omfang kan udføre sit arbejde.

Dernæst ønsker Sø- og Handelsretten svar på, om en lægelig diagnosticeret uhelbredelig sygdom er et handicap, og om en tilstand forårsaget af en sådan sygdom kan være et handicap.

Sø- og Handelsretten ønsker i øvrigt at vide, om tilpasningsforanstaltninger er afgørende for, hvorvidt sygdom anses for værende et handicap.

EU-domstolens svar herpå er følgende:

”..»handicap« forstås således, at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere.”²¹

²¹ Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 38

Hermed kommer EU-domstolen med en definition af, hvorledes handicap skal forstås, og dette sker i overensstemmelse og med tanke på FN-konventionen og dennes handicapbegreb. Meget er dog stadig henlagt til de enkelte domstoles fortolkning, idet dette er en meget bred definition.

Ligeledes er det i afgørelsen endeligt fastslået, at funktionsnedsættelsen skal være langvarig jf. FN-konventionens artikel 1, 2. pkt. Når det fastslås, at funktionsnedsættelsen skal være af langvarig karakter, fastslås det først og fremmest, at funktionsnedsættelsen ikke må være kortvarig, men yderligere fastslås det, at det er nok, at funktionsnedsættelsen er langvarig, og at denne dermed ikke nødvendigvis behøver at være permanent og dermed varig. Det er ikke fastlagt, hvor lang tid ”lang varighed” er, men det kan slås fast, at et handicap, der er midlertidigt, trods alt stadig kan anses for værende et handicap.²²

EU-Domstolen fastslår også i den samlede afgørelses præmis 43, at blot fordi den berørte kan udføre sit arbejde i begrænset omfang, kan man godt anses som værende handicappet i lovens forstand. Herved kræves det ikke, at den berørte er handicappet på fuld tid før end, at den berørte kan defineres som handicappet.

I øvrigt bemærkes det, at de nødvendige tilpasningsforanstaltninger ikke er afgørende for, hvorvidt der er tale om et handicap jf. præmis 45 i afgørelsen. Tilpasningsforanstaltningerne skal således anses som værende en følge af handicappet og ikke en integreret del af selve handicapbegrebet jf. præmis 46.

Spørgsmål 1 og 2's besvarelse slutter af med en opsummering af, hvordan EU-domstolenes definition af handicapbegrebet i præmis 47 i afgørelsen:

”.. det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig el. uheldelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale el. psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed.”

I den forbindelse specificeres begrebet, idet det hermed tillægges vægt, at der er sket en lægelig diagnosticering, og at dette skal medføre en begrænsning samt være af lang varighed. Der er dog

²² Greisen, Linda Rudolph: ”Handicapbegrebet i EU-domstolens praksis”, Juristen 2013, s. 99

stadig plads til fortolkning fra de nationale domstoles side, idet det stadig er op til de nationale domstole at finde ud af, hvornår en lægelig diagnosticering er sket, og hvad ”lang varighed” indebærer.

Sø- og Handelsretten har yderligere adspurgt EU-domstolen i disse sager, hvorvidt nedsættelse af arbejdstid kan anses for værende omfattet af artikel 5 i direktiv 2000/787/EF vedrørende tilpasningsforanstaltninger på arbejdspladsen.

EU-Domstolen lægger det med svaret på dette op til de nationale domstole at vurdere, hvorvidt nedsat arbejdstid kan fortolkes som værende en del af artikel 5. EU-domstolen slår fast, at det er muligt, at nedsat arbejdstid kan være en tilpasningsforanstaltning. Det skal dog vurderes, hvorvidt det er en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren i forhold til økonomiske betragtninger, virksomhedens størrelse og muligheden for tilføjelse af offentlige midler jf. præmis 58 og 60 i afgørelsen. EU-domstolen gør i denne forbindelse særligt opmærksom på betragtning nr. 17 i direktiv 2000/78/EF vedrørende, at handicappede skal have mulighed for at fungere på lige vilkår med andre arbejdstagere, men at det faktum, at de ikke må forskelsbehandles ikke medfører, at de skal stilles bedre end de andre arbejdstagere. Hvis en handicappet ikke er kompetent eller egnet til et job medfører direktiv 2000/78/EF eller forskelsbehandlingsloven dermed ikke, at denne person skal ansættes eller vedblive i jobbet jf. præmis 57 i afgørelsen.

Helt overordnet kan det derfor af denne samlede afgørelse udledes, at i forhold til EU's rammer for handicapbegrebet, er betingelserne, at dette skal være lægeligt diagnosticeret, være af lang varighed samt skyldes fysisk, psykisk eller mental skade. Yderligere skal det medføre, at arbejdstageren ikke som udgangspunkt kan fungere på lige fod med andre på arbejdsmarkedet. Det er vigtigt at huske, at dette kun er rammerne, og disse begreber henlægger stadig fortolkning og stillingtagen til de nationale domstole. Handicapbegrebet kan dermed ikke udelukkende og definitivt fastlægges med henvisning til denne samlede afgørelse.

6.2.3 *DAOUIDI-AFGØRELSEN*²³

Denne afgørelse er ikke medtaget, fordi den overordnet definerer handicapbegrebet samt rammerne herfor som i de to præjudicielle afgørelser ovenfor. Afgørelsen er derimod medtaget, fordi den går

²³ C-395/15 - Mohamed Daouidi (Daouidi-afgørelsen)

ned i den definition, der allerede er fastsat i Ring/Skouboe Werge afgørelsen og lægger herefter nogle overordnede rammer for betingelsen om, at en funktionsnedsættelse skal være langvarig, førend den kan anses som et handicap.

De præjudicielle spørgsmål i denne afgørelse er indgivet af den spanske domstol.

Mohamed Daouidi er ansat som køkkenassistent på et hotel i Barcelona. Den 3. oktober 2014 glider han på køkkengulvet, og hans venstre albue går af led, hvorfor den må lægges i gips. To uger senere spørger køkkenchefen ind til Mohameds helbred, hvorefter Mohamed gør opmærksom på, at han ikke kommer tilbage på arbejdet lige foreløbigt. Den 26. november bliver Mohamed afskediget med henvisning til, at han ikke har levet op til virksomhedens forventninger, og at han heller ikke har leveret en passende indsats.

Den spanske domstol stiller herefter flere spørgsmål til EU-Domstolen, og det femte spørgsmål vedrører direktiv 2000/78/EF, og hvorvidt det er direkte forskelsbehandling, at en arbejdstager med et godt fagligt omdømme afskediges alene med henvisning til dennes midlertidiges uarbejdsdygtighed på ubestemt tid.

I præmis 44 i dommen, gør EU-Domstolen opmærksom på, at ulykker er omfattet af handicapbegrebet. I forhold til en definition af handicapbegrebet i øvrigt henviser EU-Domstolen til Ring/Skouboe Werge-afgørelsen jf. præmis 45.

EU-Domstolen anfører i præmis 53, at uarbejdsdygtighedens langvarige karakter skal vurderes på det tidspunkt, hvor den berørte angiveligt er blevet forskelsbehandlet. Herudover gør EU-Domstolen opmærksom på, at den endelige vurdering er op til den nationale domstol, men at der kan lægges vægt på, at der på tidspunktet for den anførte forskelsbehandling ikke er noget, der indikerer bedring inden for kort tid eller på, at uarbejdsdygtigheden varer ved i betydeligt længere tid, inden der kan ske rehabilitering jf. præmis 55 samt 56.

Det fremgår yderligere af præmis 57, at samtlige objektive beviselementer bør lægges til grund herunder medicinske samt videnskabelige dokumenter og certifikater om den berørtes tilstand.

Som direkte svar på det præjudicielle spørgsmål opsummerer EU-Domstolen herefter i præmis 59 således, at det faktum, at en person er midlertidigt uarbejdsdygtig på ubestemt tid ikke i sig selv medfører, at betingelsen vedrørende lang varighed kan anses for værende opfyldt.

6.3 HANDICAPRELATEREDE BEGREBER

6.3.1 DET MILJØBESTEMTE HANDICAPBEGREB

Der er to typer handicapbegreb, det miljøbestemte handicapbegreb og det såkaldt snævre kompensationsbestemte handicapbegreb.

Det brede miljøbestemte handicapbegreb skal forstås således, at fokus er på begrænsningerne i forhold til at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. Det der fokuseres på er dermed omgivelserne og samfundet i forhold til den berørte, og hvad der i denne sammenhæng hindrer den berørte i at deltage på lige fod med andre.²⁴ Anne Mortensen og Maria Topholm Skarum beskriver det således i deres artikel "Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb":

*"Funktionsnedsættelsen er dermed det objektive konstaterbare hos personen, men handicap er det relative og situationsafhængige relateret til omgivelsernes indretning."*²⁵

I forhold til handicapbegrebet er det vigtige dermed samfundet og samfundets indretning. Handicappet er derfor defineret af situationen og omgivelserne.

Det såkaldte snævre kompensationsbestemte handicapbegreb handler derimod om kompensationsbehovet og omfatter den definition, der er fastsat i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven:

*"En fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation."*²⁶

Det er som tidligere nævnt en definition fastsat i praksis, og da handicapbegrebet udover i forskelsbehandlingsloven primært behandles i henholdsvis beskæftigelsesindsatsloven²⁷ samt i kompensationsloven²⁸, må der ses på forståelsen af, hvad et handicap er i forhold til disse love.²⁹

²⁴ Mortensen og Skarum: "Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb", Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 118

²⁵ Mortensen og Skarum: "Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb", Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 118

²⁶ Mortensen og Skarum: "Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb", Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 116, 1. spalte jf. bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 2 jf. Det Centrale Handicapråd: "Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir", 2001

²⁷ LBK nr. 1342 af 21/11/2016 – Lov om aktiv beskæftigelsesindsats (Herefter: Beskæftigelsesindsatsloven)

²⁸ LBK nr. 727 af 07/07/2009 - Lov om kompensation til handicappede i erhverv (Herefter: Kompensationsloven)

Beskæftigelsesindsatsloven har til formål at yde tilskud til hjælpemidler, som skal bruges i forbindelse med arbejde og er nødvendige for udførelsen heraf. I § 76 i loven fremgår følgende om, hvornår man som berørt er berettiget til tilskud efter denne lov:

*”Tilskuddet kan således gives, når en person med en nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne har et kompensationsbehov for at kunne deltage i virksomhedspraktik”*³⁰

I § 74 af loven fremgår følgende:

*”Det er endvidere en forudsætning, at arbejdsredskabet eller arbejdspladsindretningen kompenserer for den pågældendes begrænsninger i arbejdsevnen.”*³¹

I denne sammenhæng er det således helt afgørende, at der er et kompensationsbehov, hvilket også i netop denne sammenhæng er forståeligt, idet det uden et kompensationsbehov ikke vil være nødvendigt med hjælpemidler. Det er dog ligeledes afgørende, at hjælpemidlet er med til at ændre noget for den berørte og dennes arbejdsevne. Denne sidste del har dog kun betydning for denne lov og kan ikke bruges i forhold til forståelsen af handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand.

Kompensationsloven har til formål at kompensere handicappede således, at de får de bedste muligheder for beskæftigelse og således samme muligheder som andre. Loven regulerer eksempelvis muligheden for personlig assistance og mulighed for tilskud til en arbejdsgiver jf. lovens kapitel 3. Den berørte kan få personlig assistance, såfremt denne jf. § 4:

*”.. der på grund af en betydelig fysisk eller psykisk funktionsnedsættelse har behov for særlig personlig bistand.”*³²

Her skal dermed også være et behov for hjælp, hvilket må kunne anses som værende et kompensationsbehov som dermed også er afgørende i denne lov.³³

I forhold til handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven kan det snævre kompensationsbestemte handicapbegreb dermed ikke bruges, idet den gennemgående betingelse af dette begreb er kompensationen, hvilket det fremgår af bemærkningerne til forskelsbehandlingsloven ikke er en betingelse i dennes forstand. Dog er den definition, der gøres brug af i praksis og også i

³⁰ Mortensen og Skarum: ”Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb”, Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 116, 2. spalte

³¹ Mortensen og Skarum: ”Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb”, Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 116, 2. spalte

³² Mortensen og Skarum: ”Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb”, Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 117, 1. spalte

³³ Mortensen og Skarum: ”Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb”, Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 117, 1. spalte

bemærkningerne til forskelsbehandlingsloven fastsat ud fra denne lovgivning, uanset lovgivers ønske ikke er, at definitionen i forskelsbehandlingsloven skal ligge helt op ad denne praksisbestemte definition på baggrund af social- og arbejdsmarkedslovgivningen. Det er derfor lidt modsigende, men til syvende og sidst må det konkluderes, at handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand som udgangspunkt er miljøbestemt og dermed handler om samfundet i forhold til den berørte, og udgangspunktet er derfor ikke den berørte i forhold til samfundet og dermed kompensationsbehovet, som det er det i det snævre kompensationsbestemte handicapbegreb.³⁴

6.3.2 DIREKTE- OG INDIREKTE FORSKELSBEHANDLING

Der kan diskrimineres på flere måder, og selvom dette ikke direkte har betydning for definitionen af handicapbegrebet, er det en del af de overordnede rammer, der opereres under ved en definition af handicapbegrebet, og derfor er det alligevel relevant.

Direkte forskelsbehandling og dermed diskrimination er defineret i forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 2:

”Der foreligger direkte forskelsbehandling, når en person på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.”

Direkte forskelsbehandling er forbudt, uanset om denne kan anses for værende saglig, og det er uden betydning, om den direkte forskelsbehandling skyldes en bevidst eller ubevidst handling.³⁵

Indirekte forskelsbehandling er at finde i forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 3:

”Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse

³⁴ Mortensen og Skarum: ”Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb”, Ugeskrift for retsvæsen, 2010, s. 117-118

³⁵ Schwarz og Hartmann: ”Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven”, Thomson Reuters, 1. udgave, s. 92

eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. dog § 2 a.”

Herved er selve bestemmelsen, kriteriet eller praksissen ikke diskriminerende, men derimod medfører denne, at personer omfattet af forskelsbehandlingsloven stilles dårligere end andre, herunder handicappede. Det er ligeledes afgørende, at det af denne bestemmelse fremgår, at det ikke anses for værende forskelsbehandling, såfremt der er et sagligt formål, og midlerne hertil er hensigtsmæssige og nødvendige.³⁶

Både direkte diskrimination og indirekte diskrimination kan være forskelsbehandling jf. forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 1. Herved kan der også statueres forskelsbehandling som følge af handicap på baggrund af både direkte- og indirekte diskrimination.

6.3.3 TILPASNINGSFORANSTALTNINGER

I forskelsbehandlingsloven § 2a fremgår følgende:

” Arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, eller for at give en person med handicap adgang til uddannelse. Dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Lettes denne byrde i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor.”

Dette er som udgangspunkt ikke afgørende for definitionen af handicapbegrebet. Når dette afsnit alligevel er medtaget skyldes det, at det er en stor del af vurderingen af, hvorvidt der kan statueres forskelsbehandling jf. forskelsbehandlingsloven og dermed vil det også være en stor del af afgørelserne på området.

Derudover er det først i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, at det er blevet endeligt afklaret, at tilpasningsforanstaltningerne ikke må anses for værende en del af handicapbegrebet. Først vurderes det dermed, hvorvidt der er et handicap, og hvis dette bekræftes, må det vurderes, om tilpasningsforanstaltningerne er opfyldte. Såfremt arbejdsgiveren ikke har opfyldt

³⁶ Schwarz og Hartmann: ”Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven”, Thomson Reuters, 1. udgave, s. 97

tilpasningsforanstaltningerne i den enkelte sag, giver det dermed anledning til at statuere forskelsbehandling.³⁷

Til sidst må det bemærkes, at tilpasningsforanstaltninger kun kan kræves, såfremt de ikke medfører en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren.

6.4 SAMMENFATNING

Ovenstående forskellige afsnit skal som nævnt bruges til at afklare rammerne for handicapbegrebet og dermed fastlægge et fundament for den videre analyse samt forståelse af, hvordan dette begreb har udviklet sig, og hvorfor dette har stor betydning.

Handicapbegrebet har betydning i mange sammenhænge, og da rammerne ligeledes er fastsat forskellige steder, vil dette afsnit blive brugt på at opsummere, hvad der så samlet set er at sige om rammerne for handicapbegrebet, og hvad man skal operere indenfor, når man forsøger yderligere at specificere, fortolke og dermed definere dette begreb.

Først og fremmest fastsættes det i FN's handicapkonvention, at der skal være tale om en fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse. Her er det ligeledes fastsat, at funktionsnedsættelsen skal være langvarig for at kunne defineres som et handicap i konventionens forstand. Som det er skrevet overfor, skal EU så vidt muligt fortolke i overensstemmelse med FN-konventionen, idet denne er ratificeret i sin helhed.³⁸ Derfor skal der også så vidt muligt fortolkes i overensstemmelse med denne definition.

EU's eget direktiv 2000/78/EF fastlægger ingen form for definition af handicapbegrebet. I Navas-afgørelsen bliver EU-Domstolen dog første gang tvunget til at definere handicapbegrebet og har dermed ikke direktivet at falde tilbage på i den sammenhæng. FN's handicapkonvention skal som nævnt kun bruges til fortolkning, hvorfor FN's definition i denne henseende ikke udelukkende kan lægges til grund.³⁹

I Navas-afgørelsen fastlægges det herefter, at handicapbegrebet skal forstås således, at det er en begrænsning, som kan skyldes fysiske, mentale eller psykiske skader, der gør, at vedkommende ikke

³⁷ Ring/Skouboe Werge afgørelsen, præmis 45 og 46

³⁸ Ring/Skouboe Werge afgørelsen, præmis 32

³⁹ Ring/Skouboe Werge afgørelsen, præmis 32

kan deltage i erhvervslivet. EU-Domstolen lægger i denne sammenhæng til grund, at handicapbegrebet skal forstås således i direktiv 2000/78/EF's forstand, og den manglende definition i direktivet er dermed at finde i Navas-afgørelsen.

Definitionen i Navas-afgørelsen, der er afsagt i 2006, lægger sig i stor grad opad definitionen fastsat i FN-konventionen. Der er dog forskelle at spore, idet det i konventionen blot fremgår, at den berørte skal være hindret i at deltage i samfundslivet på lige fod med alle andre, hvorfor det ikke blot er erhvervslivet, der sættes fokus på som i Navas-afgørelsen. I Navas-afgørelsen fremgår det, at den berørte skal være hindret i at deltage i erhvervslivet, hvorfor det dermed ikke er defineret, om denne skal være fuldstændig hindret i at deltage eller blot hindret i at deltage i erhvervslivet på lige fod med andre.

En stor del af fokus i Navas-afgørelsen er også på forskellen mellem sygdom og handicap, og der slås i høj grad fast, at der ikke kan sættes lighedstegn mellem disse to begreber.

Yderligere bemærkes det i Navas-afgørelsen, at funktionsbegrænsningen muligvis skal være af lang varighed. Dette lægges dog ikke fast.

I Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, der er afsagt i 2013, modificeres handicapbegrebet lidt og har dermed udviklet sig. Her lægger EU-Domstolen endnu en gang vægt på, at der skal være tale om en begrænsning på baggrund af fysiske, mentale eller psykiske skader, som kan være medvirkende til at hindre vedkommende i at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre. Det slås dermed fast, at det ikke er nødvendigt, den berørte er forhindret fuldstændigt i at være på arbejdsmarkedet, men at man godt kan være handicappet uanset. Navas-afgørelsen kan dog stadig bruges, da der i stor grad i denne afgørelse fastlægges forskellene på sygdom og handicap.

Yderligere fastslås det dog i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, at en funktionsnedsættelse skal være af langvarig karakter for, at en sådan kan karakteriseres som et handicap, og i denne sammenhæng henvises der til FN-konventionen jf. Ring/Skouboe Werge afgørelsen præmis 39, og det hele bliver dermed bundet sammen.

Handicapbegrebet er dynamisk, som det også er fastslået i FN-konventionens præambel e), og det kan blandt andet ses i udviklingen imellem dommene Navas-afgørelsen og Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, samt hvordan de enkelte sager tvinger EU-Domstolen til yderligere at udvikle begrebet, da flere aspekter kommer frem. En analyse af nyere danske afgørelser vil forhåbentlig vise selve

indholdet af definitionen, og om begrebet dermed til stadighed vil udvikle sig. Ovenstående har dog fastsat rammerne for, hvornår man kan tale om et handicap i EU-retlig forstand, og det er slået fast, at handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven handler om samfundets indretning i forhold til det enkelte menneske. Det er derfor det miljørelaterede handicapbegreb, der er af betydning i denne sammenhæng.

7. EN ANALYSE AF HANDICAPBEGREBET UD FRA RETSPRAKSIS

For at belyse om de to nye Højesteretsdomme, U.2018.830H og U.2018.853H, ændrer ved handicapbegrebet, og evt. hvad de ændrer, må det først fastslås, hvordan handicapbegrebet er defineret, og ligeledes hvordan det fortolkes i dag. Ovenfor er det anført, hvad rammerne for handicapbegrebet er, herunder lovgrundlaget og grundlæggende retspraksis. Retsspraksis i form af Navas-afgørelsen samt Ring/Skouboe Werge-afgørelsen har stor betydning i denne sammenhæng, idet direktiv 2000/78/EF end ikke forsøger at definere handicapbegrebet.

Nedenstående analyse af retspraksis er medtaget for mere detaljeret at fastlægge, hvorledes handicapbegrebet har været defineret hidtil for derefter i et senere afsnit at kunne fastlægge, hvad de to nye Højesteretsafgørelser eventuelt har medført af ændringer i forhold til definitionen af handicapbegrebet.

7.1 HANDICAPBEGREBET HIDTIL

”Hidtil” skal i denne sammenhæng forstås som, hvorledes handicapbegrebet har været defineret og fortolket indtil de to nye højesteretsdomme, U.2018.830H og U.2018.853H, blev afsagt.

7.1.1 U.2013.2575.H

Faktum

A, der er sagsøger i sagen, er uddannet kontorassistent og bliver med tiltrædelse den 5. maj 2008 ansat som barselsvikar for en sekretær hos advokat Hans Boserup. Ansættelsessamtalen, der finder sted den 19. april samme år er opdelt i to dele, og deltagende er Hans Boserup selv samt hans to sekretærer. Den første del af samtalen deltager Hans Boserup selv i, men den sidste del af samtalen deltager han derimod ikke i med det formål, at sekretærerne kan fortælle A mere specifikt om deres opgaver samt om ham som chef. Under denne del, hvor kun sekretærerne samt A er til stede, oplyser A, at hun har diagnosen ADHD. Hun har fået diagnosen den 11. april 2008, og hun oplyser ligeledes, at hun ikke kræver særlige foranstaltninger blot, at hun skal til enkelte psykologsamtaler, hvilke hun kan lægge, så det passer ind i flexordningen på arbejdspladsen.

Den 5. maj 2008 efter blot fire dages arbejde, bliver A bortvist med den begrundelse, at hun ikke har oplyst om sin diagnose. Hans Boserup uddyber senere sammen dag ophævelsen med begrundelsen, at klientellet hos advokatfirmaet, er psykisk ustabile som følge af psykiske lidelser og dermed kan

være opfarende og udadreagerende, hvilket derfor kræver stor tolerance af personalet. Med baggrund i Hans Boserups kendskab til ADHD bl.a. som følge klienter med sygdommen samt læsning i et førende værk vedrørende sygdommen, DSM-IV, vurderer han, at A ikke er egnet til at håndtere dette klientel. Han mener, at ADHD kræver struktur, forudsigelighed og ro. Derfor er Hans Boserups frygt, at disse behov sammensat med firmaets klientel vil kunne føre til voldsomme konflikter. Efter en mailkorrespondance mellem A og Hans Boserup, hvor A gør opmærksom på, at hun tidligere har arbejdet med senhjerneskadede, som også kunne have tendens til udadreagerende adfærd, hvilket hun havde håndteret uden problemer samt at hendes diagnose ikke medfører nogle fysiske problemer, vælger Hans Boserup at tilbyde A to måneders prøvetid. A takker dog nej med henvisning til, at hun ikke længere føler sig velkommen i advokatfirmaet.

A oplyser i øvrigt, at hun får medicin for sin ADHD, der gør, at hun som udgangspunkt kan agere på lige fod med andre. Dog er hun stadig af den opfattelse, at hun er handicappet, men som følge af medicin, strategier og værktøj, får det ikke indflydelse på hendes arbejde. HK Danmark, der er mandatar for A, gør derfor i forbindelse med sagen gældende, at det at kunne anses som værende handicappet ikke kræver et kompensationsbehov. Det gøres yderligere gældende, at såfremt man er diagnosticeret med ADHD, kan man ikke fungere på lige fod med andre i mindre eller højere grad. A kræver særlig struktur og orden i sin arbejdsproces, hvilket også er årsagen til medicineringen.

Hans Boserup gør gældende, at årsagen til den hurtige ophævelse er, at han ønskede at undgå, at der ville indtræde passivitet.

Omdrejningspunktet i sagen bliver herefter, hvorvidt A har oplyst om sin sygdom i rette tid jf. helbredsoplysningsloven § 6, samt hvorvidt der er tale om forskelsbehandling som følge af handicap jf. forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1.

Højesterets begrundelse og afgørelse

Højesteret konkluderer kort, at A ikke har overtrådt Helbredsoplysningsloven § 6, idet hun oplyser om sin diagnose under samtalen, uanset det ikke er under den del, hvor Hans Boserup deltager. Hun får derfor i forhold til denne del af sagen tilkendt erstatning.

I forhold til hvorvidt der er sket overtrædelse af forskelsbehandlingsloven, henviser Højesteret i sin afgørelse til handicapbegrebet i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, der som tidligere nævnt lyder således:

”.. en tilstand, der er forårsaget af en lægelig diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed.”⁴⁰

Højesteret gør i øvrigt i sin afgørelse opmærksom på, at graden af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe for at overholde loven ikke er afgørende for, om man kan anses for værende handicappet ifølge forskelsbehandlingsloven.

Højesteret kommer yderligere i sin afgørelse frem til, at A's grad af ADHD medfører, at hun er omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven og det bagvedliggende direktiv, direktiv 2000/78/EF. Af denne årsag vurderer Højesteret, at Hans Boserups bortvisning af A er direkte forskelsbehandling jf. forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1 jf. § 1, stk. 2, idet A bortvises som følge af hendes ADHD, hvilket også er angivet som begrundelse for bortvisningen.

A bliver som følge af ovenstående ikendt erstatning jf. forskelsbehandlingsloven § 7, stk. 1.

Det bør kort nævnes, at denne dom også på andre områder har stor betydning, idet Højesteret i denne afgørelse fastlægger, at godtgørelsesniveauet i forhold til forskelsbehandlingsloven bør vurderes på samme vis som den praksis, der har udviklet sig i sammenhæng med ligebehandlingsloven § 9 om retten til fravær som følge af graviditet, barsel eller adoption. Dette vil som udgangspunkt sige, at godtgørelsesniveauet vil ligge på 6, 9 eller 12 måneders løn afhængig af den berørtes anciennitet.⁴¹

Analyse af afgørelsen

Dommen sker som nævnt med udgangspunkt i handicapbegrebet fastsat i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, og det er dermed også denne definition, der kommer til at danne rammerne for afgørelsen.

I denne definition er fastsat følgende krav: Først og fremmest skal sygdommen være lægeligt diagnosticeret, og der skal være tale om en reel sygdom, men det er uden betydning, om denne er helbredelig eller uhelbredelig. Yderligere skal denne sygdom medføre en skade, der er enten fysisk, mental eller psykisk. Denne skade skal i sammenhæng med forskellige barrierer medføre, at

⁴⁰ U.2013.2575H, s. 9, 2. spalte jf. Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

⁴¹ Andersen, Lars Svenning: ”Funktionærret”, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 5. udgave, s. 836

vedkommende ikke kan agere på lige fod med andre på arbejdsmarkedet. Ikke mindst skal begrænsningen være af lang varighed.

Der er dermed flere krav skal, der være opfyldt, og der er derfor om udgangspunkt en del faktorer at holde styr på i vurderingen af, om handicapbegrebet er opfyldt. Dog gør Højesteret brug af begrebet ”funktionsnedsættelse”, og dette omfatter hermed den fysiske, mentale eller psykiske skade, der gør, at den berørte i sammenhæng med forskellige barrierer ikke kan agere på lige fod med andre på arbejdsmarkedet. Dette er også begrebet, der anvendes i FN’s handicapkonvention, artikel 1, 2. pkt.

I denne dom kommer Højesteret frem til, at A er handicappet i forskelsbehandlingslovens og direktivets forstand. Dermed må de forskellige krav være opfyldt. A’s ADHD er lægeligt diagnosticeret. A oplyser, at der er sket diagnosticering 11. april 2008, men det sker yderligere af speciallæge indenfor psykiatri Peter Simonsens erklæring af den 18. juni 2008, hvoraf det fremgår, at der ingen tvivl er om diagnosen. Kravet om en lægelig diagnosticeret sygdom er dermed opfyldt.

Højesteret vurderer dermed yderligere, at ADHD er en sygdom, der kan gå under begrebet ”handicap”. Denne sygdom skal som nævnt yderligere medføre en skade, der er af fysisk, mental eller psykisk karakter. Der fremgår lidt forskelligt vedrørende dette i dommen. Der lægges dog vægt på, at A’s ADHD medfører, at hun har behov for orden. Dog fremgår det også, at hun ikke har særlige behov, når blot hun er medicineret. Af denne årsag mener Hans Boserup ikke, der er tale om et handicap i sagen, og han anfører derfor:

”En funktionsnedsættelse som følge af ADHD er ikke et handicap, hvis symptomerne kan fjernes, forsvinde eller i væsentlig grad forsvinde.”⁴²

Dette kommer Højesteret dog ikke nærmere ind på i sin afgørelse, men vurderer blot, at A’s grad af ADHD, og de skader, det har medført for hende, må anses som værende et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og det må dermed vurderes, at det faktum, at de fleste gener kan medicineres væk, er uden betydning for, om den berørte må anses for værende handicappet i lovens forstand.

Højesteret gør dog opmærksom på i sin afgørelse, at et evt. kompensationsbehov ved den berørte ikke er afgørende for, om der er tale om et handicap i forhold til forskelsbehandlingsloven⁴³. Dette kan tilnærmelsesvis også antages at være svar på Hans Boserups påstand vedrørende, at der ikke kan være

⁴² U.2013.2575H, s. 7, 1. spalte

⁴³ U.2013.2575H, s. 7, 2. spalte

tale om et handicap, hvis symptomerne kan forsvinde helt eller delvist. Symptomer vil nok som oftest medføre problemer på arbejdspladsen, og dermed vil der være et kompensationsbehov. Dette er dog blot en fortolkning, idet Højesteret som nævnt ikke siger noget klart eller direkte herom. Uanset kan det konkluderes, at det ikke er afgørende, at der ikke er symptomer helt eller delvist, idet Højesteret vurderer, at der godt kan være tale om et handicap alligevel.

I bemærkningerne til forskelsbehandlingsloven, er der som nævnt i afsnit 6.1.3 fastsat en definition af handicapbegrebet ud fra praksis. Heraf fremgår det, at der skal være tale om en funktionsnedsættelse, der afføder et kompensationsbehov. Ligeledes fremgår det dog også i bemærkningerne til loven, at kompensationsbehovet ikke er afgørende for, om der kan være tale om et handicap, og dette fremgår ligeledes af Ring/Skouboe Werge-afgørelsen. Med denne dom slås det også fast i dansk praksis. Det er dermed ikke afgørende, at man som berørt har et kompensationsbehov for at kunne være omfattet af forskelsbehandlingsloven samt få godtgørelse herefter.

Det sidste krav til, hvornår man er handicappet i forhold til den fastsatte definition i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen og dermed i dansk ret er, at der skal være tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed. Da det konkluderes af Højesteret, at der i denne sag er tale om et handicap, kan det dermed også konkluderes, at der er tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed. I sagen får A som nævnt diagnosticeret ADHD den 11. april 2008, og hun bliver opsagt den 8. maj 2008. Dette er meget kort tid, hvorfor det antageligvis må være lagt til grund, at det af overlæge Thomas Toft fastslås, at ADHD er en sygdom, der med stor sandsynlighed vil vare ved hele livet, hvilket det dermed også må antages, at funktionsnedsættelsen vil, da A allerede er medicineret.⁴⁴

7.1.2 U.2014.1223S – RING-SAGEN

Når denne dom tages med, uanset at der er tale om en dom fra Sø-og Handelsretten og ikke fra Højesteret, som de resterende domme er, så skyldes det, at den er en del af Ring og Skouboe Werge-afgørelsen, hvori der forelægger en præjudiciel afgørelse fra EU-Domstolen med en definition af handicapbegrebet. Det er derfor interessant, hvad Højesteret kommer frem til i umiddelbar forlængelse heraf.

⁴⁴ U.2013.2575H, s. 3, 1. spalte

Faktum

A blev i 1996 ansat i boligorganisationen Samvirke. Samvirke blev den 1. juli 2000 overtaget af DAB, og det samme gjorde A's ansættelse. A indgik herefter en ansættelsesaftale med DAB den 17. juli 2000. Som en del af hendes ansættelsesaftale var bl.a. 120-dages reglen.

Den 6. juni 2005 sygemeldes A i en uge som følge af en diskusprolaps. Hun opereres for denne diskusprolaps den 29. juni 2005. A sygemeldes efterfølgende indtil den 17. juni 2005. Dette dokumenteres med en lægeerklæring, og A genoptager herefter sit arbejde.

Det fremgår af en lægeerklæring fra 26. august 2005, at A pga. sygdom havde fravær fra den 17. august og yderligere to uger frem.

Den 2. september sygemelder A sig frem til den 1. oktober og oplyser, at hun er med i et behandlingsprogram i forhold til hendes ryg, og at hun ved sin tilbagevenden yderligere skal have behandling tre dage ugentligt, og de resterende to dage i ugen, vil hun skulle til fysioterapi. Det fremgår af en intern mail fra 12. september, at denne behandling tre dage ugentligt vil vare frem til 18. november 2005. A vil dermed være deltidssygemeldt fra den 1. oktober.

Den 15. september anmoder DAB om en varighedserklæring. Der udarbejdes en sådan den 19. september og heraf fremgår det, at sygemeldingen yderligere vil vare fire uger, hvorefter A nok kan overgå til en deltidssygemelding.

Af en intern e-mail fra 7. oktober 2005 fremgår det, at A ringer og meddeler, at hun først kan forventes tilbage den 24. oktober 2005. Af endnu en intern e-mail fra 10. oktober fremgår, at A har sygemeldt sig yderligere til den 28. november 2005 og af en lægeerklæring fra 11. oktober 2005 fremgår det, at A skønnes at være sygemeldt yderligere fire uger.

Den 15. november 2005 sender Pia Finner, som er personalekonsulent i virksomheden, et brev til A, hvoraf det fremgår, at virksomheden afslår muligheden for fleksjob.

Af en lægeerklæring fra 21. november 2005 fremgår det, at A skønnes at være sygemeldt yderligere 1-2 uger.

A sender den 23. november et brev til administrerende direktør Niels Peter Thomsen. Heraf fremgår det, at A er uforstående overfor afslaget på fleksjobbet bl.a. som følge af, at hun tidligere er blevet fortalt af Jan Birk, som er afdelingschef i virksomheden, at fleksjob med stor sandsynlighed er en

mulighed. Ved mail af samme dato afviser Niels Peter Thomsen forsat fleksjob med henvisning til, at det ressourcemæssigt ikke kan gå op i virksomheden. I samme mail oplyser Niels Peter Thomsen om A's opsigelse.

A opsiges herefter den 24. november 2005 med henvisning til 120-dages reglen.

Omdrejningspunktet i nærværende sag bliver herefter, hvorvidt opsigelsen er i strid med forskelsbehandlingsloven, og om opsigelsen kan ske med henvisning til 120-dages reglen jf. funktionærloven § 5, stk. 2.

Sø- og Handelsrettens begrundelse og afgørelse

Først og fremmest lægger Sø- og Handelsretten EU-Domstolens definition af handicapbegrebet i den præjudicielle afgørelse i denne sag til grund.

Hernæst lægger retten til grund, at A har rygproblemer, som medfører gener for hende. Yderligere lægger Sø- og Handelsretten til grund, at rygproblemerne er varige eller i alt fald langvarige. Det vurderes, at der er konstateret slidgigt, som fører til lændesmerter, og disse er lægeligt diagnosticeret. På denne baggrund konstateres det, at A opfylder handicapbegrebet.

Det må i øvrigt kort bemærkes, at Sø- og Handelsretten lægger til grund, at DAB har foretaget de mulige tilpasningsforanstaltninger, og dermed medfører opsigelsen af A med henvisning til 120-dages reglen jf. funktionærloven § 5, stk. 2, at der er tale om direkte forskelsbehandling jf. forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1 jf. § 1, stk. 2.

Analyse af afgørelsen

Sø- og Handelsretten lægger som nævnt først og fremmest definitionen af handicapbegrebet fastsat i den præjudicielle afgørelse ved EU-Domstolen i denne dom samt nedenstående, U.2015.3301H, til grund.⁴⁵ Dette må være forventeligt, men denne definition bliver derfor også udgangspunktet for analysen af denne afgørelse.

Kravene er herefter, at der skal være en lægelig diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom som medfører en form for funktionsnedsættelse som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader,

⁴⁵ Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

som medfører, at den berørte ikke kan deltage i arbejdslivet på lige fod med andre. Ligeledes skal denne begrænsning også kaldet en funktionsnedsættelse være af lang varighed.

Disse forskellige krav, som er en del af denne definition og som skal opfyldes for, at den berørte er omfattet af handicapbegrebet må antages at være opfyldte i denne dom, idet Sø- og Handelsretten statuerer et handicap på baggrund af netop denne definition.

Herefter kan det først og fremmest lægges til grund, at der i sagen er tale om en lægelig diagnosticeret sygdom, der lever op til begrebet. DAB gør dog gældende i sagen, at betingelsen vedrørende lægelig diagnosticering ikke er opfyldt. A har været tilknyttet neurologisk ambulatorium på et amtssygehus, og i en statusattest herfra fra 19. oktober 2005 af 1. reservelæge Per Rochat fremgår følgende:

”En mere fyldestgørende beskrivelse af pt’s arbejdssituation og evt. mulighed for flexjob etc. kan bedre vurderes, hvis der udfærdiges egentlig speciallægeerklæring”⁴⁶

DAB beder herefter om en speciallægeerklæring, men HK efterkommer ikke dette med henvisning til, at en sådan ikke ville bidrage med mere end allerede foreliggende lægelige oplysninger. Der forekommer derfor ikke i sagen en speciallægeerklæring, og Sø- og Handelsretten statuerer alligevel et handicap, hvorefter det kan udledes, at en speciallægeerklæring ikke er afgørende for at opfylde betingelsen om lægelig diagnosticering.

Det er i denne sammenhæng også værd at bemærke, at Sø- og Handelsretten i første omgang lægger til grund, at A havde rygproblemer, som medførte gener for hende, samt at disse nok er varige, men at de med sikkerhed er langvarige. Men i forhold til den lægelige diagnosticering, lægger Sø- og Handelsretten slidgigten til grund, idet denne er lægelig diagnosticeret. Det kan dermed med lidt usikkerhed, da det ikke fremgår direkte, udledes, at generelle rygproblemer ikke kan lægges til grund som en sygdom i forhold til handicapbegrebet, og det er derfor, at retten lægger slidgigten til grund i nærværende sag, idet disse anes som værende årsag til A’s rygproblemer. Det kan dog ikke udledes med fuldstændig vished, at rygproblemer ikke kan lægges til grund som sygdom i denne henseende, idet A har fået konstateret slidgigt som årsag, og det dermed ikke er nødvendigt at lægge rygproblemerne til grund som sygdom i denne henseende.

⁴⁶ U.2014.1223S, s. 4, 2. spalte

Det kan konkluderes, at der også i sagen må være en såkaldt begrænsning for A på arbejdspladsen og dermed en funktionsnedsættelse, idet der statueres et handicap. Men A har også svært ved at sidde ned i længere tid og har overordnet set problemer med rygsmerter, der gør, at hun ikke kan arbejde fuldtid.

Sø- og Handelsretten konkluderer som ovenfor anført, at der er tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed. Det vides ikke med sikkerhed præcist, hvornår A's funktionsnedsættelse starter, men den må have indtrådt ved A's sygemelding op til operation for diskusprolaps den 6. juni 2005. Hun spørger allerede ind til hæve/sænkebord den 17. februar 2005, men det er ikke anført med sikkerhed, at A på dette tidspunkt har nogle begrænsninger i forhold til, at hun udfører sit arbejde fuldt ud. Da hun bliver opsagt den 24. november 2005 er der dermed kun gået lidt mere end ni måneder. Dog fremgår det ligeledes af en ressourceprofil udarbejdet af Søllerød Kommune, at A skønnes til at have varigt nedsatte arbejdsevner i alle former for jobs, så dette kan også lægge til grund for, at retten mener, at betingelsen vedrørende lang varighed er opfyldt.

Afgørelsen bærer umiddelbart præg af, at dette er første afgørelse efter EU-Dommens præjudicielle afgørelse, og at der dermed ikke er retspraksis at læne sig op ad. Herunder udtaler domstolen ikke meget vedrørende handicapbegrebet, og det er dermed svært at udlede noget endeligt herom.

7.1.3 U.2015.3301H – SKOUBOE WERGE-SAGEN

Dette er højesteretsdommen af den såkaldte Skouboe Werge-sag, hvori der er forelagt spørgsmål for EU-Domstolen. Sagen er som nævnt blevet lagt sammen med den såkaldte Ring-sag, U.2014.1223S som omtalt ovenfor i afsnit 7.1.2.

Faktum

A bliver den 26. marts 1998 ansat hos Pro Display som kontorassistent/direktionssekretær. Den 19. december 2003 er A udsat for et trafikuheld, der medfører en piskesmældsskade, og hun bliver derfor kortvarig sygemeldt i 3 uger, hvorefter hun vender tilbage og arbejder fuldtid. Piskesmældsskaden forværres dog efterfølgende, og A deltidssygemeldes den 5. november 2004.

Den 8. januar 2005 kontakter Frank Frandsen, der er administrerende direktør i virksomheden, A via mail vedrørende et møde, der har været imellem de to og Niels Hjort-Møller, som er regnskabschef i virksomheden. På mødet har Frank Frandsen gjort det klart, at han er meget uforstående overfor, at

A vil deltage i et kursus på fire hele dage, da hun er deltidssygemeldt. Dette er derfor også, hvad der fremgår af mailen. Den 8. eller 10. januar 2005 (der fremgår to forskellige datoer af dommen) melder A sig syg som følge af, hun har det fysisk og psykisk dårligt. Frank Frandsen og Niels Hjort-Møller er af den opfattelse at sygemeldingen skyldes mødet med de to.

Den 14. januar 2005 sender A en mail til Frank Frandsen, hvori hun gør opmærksom på, at hun samme dag skal til speciallæge, og at hun stadig har det skidt. Samme dato kontakter Niels Hjort-Møller også A via brev og gør bl.a. i brevet opmærksom på, at der ønskes en lægeerklæring.

I mail af 17. januar 2005 fra A til Frank Frandsen skriver hun, at speciallægen ikke kunne svare på, hvorvidt hun vil få det bedre, men at hun blot er blevet bedt om at prøve sig frem. Af en lægeerklæring af samme dato fremgår det, at lægen skønner A's uarbejdsdygtighed til at vare yderligere en måned. Blot seks dage efter skriver samme læge dog en ny lægeerklæring, hvori det fremgår, at længden af A's uarbejdsdygtighed ikke kan afgøres, og den er dermed uden udløb.

Fra medio januar 2005 til A's opsigelse den 21. april 2005 kontakter virksomheden ikke A.

I brev af den 21. april 2005 opsiges A med henvisning til 120-dages reglen jf. funktionærloven § 5, stk. 2. Den 1. juni 2006 får A tildelt førtidspension, og den 5. juni 2007 får A fastsat sin méngrad til 10 % samt sit arbejdssevnetab til 65 %.

Omdrejningspunktet i sagen bliver herefter, hvorvidt opsigelsen som følge af 120-dages reglen jf. funktionærloven § 5, stk. 2 er i strid med forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1.

Højesterets begrundelse og afgørelse

Højesteret skriver først og fremmest i afgørelsen, at hovedspørgsmålet i sagen er, om Pro Display A/S har forskelsbehandlet som følge af handicap jf. forskelsbehandlingsloven.

Hernæst er afgørelsen delt op, og første afsnit vedrører handicapet. Heraf bruges den definition, som EU-Domstolen fremkommer med som svar på det første spørgsmål i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, og denne definition lægges endnu en gang til grund.⁴⁷

⁴⁷ Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

Heraf er kravene som nævnt primært, at der skal være tale om en funktionsnedsættelse, som medfører en form for skade, og denne skal være af lang varighed.

På baggrund af lægeerklæringerne i sagen, lægger Højesteret til grund, at der for A er tale om en funktionsnedsættelse, der hindrer vedkommende i at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre. Det fremgår yderligere, at funktionsnedsættelsen havde vist sig allerede ved A's fravær i begyndelsen af november 2004.

Herefter konstaterer Højesteret, at da A fyres i foråret 2015, er der endnu ikke tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed, som det ellers er et krav ift. EU-Domstolens definition af handicapbegrebet. Derfor har Højesterets anført i sin begrundelse, at vurderingen af, om kravet om lang varighed er opfyldt må bero på en prognose. I forhold til en sådan prognose fremgår det af Højesterets begrundelse, at en sådan forelægger ved lægeerklæringen af den 4. april 2005. Det konstateres dermed på denne baggrund, at der i A's tilfælde er tale om en funktionsnedsættelse af lang varighed. Det konkluderes herefter, at A har et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

I denne forbindelse bemærker Højesteret i sin afgørelse, at det som følge af EU-Domstolens handicapdefinition er uden betydning, om Pro Display vidste eller burde vide, at A havde et handicap.

I forhold til Pro Displays tilpasningsforpligtelse bemærker Højesteret kort, at denne er opfyldt, idet arbejdsgiveren ikke var bekendt med indholdet af speciallægeerklæringen fra den 4. april 2005 og dermed ikke vidste eller burde vide, at A havde et handicap.

Da det ikke er af stor relevans for definitionen af handicapbegrebet, som er specialets udgangspunkt, men dog er af stor betydning for dommen, må det kort bemærkes, at A's handicaprelaterede sygdom kan medregnes ved optællingen i forhold til 120-dages reglen.

På denne baggrund frifindes Pro Display A/S trods det faktum, at det vurderes, at A har et handicap.

Analyse af afgørelsen

Først og fremmest må der ses på den definition, der lægges til grund i afgørelsen. Som det er nævnt ovenfor, er det igen definitionen fra Ring/Skouboe Werge-afgørelsen.⁴⁸ Dette må dog nok også antages at være udgangspunktet i netop denne sag, idet det er i denne, at der forelægges spørgsmål

⁴⁸ U.2015.3301H, s. 13, 2. spalte jf. Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

for EU-Domstolen, hvorefter definitionen er en del af den præjudicielle afgørelse på denne foranledning.

Højesteret kommenterer i sin afgørelse ind på henholdsvis funktionsnedsættelsen, den lægelige diagnosticering samt den lange varighed. Da Højesteret konkluderer, at A i sagen har et handicap, må det herefter antages, at Højesteret er af den opfattelse, at disse krav fra ovenstående definition er opfyldt.

Det kan herudfra konkluderes, at piskesmæld er en sygdom, der kan omfattes af handicapbegrebet. Yderligere kan det konkluderes, at denne sygdom for A har medført en begrænsning som følge af fysisk skade, herunder nævnes i erklæringen af speciallæge Leif Christensen bl.a. følgende: Nakkesmerter, sovende fornemmelser i fingre, smerter i kæben, synsforstyrrelser, hukommelses- og koncentrationsbesvær.⁴⁹ Det er ganske omfattende symptomer, og Højesteret lægger på denne baggrund til grund, at A har en funktionsnedsættelse og dermed en begrænsning, som det er formuleret i definitionen.

Betingelsen vedrørende den lægelige diagnosticering er opfyldt i dommen ved henholdsvis speciallægeerklæringen udfærdiget af Morten Kraft den 15. januar 2005 samt speciallægeerklæringen udfærdiget af Leif Christensen den 4. april 2005, idet sygdommen i begge erklæringer er diagnosticeret som piskesmældslæsion. Der fremgår ikke andre lægeerklæringer i sagen med en endelig diagnose, hvorfor der ikke kan udledes heraf, at en speciallægeerklæring er en betingelse for at opfylde kravet.

I forhold til den lange varighed bemærker Højesteret, at denne betingelse i sagen ikke er opfyldt fra det tidspunkt, hvor begrænsningen viser sig, til det tidspunkt hvor hun opsiges. Det fremgår, at begrænsningen viser sig i november 2014, hvor A efter at have arbejdet på fuld tid i ti måneder atter må sygemeldes, og at hun opsiges den 21. april 2005. Det kan dermed konkluderes, at en varighed på cirka fem måneder ikke er nok til at opfylde kravet vedrørende lang varighed. Dog fremgår det også af afgørelsen, at vurderingen herefter må bero på en prognose på opsigelsestidspunktet. Det kan dermed udledes, at der ikke på opsigelsestidspunktet behøver at være indtrådt lang varighed, når blot

⁴⁹ U.2015.3301H, s. 13, 1. spalte

en prognose siger, at der vil være tale om en begrænsning af lang varighed. Dette medfører, at flere vil kunne få konstateret et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

I forhold til denne prognose fremgår det, at den i sagen først fremkommer ved speciallægen Leif Christensens erklæring af 21. april 2005. Det er dermed ikke enhver lægeerklæring, der må kunne bruges som prognose. Årsagen hertil fremgår dog ikke af dommen. Af speciallægeerklæringen fremgår følgende:

*”Det er dog sandsynligt, at A på et senere tidspunkt vil kunne varetage et erhvervsarbejde, men formentlig på nedsat tid, eventuelt i et fleksjob.”*⁵⁰

Herved fremgår en form for prognose, selvom denne ikke er særlig specifik, er den dog mere specifik end de andre erklæringer. Det kan ikke uden videre konkluderes, hvorfor denne lever op til at være en prognose, idet kravene ikke er fastsat. Det kan både skyldes det faktum, at der er tale om en speciallæge, og dermed en læge med mere viden i forhold til A's sygdom, piskesmæld, men det kan også skyldes, at erklæringen bare helt overordnet er mere specifik i forhold til A's situation samt fremtidsudsigterne, uanset denne ikke siger noget endeligt herom. Eneste krav kan dog ikke være, at prognosen skal være udfærdiget af en speciallæge, idet der allerede er udfærdiget en lægeerklæring af speciallæge Morten Kraft den 15. januar 2005, men denne lægges ikke til grund som prognose og bevis for, at A's funktionsnedsættelse er af langvarig karakter. Af prognosen fra speciallæge Morten Kraft af 15. januar 2005 fremgår følgende i forhold til tidshorisonten for A's arbejdsevne:

*”A's arbejdsevne er således påvirket, og jeg kan ikke på nuværende tidspunkt sige i hvilket omfang, det fortsat vil være til stede.”*⁵¹

Morten Kraft udtaler sig dermed slet ikke om A's fremtidsudsigter, hvilket må udledes som værende årsag til, at denne erklæring ikke lægges til grund som prognose. Afgørende må derfor antages at være, at der er en eller anden form for udtalelse om fremtidsudsigterne som er mere specifik end ovenstående.

Det slås yderligere fast i dommen, at i forhold til at statuere handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven, er det ikke afgørende, om arbejdsgiveren kendte eller burde kende til, at en sygdom har medført et handicap. Dette er først af betydning i forhold til vurderingen af, om en

⁵⁰ U.2015.3301H, s. 13, 2. spalte

⁵¹ U.2015.3301H, s. 3, 1. spalte

arbejdsgiver har overholdt sin tilpasningsforanstaltninger i forskelsbehandlingslovens § 2a, og det er kun relevant at se på tilpasningsforanstaltningerne, såfremt der er statueret et handicap. Hermed er det vigtigt at bemærke, at der først og fremmest må vurderes, hvorvidt der er tale om et handicap, og først herefter bør der ses på, om der er foretaget de nødvendige tilpasningsforanstaltninger for at overholde forskelsbehandlingslovens regler. Dette fremgår også af den præjudicielle afgørelse fra EU-Domstolen:

”Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb.”⁵²

Dette er dermed essentielt for vurderingen af et handicap og ligeledes for denne afhandling, da det dermed ikke er af relevans for definitionen af handicapbegrebet at se på graden af tilpasningsforanstaltninger. Disse er ikke afgørende i forhold til begrebet og er først andet step i vurderingen af, om der er sket forskelsbehandling som følge af handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

7.1.4 U.2015.3827H

Faktum

A, der er sagsøger i denne sag, bliver ansat i et supermarked i 1996. Ved ansættelsen har hun ingen symptomer på leddegigt, som er omdrejningspunktet for sagen. Men i umiddelbar forlængelse af fødslen af hendes tredje barn får hun symptomer på leddegigt, hvilket diagnosticeres i sommeren 2008. Den 22. maj 2008 kommer A første gang i behandling for leddegigt, og hun informerer på dette tidspunkt den daværende ledelse i supermarkedet, der i denne sammenhæng informerer A om, at dette ikke vil blive et problem. I august 2008, får hun udleveret håndledsskinner, som hun gør brug af på sit arbejde.

Den 11. september 2008 aftales det med daværende ejer, at A ikke længere kan varetage kassefunktionen i supermarkedet.

⁵² U 2015.3301H, s. 9, 2. spalte jf. Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

Den 17. september 2008 bliver A forfremmet til afdelingsleder, og hun får mere ansvar, bl.a. får hun personaleansvar for to ansatte samt lønforhøjelse. På dette tidspunkt er ledelsen i supermarkedet informeret om, at A er diagnosticeret med leddegigt.

I december 2008 bliver A's medicindosering sat op, og hun får i denne forbindelse problemer med kvalme og træthed.

I starten af år 2009 får A ny medicin, og dette har kortvarig god effekt.

I april 2009 får supermarkedet ny ejer. Kort tid herefter, må A deltidssygemeldes, men der bliver efter A's opfattelse ikke taget arbejdsopgaver fra hende, og hun skal derfor nå det samme. I forbindelse med deltidssygemeldingen, kontakter kommunen supermarkedet med henblik på omplacering af A for at lette hendes arbejdsopgaver i forhold til leddegigten. A ønsker at blive bogholder i virksomheden, hvilket dog bliver afvist, da bogholderiet er stort og kræver erfaring indenfor området. A bliver i stedet tilbudt en stilling som kasse- og kioskleder. Hun afviser dog dette, da denne stilling også vil medføre løft samt arbejde ved kassen, hvilket for A er forbundet med problemer i forhold til hendes leddegigt. A er af den opfattelse, at det vil være muligt at sammensætte opgaver til en stilling, hun kan varetage. Supermarkedets ledelse er dog af en anden opfattelse.

Sagen kommer derved til at omhandle, hvorvidt der er tale om forskelsbehandling i henhold til forskelsbehandlingsloven. Ligeledes bliver det et omdrejningspunkt for sagen, at A's opsigelse sker på baggrund af 120-dages reglen jf. Funktionærloven § 5, stk. 2, og denne regels sammenhæng med et eventuelt handicap.

Højesterets begrundelse og afgørelse

Højesteret beskriver det altovervejende hovedspørgsmål i sagen som værende, hvorvidt supermarkedet har tilsidesat forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling af handicappede.

Højesteret henviser som i de tidligere afgørelser til definitionen fastsat i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen.⁵³

⁵³ U.2015.3827H, s. 14, 1. spalte jf. Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

Højesteret vurderer i sagen, at der er tale om en funktionsbegrænsning af lang varighed som følge af det faktum, at A får konstateret leddegigt i sommeren 2008 og senere får håndledsskinner, samt at leddegigten giver væsentlige funktionsbegrænsninger, der bl.a. medfører, at A ikke kan sidde ved kassen i supermarkedet og må fritages herfra. Ligeledes konkluderer Højesteret på denne baggrund, at der er tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Den kortvarige bedring i forbindelse med A's skift af medicin er i denne forbindelse uden betydning.

Højesteret konkluderer yderligere, at supermarkedet ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse som følge af, at supermarkedet ikke har godtgjort, at de muligheder, som A nævner som mulige tilpasningsforanstaltninger, ville medføre en uforholdsmæssig stor byrde for supermarkedet og dermed skulle have været tilbudt hende.

Dernæst omhandler sagen det faktum, at opsigelsen sker som følge af 120-dages reglen jf. funktionærloven § 5, stk. 2. I henhold hertil konkluderer Højesteret, at 120-dages reglen ikke kan bruges, når tilpasningsforanstaltningerne ikke er opfyldt, og at dette fremgår af direktiv 2000/78/EF og dermed forskelsbehandlingsloven. Højesteret henviser også i denne sammenhæng til Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, da dette er fastsat.

A får på denne baggrund tildelt erstatning for manglende løn og godtgørelse jf. Forskelsbehandlingsloven § 7.

Analyse af afgørelsen

Det kan udledes af denne afgørelse, at leddegigt kan anses som værende et handicap. Ikke dermed sagt, at det til hver en tid vil gå under begrebsdefinitionen, idet det vil afhænge af den enkelte sag, og om betingelserne i den overordnede handicapdefinition, fastsat i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, er opfyldt.⁵⁴

Kravene er følgende: Sygdommen skal være lægeligt diagnosticeret og medføre en funktionsnedsættelse, som hindrer den berørte person i at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og ikke mindst skal funktionsnedsættelsen være langvarig. Dette er krav, der kan

⁵⁴ Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

udledes direkte af definitionen af handicapbegrebet fastsat i denne dom, men dermed også i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen.

Der må derfor som i de andre afgørelser ske en vurdering ud fra, hvorvidt der er tale om en lægelig diagnosticeret sygdom, der medfører en funktionsnedsættelse af lang varighed.

Den lægelige diagnosticering anses for værende overholdt, idet andet ikke fremgår af dommen, og der statueres et handicap. Den lægelige diagnosticering følger bl.a. af en speciallægeerklæring fra speciallæge i reumatologi og intern medicin Per Johansen.

Højesteret konkluderer uden at begrunde yderligere, at A i sagen har en funktionsnedsættelse. Denne konstatering kommer i sammenhæng med omtalen af, at A har brug for håndledsskinner og derfor ikke kan sidde ved kassen. Dermed kan det antageligvis udledes, at det faktum, at den berørte har brug for et hjælpemiddel i form af håndledsskinner kan være medvirkende til at påvise, at den berørte har en funktionsnedsættelse. Håndledsproblemer kan dermed, afhængig af omstændighederne, anses for værende en funktionsnedsættelse.⁵⁵

A får konstateret leddegigt i sommeren 2008 og får som nævnt håndledsskinner, bliver fritaget for kassefunktionen i september 2008 og bliver deltingssygemeldt i juni 2009. I denne sammenhæng kan et år dermed godt anses for værende af langvarig karakter. Det må formodes, at Højesteret i denne sammenhæng lægger vægt på, at sygdommen i perioden udvikler sig, idet konstateringen af, at der i sagen er tale om et forløb af lang varighed kommer i umiddelbar forlængelse af denne korte opsummering:

”Højesteret finder, at funktionsbegrænsningen som følge af sygdommen herefter fremstod som langvarig, og tiltræder, at der er tale om en sygdom, som er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb.”⁵⁶

Højesteret skriver dog direkte i dommen, at det er uden betydning, at der midt i forløbet er kortvarig bedring som følge af ny medicin. Det må dog antages, at dette kunne have haft betydning, såfremt store forbedring lå sidst i forløbet, og der dermed kun havde været bedring at spore, idet det så ikke ville have blevet værre igen, som tilfældet var i denne sag.

⁵⁵ U.2015.3827H, s. 14, 1. spalte

⁵⁶ U.2015.3827H, s. 14, 1. spalte

Det kan som nævnt først og fremmest udledes af denne afgørelse, at leddegigt kan være et handicap, at en funktionsnedsættelse ikke nødvendigvis behøver at vare længere end et år for at kunne anses for værende langvarig, og at en midlertidig bedring i sygdommen ikke medfører, at denne ikke kan anses for værende et handicap.

7.1.5 SAMMENFATNING

Betingelserne

Helt overordnet må det konkluderes, at siden EU-Domstolen i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen udlagde en definition af handicapbegrebet, er det denne, der har været anvendt i Højesterets afgørelser. Denne definition lyder, som nævnt tidligere, således:

”Begrebet omfatter efter denne definition en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lidt fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed.”⁵⁷

Herunder er det, som det også er nævnt flere gange en betingelse, at der er tale om en lægelig diagnosticeret sygdom, som medfører en form for skade, der så resulterer i en funktionsnedsættelse i arbejdsøjemed, og at denne er af lang varighed. Det er derefter nærliggende at finde ud af, hvad disse begreber indebærer, idet de er baggrunden for det handicapbegreb, der har været brugt hidtil, og fordi den fastsatte definition i sig selv er ganske bred.

Funktionsnedsættelse

Det kan defineres som en begrænsning på grund af fysiske, mentale eller psykiske skader, der kommer som følge af sygdommen og dermed udmunder sig i en funktionsnedsættelse.

Der er ikke umiddelbart store krav til funktionsnedsættelsen. I U.2013.2575 H må betingelsen vedrørende funktionsnedsættelse være opfyldt, da det fremgår, at A i dommen er omfattet af handicapbegrebet, og dette som nævnt er en betingelse for at være omfattet heraf. I sagen består denne funktionsnedsættelse derfor af, at A har behov for orden som følge af, hun lider af ADHD, dog er hun

⁵⁷ Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 47

medicineret herfor, og derfor kommer hendes begrænsninger ikke til udtryk, som de ellers ville. Denne dom viser dermed umiddelbart, at domstolen ikke stiller høje krav til denne betingelse.

Der skal dermed ikke en funktionsnedsættelse af høj karakter til og dermed heller ikke en stor indvirkning på arbejdsevnen, førend man kan anses for værende handicappet. Det kan dog også spille ind, at der i U.2013.2575 H var tale om en psykisk skade, og der dermed kan være mindre krav til denne form for skader.

I de andre efterfølgende afgørelser er skaden og dermed funktionsnedsættelsen væsentlig højere bl.a. i form af nakkesmerter, snurrende fingre, rygsmerter m.v., men her er der dermed også tale om fysiske skader og dermed funktionsnedsættelser. Disse domme omtaler dog heller ikke noget specifikt om kravene til funktionsnedsættelsen.

Lægelig diagnosticering

Den lægelige diagnosticering lægges i de fleste afgørelser blot til grund som værende opfyldt og siger ikke noget nærmere om denne betingelse.

I U.2014.1223S ønsker arbejdsgiveren en speciallægeerklæring, idet denne ikke mener, at andre lægeerklæringer i sagen opfylder betingelsen, men HK Danmark som mandatar for den ansatte i sagen efterlever ikke dette, idet de modsat mener, at betingelsen er opfyldt uden en speciallægeerklæring. Sø- og handelsretten er af samme opfattelse, idet de lægger til grund, at der er et handicap uanset den manglende speciallægeerklæring.

I U.2015.3301H omtales den lægelige diagnosticering dog også. I forhold til en lægelig diagnosticering af sygdommen lægges der to speciallægeerklæringer til grund. Da der ikke i sagen er andre lægeerklæringer, der diagnosticerer A's piskesmæld, kan det ikke herudfra konkluderes, at der er krav om en speciallægeerklæring. Der lægges yderligere en speciallægeerklæring til grund i forhold til en prognose for længden af funktionsnedsættelsen, og hertil er særlige krav. Først og fremmest lægges der en speciallægeerklæring til grund, men yderligere først en speciallæge, der specifikt udtaler sig om prognosen.

Det er dermed svært at udlede noget endeligt om den lægelige diagnosticering, idet U.2014.1223S er en afgørelse fra Sø- og Handelsretten, hvorfor det ikke vides om retstilstanden vil være det samme i en højesteretsafgørelse. I U.2015.3301H er det ikke tydeligt, om der er krav om en

speciallægeerklæring, uanset disse lægges til grund, da der ikke foreligger andre lægeerklæringer med en diagnose.

Lang varighed

Denne betingelse er omtalt i flere af afgørelserne og er dermed også en betingelse, der kræver en opsummering for at få en forståelse af, hvad retstilstanden reelt har været hidtil.

I U.2015.3301H konstateres det, at fem måneder fra funktionsnedsættelsen indtræder, til der sker opsigelse ikke er lang nok tid at statuere lang varighed. Ydermere vurderes det dog, at en prognose godt kan være grundlag for, at betingelsen vedrørende lang varighed er opfyldt. Der er dog krav til en sådan prognose, og enhver lægeerklæring kan ikke opfylde disse krav. I sagen er kravet opfyldt ved en speciallægeerklæring, der siger, at A i sagen højst sandsynligt vil vende tilbage på arbejdsmarkedet, men på nedsat tid. Der er dermed en tydelig prognose, uanset denne ikke er meget specifik.

I U.2013.2275H statueres også et handicap, hvorfor betingelsen vedrørende lang varighed er opfyldt, men da A blot er ansat i fire dage og blot har haft en diagnose i knap en måned, kan det ikke være dette, der lægges til grund. En overlæge i sagen udtaler dog, at sygdommen er medfødt, hvorfor funktionsnedsættelsen ydermere lægger længere tilbage end diagnosen, og yderligere vil sygdommen med stor sandsynlighed vare ved hele livet. Dette må derfor antages at være årsagen til, at det alligevel statueres, at betingelsen er opfyldt.

I U.2014.1223S statueres der lang varighed efter blot ni måneder. Det fremgår dog også, at A i dommen med stor sandsynlighed vil have en funktionsnedsættelse resten af livet. Det bør bemærkes, at dette er en dom fra Sø- og Handelsretten, og dermed har den ikke lige så retskildemæssig høj værdi som de resterende domme.

I U.2015.3827H bliver der konstateret lang varighed efter en funktionsnedsættelse på et år.

Som udgangspunktet løber perioden fra funktionsnedsættelsens indtræden, til der sker opsigelse. Dette er dog ikke afgørende, da betingelsen kan være opfyldt ved en prognose. Det kan ydermere slås fast, at fem måneder ikke er lang nok tid til at opfylde betingelsen, men hvor et år tværtimod er nok.

Kompensationsbehov samt tilpasningsforanstaltninger

Det blev i U.2013.2575H fastslået, at det ikke er en betingelse for at opfylde handicapbegrebet, at den berørte har et kompensationsbehov. Yderligere er det fastslået, at først når det er vurderet, at der er et handicap til stede, skal der ses på tilpasningsforanstaltninger. Disse to ting skal ikke blandes sammen. Herefter kan det vurderes, om der er sket en forskelsbehandling. Som nævnt i samme dom er det dermed heller ikke afgørende for at statuere et handicap, om arbejdsgiveren vidste, at et sådan var til stede. Dette vil først blive relevant i forhold til vurderingen af tilpasningsforanstaltninger og herefter, hvorvidt der er sket forskelsbehandling.

7.2 HANDICAPBEGREBET I FORHOLD TIL NY PRAKSIS

7.2.1 U.2018.830H

Faktum

A bliver ansat som systemudvikler hos B A/S den 1. februar 2008. Den 18. maj 2009 er A med i en karateulykke, hvorfor hun springer et korsbånd i højre knæ. Dagen efter ulykken tager A på arbejde, men må tage hjem igen.

Den 2. juni 2009 bliver A MR-scannet, og den 23. juni 2009 får hun foretaget en kikkertundersøgelse med såkaldt spinalblokade (en regional anæstesi, hvor kun noget af kroppen bedøves ved, at der sprøjtes bedøvelse ind i rygmarskanalen⁵⁸), hvorefter A oplever svimmelhed.

I en lægeerklæring fra 4. juni 2009 fremgår det, at A til lægen oplyser, at hun har været uarbejdsdygtig siden den 19. maj, og lægen skønner hende herefter til at være uarbejdsdygtig i yderligere to til tre uger. Af lægeerklæring fra 26. juni 2009 fremgår, at A yderligere vil være uarbejdsdygtig i tre til fire uger.

Den 31. juli 2009 rykker F, der er ansat i virksomheden (der fremgår ikke en stillingsbetegnelse af dommen), for en lægeerklæring, idet den tidligere lægeerklæring udløb den 24. juli 2009. A's svar er herved, at hun har fået oplyst af sin læge, at denne tredje lægeerklæring ikke er nødvendig, med mindre arbejdsgiveren har bedt herom. F besvarer herefter med en henvisning til virksomhedens personalehåndbog, hvori det fremgår, at man er forpligtet til at fremsende ny lægeerklæring ved udløb. Af en lægeerklæring fra 6. august 2009 fremgår herefter, at A skønnes at være uarbejdsdygtig

⁵⁸ Foss, Hansen-Nord: Spinalbedøvelse, Patienthåndbogen, 24.11.16

yderligere en til to uger. Af lægeerklæring den 24. august skønnes A at være delvis uarbejdsdygtig i tre timer dagligt, og at dette vil vare tre til fire uger. Af lægerklæring af 22. september 2009 skønnes A at være delvist sygemeldt i forsat en til to måneder, og at denne delvise sygemelding består i 3-4 timers arbejde dagligt samt én arbejdsopgave ad gangen samt hjemmearbejde noget af tiden.

Den 17. august 2009 afholdes et møde mellem A, E, som er personalechef og C, som er afdelingsleder.

Den 5. oktober afholdes en personaleudviklingssamtale mellem A og C.

Den 17. november 2009 bliver der afholdt en rundbordssamtale med deltagerne A, E og C samt Charlotte K. Nielsen fra kommunen og Hanne B. Landt fra HK. Af referatet fra mødet fremgår det, at formålet med mødet er at lægge en plan for A's tilbagevenden på arbejdspladsen på fuld tid. På mødet opstår der en diskussion mellem A og E vedrørende præmisserne i forbindelse med afholdelse af henholdsvis MUS-samtale og sygesamtale. E forlader herefter mødet. Mødet forsætter dog, og der bliver lagt en plan.

A bliver opsagt den 25. november 2009 til udgangen af februar 2010. Begrundelsen for opsigelsen er den samtale, der har fundet sted. Begrundelsen specificeres til HK som værende A's adfærd.

A's sygdomsforløb er således, at hun den 16. juli 2009 smider krykkerne efter knæoperationen, men stadig på dette tidspunkt lider af kraftig svimmelhed efter operationen. Hun lider yderligere af træthed, forvirring og kan ikke fokusere. Lidelserne medfører, at hun ikke længere kan klare sig selv og derfor sammen med sin søn må flytte hjem til sine forældre.

Den 10. september 2009 har A genoptaget sit arbejde tre timer dagligt hjemmefra. Hun er stadig svimmel, men i mindre grad end tidligere. A er blevet oplyst, at hun lider af en form for "dykkersyge", hvor der siver spinalvæske ud. A's knæ kan i øvrigt ikke strækkes ordentlig ud. Pga. komplikationerne i forbindelse med bedøvelsen, vil lægerne dog ikke operere yderligere på knæet.

Den 2. november 2009 oplyser A, at svimmelheden er en anelse aftagende. Hun går til kontrol og har på dette tidspunkt øget sin arbejdstid til fire timer dagligt fire dage om ugen hjemmefra og en dag ugentligt på arbejdspladsen.

Den 11. marts 2010 er A til kontrol med knæ og svimmelhed. I forhold til svimmelheden er det hul, hvorfra der sivede spinalvæske ud nu lukket, og A har det også bedre. Hun har dog problemer med det ene øje samt til stadighed med knæet.

A bliver af mange omgange og mange læger undersøgt både i forhold til syn og svimmelhed, men der findes aldrig en endelig diagnose.

Omdrejningspunktet i denne sag bliver herefter, om A har været udsat for forskelsbehandling i forbindelse med opsigelsen af hende, og dermed om svimmelhed kan anses for værende et handicap i forhold til forskelsbehandlingsloven samt direktiv 2000/78/EF.

Højesterets begrundelse og afgørelse

I den første del af Højesterets dom findes et afsnit vedrørende handicap, heraf følger Højesterets generelle bemærkninger til handicappet.

Definitionen af handicapbegrebet lægges til grund som værende det, der er fremkommet af Ring/Skouboe Werge-afgørelsen. Yderligere fremgår det, at handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven skal fortolkes i overensstemmelse med direktiv 2000/78/EF samt EU-Domstolens fortolkning heraf.

Højesteret henviser til U.2013.2575H, U.2015.3301H samt U.2015.3827H, hvilke alle er analyseret ovenfor. I den forbindelse konkluderer Højesteret, at der i ingen af disse sager er taget stilling til, hvorvidt der kan være et handicap i forhold til forskelsbehandlingsloven, såfremt funktionsbegrænsningen ikke skyldes en lægelig diagnosticeret sygdom.

Højesteret gør gældende, at det efter EU-Domstolens praksis ikke er en betingelse, at funktionsbegrænsningen er lægelig diagnosticeret. Men at det i stedet er afgørende, at der sker en vurdering af samtlige af sagens omstændigheder bl.a. oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner om arbejdstageren på tidspunktet for en mulig forskelsbehandling. Yderligere skal der lægges dokumenter og certifikater, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk samt videnskabelig viden og oplysninger, til grund for at belyse, om funktionsnedsættelsen er langvarig. Yderligere lægges det til grund, at hvis opsigelsen af arbejdstageren ikke skyldes arbejdstagerens handicap, sygefravær som følge heraf eller andre begrænsninger, så er der ikke tale om forskelsbehandling.

Efter det generelle afsnit følger et afsnit vedrørende den konkrete sag. Heraf fremgår det, at opsigelsen af A intet havde med hendes sygdom eller fravær som følge heraf at gøre, og der er derefter ikke er tale om forskelsbehandling.

Analyse af afgørelsen

Højesteret gør meget ud af at kommentere på handicapbegrebet, da situationen må afklares for herefter at vurderes. Dette bliver dog i sidste ende uden stor betydning for Højesterets afgørelse, idet denne er, at opsigelsen af A slet ikke skyldes handicap, men andre omstændigheder herunder hendes adfærd. Højesteret konkluderer herefter, at der ikke er sket forskelsbehandling.

Når Højesteret lægger stor vægt på at gøre opmærksom på betingelsen vedrørende lægelig diagnosticering, så skyldes det, at landsretten i samme sag kom frem til, at der ikke var tale om et handicap, da denne betingelse ikke var opfyldt. Landsretten lagde til grund, at der ikke forelå oplysninger i lægeerklæringerne, der viste en diagnosticeret årsag til A's hovedpine, synsforstyrrelser og svimmelhed.

Højesteret lægger dermed til grund i sin dom, at landsretten agerer forkert, når denne gør brug af den lægelige diagnosticering som en afgørende betingelse for at opfylde handicapbegrebet. Højesteret skriver i sin dom, at EU-Domstolen ikke gør brug af betingelsen vedrørende lægelig diagnosticering i sin praksis, og at der skal gøres brug af sagens omstændigheder i stedet og dermed ikke være så stor fokus på den lægelige diagnosticering:

”Af Daouidi-dommen fremgår i øvrigt bl.a. i præmisserne (49-59), at direktivet ikke definerer hvornår en funktionsbegrænsning må anses for ”langvarig”, og at bedømmelsen heraf frem for alt er faktisk og dermed overladt til de nationale domstole. De nationale domstole skal ved bedømmelsen af, om funktionsbegrænsningen er langvarig, lægge »samtlige ... objektive beviselementer« til grund, herunder navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger.”⁵⁹

Heraf fremgår det med al tydelighed, at den lange varighed stadig må anses for værende en betingelse, der skal være opfyldt, førend man kan anses for værende handicappet i henhold til forskelsbehandlingsloven. Det fremgår yderligere af, at der ved vurderingen af den lange varighed

⁵⁹ U.2018.830H, s. 18, 1. spalte

bør gøres brug af objektive elementer, herunder medicinske og videnskabelige dokumenter og certifikater vedrørende den berørtes tilstand. Når Højesteret bemærker dette, hænger det højst sandsynlig sammen med det faktum, at retten nu har afvist, at den lægelige diagnosticering er en betingelse, hvorfor en sådan heller ikke alene kan lægges til grund ved bedømmelsen af funktionsnedsættelsens lange varighed, og hvorfra denne løber. Funktionsnedsættelsens varighed må derfor bedømmes ud fra andre dokumenter og certifikater, og denne indtræder dermed ikke først ved en lægelig diagnosticering af en sygdom og dermed funktionsbegrænsning.

Yderligere viser Daouidi-afgørelsen, at objektive og gerne medicinske dokumenter skal lægges til grund, hvorfor vurderingen af eventuelle symptomer stadig skal være lægeligt konstaterbare, der kræves blot ikke en lægelig diagnose af disse.

EU-Domstolen nævner dog heller ikke betingelsen om den lægelige diagnosticering i sin definition i første omgang i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen præmis 38. Men i afgørelsens opsummering i præmis 47 fremgår den lægelige diagnosticering, og betingelsen er heller ikke en del af den definition, der tidligere er fastsat i Navas-afgørelsen, præmis 43. Det må herefter også, som Højesteret i denne nyere dom gør, lægges til grund, at den lægelige diagnosticering ikke er afgørende og dermed ikke kan være den betingelse, der afgør alene, hvorvidt man kan statuere et handicap i forskelsbehandlingslovens og direktiv 2000/78/EF's forstand.

Denne tilstand fraviger heller ikke meget fra tidligere sager. Højesteret udtaler sig nemlig ikke om denne betingelse, men lægger blot til grund, at betingelsen er opfyldt i dommene. Ligeledes i U.2014.1223S, hvor den ene part lægger til grund, at der bør være en speciallægeerklæring for at opfylde denne betingelse om den lægelige diagnosticering, men hvor Sø- og Handelsretten end ikke kommenterer på dette og blot lægger til grund, at handicapbegrebet er opfyldt. Som det fremgår af denne dom, U.2018.830H, har Højesteret ikke i de andre ovennævnte afgørelser haft mulighed for at tage stilling til, hvorvidt der må kunne statures et handicap, såfremt der ikke forelå en lægelig diagnosticeret sygdom, idet der i disse sager forelå en lægelig diagnosticeret sygdom. Dette støtter også op om det faktum, at Højesteret altid har ment, at retstilstanden var denne, og Sø- og Handelsretten er umiddelbart af samme opfattelse.

Når Højesteret lægger til grund, at betingelsen vedrørende den lægelige diagnosticering ikke kan være afgørende for, hvorvidt den berørte kan anses for handicappet i forhold til forskelsbehandlingsloven og direktiv 2000/78/EF, må det antageligvis også kunne udledes, at Højesteret er af den opfattelse, at

det faktum, at en lægelig diagnose ikke er til stede, og alene symptomer i form af svimmelhed og træthed er til stede, ikke er afgørende for, om der kan statueres et handicap. S Det faktum at A i sagen ikke har fået en endelig diagnose, kan dermed ikke være eneste årsag til, at hun ikke anses for handicappet i forskelsbehandlingslovens og direktiv 2000/78/EF's forstand, og Højesteret er ikke afvisende over for, at svimmelhed kan være nok til at statuere et handicap.

Ydermere bemærkes det i højesterets afgørelse, at retstilstanden vedrørende, at sygdom ikke i sig selv kan anses for værende et handicap, som det første gang blev slået fast i Navas-afgørelse, stadig er gældende. Herved er det også relevant at se på betingelserne fastsat i den brugte definition, der første gang er anvendt i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, som det er gøres ovenfor.

7.2.2 U.2018.853H

Faktum

B får i 2007 konstateret, at hun er døv på det ene øre som følge af knuder inde i hovedet samt udenpå. Herefter følger diagnosen Neurofibromatose type 2 (NF2) i 2010.

B bliver den 24. september 2012 som følge af sygdommen opereret i hjernen. Efterfølgende oplever B massiv træthed.

B starter sidst i november 2012 på sit arbejde igen, dog kun to til tre timer om ugen. I januar 2013 bliver dette sat op, således, at B nu arbejder tre og en halv time tre dage ugentligt.

I februar 2013 får B en ny leder på sit arbejde, og den 1. maj 2013, får B forbud mod at arbejde hjemmefra.

Den 8. august 2013 er B til et møde med G, som er den nye leder. På mødet gør G opmærksom på, at der faktisk ikke er brug for B's stilling længere. Efterfølgende afholdes der møder mellem de to hver 14. dag med henblik på, at B skal tilbage på fuld tid.

B afslår en deltidsstilling, og A, der er hendes arbejdsgiver, afslår fleksjob og accepterer først en arbejdsprøvning i juli 2013.

Den 9. august 2013 bliver B atter fuldtidssygemeldt, og den 28. august 2013 bliver B opsagt pga. sit sygefravær. Efterfølgende har B fået et fleksjob.

Omdrejningspunktet i sagen bliver herefter, om B's massive træthedstilstand som følge af hjerneoperationen kan anses for værende et handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven samt direktiv 2000/78/EF, og hvorvidt opsigelsen af B skyldes denne tilstand.

Højesterets begrundelse og afgørelse

Højesteret lægger, som det også blev gjort i U.2018.830H, til grund, at den sygdom, der er årsag til funktionsbegrænsningen ikke nødvendigvis skal være lægeligt diagnosticeret. En lægelig diagnosticering er dermed ikke afgørende for samt en betingelse for, hvorvidt den berørte kan blive omfattet af handicapbegrebet. Det må i stedet bero på en vurdering af sagens omstændigheder, bl.a. lægelige oplysninger samt oplysninger fra andre sundhedspersoner, hvorvidt arbejdstageren på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling må anses for værende handicappet.

Højesteret lægger yderligere til grund, at der skal være tale om en funktionsbegrænsning af langvarig karakter, førend man kan anses for værende handicappet i henhold til forskelsbehandlingsloven og direktiv 2000/78/EF. I forhold til denne betingelse fremgår det af Højesterets dom, at betingelsen vedrørende lang varighed skal bedømmes i forhold til medicinske videnskabelige dokumenter samt certifikater om den berørtes tilstand

I forhold til denne sag stadfæster Højesteret dermed landsrettens afgørelse, hvorefter det statueres, at B's træthedstilstand er omfattet af handicapbegrebet i henhold til forskelsbehandlingsloven. Det lægges yderligere til grund, at A burde kende til handicapbegrebet, samt at A dermed ikke har opfyldt tilpasningsforanstaltningerne jf. forskelsbehandlingsloven § 2a i henhold til B, hvorfor opsigelsen af B er forskelsbehandling jf. forskelsbehandlingsloven § 2, stk. 1

Analyse af afgørelsen

Dommen statuerer, at massiv træthed kan anses for værende et handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven, når de øvrige betingelser herfor er opfyldt. Højesteret slår dermed endnu en gang fast i denne dom, at en lægelig diagnose ikke kan anses for værende afgørende for, hvorvidt den berørte må anses for værende handicappet.

B har i sagen fået en diagnose, såkaldt NF2. Sygdommen er dog ikke årsagen til den massive træthed. Trætheden skyldes en hjerneoperation som følge af sygdommen. NF2 kan dermed ikke lægges til

grund som værende årsagen til funktionsnedsættelsen, og der er dermed ikke sket en lægelig diagnosticering i forhold til træthedstilstanden.

Højesteret lægger, som i U.2018.830H, Daouidi-afgørelsen til grund i forhold, at der ikke kræves en lægelig diagnose, men objektive elementer.

Efter at Højesteret i sin dom har slået fast, at en lægelig diagnosticering ikke er afgørende, opsummeres der således:

”Det må således bero på en vurdering af samtlige sagens omstændigheder, herunder navnlig oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner, om arbejdstageren på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling må anses for handicappet i direktivets og dermed forskelsbehandlingslovens forstand.”⁶⁰

Der kan dog udledes mere af denne sætning, idet tidspunktet for den påståede forskelsbehandling i disse sager vil være opsigelsestidspunktet. Det fremgår dermed umiddelbart, at handicappet skal være til stede på opsigelsestidspunktet, og dermed også at betingelserne for at måtte anses for værende handicappet yderligere skal være opfyldt på tidspunktet for opsigelsen. Tidligere har dette ikke været nødvendigt, idet den lange varighed blot kunne være opfyldt ved en prognose som i U.2015.3301H. Spørgsmålet er herefter, om Højesteret med denne sætning mener, at retstilstanden fremadrettet skal ændres således, at denne betingelse ikke kan opfyldes med en prognose, eller der blot ikke er taget stilling hertil. Det kan ikke udledes med sikkerhed, idet det ikke skrives mere direkte, og retstilstanden på dette punkt må derfor anses for værende en anelse usikker.

Det kan ydermere bemærkes, at varigheden herefter må løbe fra det tidspunkt, hvor A bliver opereret den 24. september 2012, idet hun herefter oplever massiv træthed og dermed har en funktionsnedsættelse, og frem til hun bliver opsagt den 28. august 2013. Der går derfor lige knap et år, hvilket stemmer overens med tidligere afsagte domme.

Yderligere kan det lægges til grund, at de øvrige betingelser for, at den berørte, i sagen B, kan anses for værende handicappet i henhold til forskelsbehandlingsloven er opfyldt, idet der statueres et handicap. Disse betingelser fremgår i dommen som værende, at der skal være en funktionsnedsættelse af lang varighed, idet Højesteret bl.a. skriver således i sin dom:

⁶⁰ U.2018.853H, s. 16, 2. spalte

Højesteret skriver yderligere således i sin afgørelse:

”Det er efter EU-Domstolens praksis ikke en betingelse for, at der foreligger et handicap i direktivets forstand, at funktionsbegrænsningen skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret”⁶¹

Med denne udtalelse giver Højesteret ikke blot udtryk for, at en lægelig diagnosticering ikke er afgørende, men også at en funktionsbegrænsning er ganske afgørende. Herved er der også i sagen en funktionsbegrænsning, idet B har en træthedstilstand, der medfører, at hun har brug for hvile og dermed ikke kan arbejde på fuld tid. Dette ændrer dog ikke på retstilstanden, idet det allerede i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen blev slået fast, at nedsat tid kan være udtryk for en tilpasningsforanstaltning jf. direktiv 2000/78/EF og dermed forskelsbehandlingsloven.

8. DET UDVIDEDE HANDICAPBEGREB

Det er flere gange slået fast, at handicapbegrebet er dynamisk, og at EU-Domstolen med sin definition har et ønske om, at begrebet skal udvikle sig i takt med samfundet. Dette afsnit skal heraf forstås som en vurdering af, hvorvidt denne udvikling har medført en udvidelse eller ej.

Handicapbegrebet udviklede sig i stor grad med Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, hvor der kom en klar definition af handicapbegrebet, selvom denne dog var meget bred. I den forbindelse kunne man diskutere, om der var tale om en udvidelse eller en indskrænkning af begrebet. Den fastsatte definition kan anses som en udvidelse, idet begrebet som nævnt er meget bredt og i stor grad lægger op til yderligere fortolkning af de forskellige betingelser, som er en del af denne definition. Det kan dog også ses som en indskrænkning, idet der opstår nogle faste rammer med krav for begrebet. Men som Maja Clemmensen i en artikel skriver, så må definitionen i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen i denne sammenhæng ses som en udvidelse, idet det var her, at det blev slået fast, at også langvarig sygdom kan anses som værende handicap.⁶² Langvarigheden var ikke tidligere medtaget endeligt, men dette var blot en overvejelse, som det fremgår af Navas-afgørelsen, der er omtalt i afsnit 6.2.1. Hermed er det en udvidelse, når handicap ikke skal forstås som noget varigt, som måske ellers er den traditionelle opfattelse af begrebet udenfor forskelsbehandlingslovens område.

⁶¹ U.2018.853H, s. 16, 2. spalte

⁶² Clemmensen, Maja: ”EU-Domstolen udvider handicapbegrebet til at omfatte langvarigt syge”, KL, 25.06.13

Med de to nye højesteretsdomme, U.2018.830H og U.2018.853H, er der igen sket en markant udvikling med handicapbegrebet. Det fastlægges i disse to domme, at den lægelige diagnosticering af en sygdom ikke er afgørende for opfyldelsen af handicapbegrebet og herefter at statuere en forskelsbehandling. Den lægelige diagnosticering blev umiddelbart tidligere anset som en betingelse, der dog i højesteretssagerne var opfyldt, hvorfor det ikke tidligere har givet Højesteret anledning til at tage stilling hertil. Højesterets stillingtagen til, at den lægelige diagnosticering ikke er en betingelse medfører endnu engang en udvikling af begrebet, idet det åbner op for, at noget der ellers kunne anses for værende symptomer nu også kan defineres som et handicap bl.a. som det sker i U.2018.853H, hvor massiv træthed anses for værende et handicap.

Finn Schwarz og Maria Schmiegelow bemærker til U.2018.853H følgende:

*”Set i forhold til handicapbegrebets udvikling er det ikke overraskende, at også invaliderende træthed kan udgøre et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.”*⁶³

Heraf er det også indikeret, at handicapbegrebets udvikling hidtil er gået i en udvidende retning, hvilket det dermed også gør med de to nyeste højesteretsdomme på området. Det bør dog bemærkes, at såfremt denne udvikling forsætter, kan det i sidste ende blive en svær vurdering for retterne, idet der herefter ikke er helt klare linjer for, hvornår noget er et handicap, da der bliver færre betingelser og dermed holdepunkter for vurderingen. Herefter er det mindre klart, hvornår en sygdom eller et symptom og en dertilhørende funktionsnedsættelse kan anses for værende et handicap, og hvornår det ikke kan, idet den lægelige diagnosticering er noget objektivt bevisbart, som nu fjernes. Begrebet bliver derfor mere svævende, og hermed giver det også fremadrettet anledning til fortolkning for retterne, idet der nu skal til at ses på, hvad der så skal til. I U.2018.853 H lægges det til grund, at den massive træthed kan anses som værende et handicap, og dette må anses for svært at dokumentere, og det beror dermed meget på den berørtes udtalelser herom. Dette kan også fremadrettet give anledning til store vanskeligheder, idet meget dermed lægges i hænderne på den berørte selv.

⁶³ Schwarz og Schmiegelow: ”Træthed kan også være et handicap”, Horten, 25.08.16

9. KONKLUSION

Handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven kan til stadighed defineres således:

”..»handicap« forstås således, at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere.”⁶⁴

Dette er den definition, der er fastsat i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, og som Højesteret stadig læner sig opad. De ydre rammer for begrebet har dermed ikke ændret sig med de to højesteretsdomme, U.2018.830H og U.2018.853.H, uanset det flere gange er slået fast, at begrebet er dynamisk.

Da forskelsbehandlingsloven som nævnt har implementeret direktiv 2000/78/EF, er EU-Domstolens fortolkning af begrebet derfor også en vigtig del af forståelsen og definitionen af begrebet. EU-Domstolen har ønsket at fastlægge den overordnede definition af begrebet for at sikre en ensartet overordnet fortolkning i EU-nationerne, som det fremgår af Navas-afgørelsen. Herefter er det op til de nationale domstole at fortolke indholdet af definitionen, og denne del vil nok være mere dynamisk samt ændre sig i takt med samfundet, idet dette omhandler indholdet og ikke rammerne.

Igennem tiden er det slået fast, at der i ovenstående definition er nogle betingelser at finde. Herunder at der skal være en lægeligt diagnosticeret sygdom, der har medført en funktionsnedsættelse af lang varighed.

Det er også slået fast, at kompensationsbehovet ikke er afgørende for, om den berørte lider af et handicap. Først og fremmest må det vurderes, hvorvidt den berørte lider af et handicap, og først herefter skal det vurderes, om dette medfører tilpasningsforanstaltninger jf. forskelsbehandlingsloven § 2a, som ikke er uforholdsmæssigt bekostelige, og om arbejdsgiveren har opfyldt disse. I forhold til vurderingen af, om der er tale om et handicap, er det også uden betydning, om arbejdsgiveren ved, at en sygdom har ført til et handicap. Dette får først betydning ved vurderingen af tilpasningsforanstaltningerne. Først når arbejdsgiveren ikke har overholdt sine tilpasningsforanstaltninger i forhold til en handicappet, bliver der tale om forskelsbehandling jf. § 2.

⁶⁴ Ring/Skouboe Werge-afgørelsen, præmis 38

Det der dermed er undersøgt og forsøgt at få en dybdegående forståelse for i denne afhandling er handicapbegrebet og dermed kun første del af vurderingen.

De to nye højesteretsdomme, U.2018.830H samt U.2018.853H, ændrer begrebet, idet der gøres op med betingelsen vedrørende den lægelige diagnosticering. Retstilstanden er herefter, at en lægelig diagnosticering ikke er afgørende for, at der kan være tale om et handicap. Herved kan massiv træthed som følge af en operation, som det gøres i U.2018.853H, også statueres som værende et handicap, uanset der ikke er diagnosticeret en sygdom som årsag hertil. Denne udvidelse af begrebet åbner herefter op for større muligheder for den berørte i forhold til at kunne anses som handicappet i henhold til forskelsbehandlingsloven.

De to nye domme ændrer som udgangspunkt ikke ved de to andre betingelser, der er en del af den fastsatte definition i Ring/Skouboe Werge-afgørelsen. Retstilstanden er herefter den samme på dette område. Herefter skal der være en funktionsnedsættelse til stede som følge af sygdommen eller symptomet. Denne skal medføre, at den berørte ikke kan agere fuldt og effektivt på lige fod med andre på arbejdsmarkedet. Såfremt en funktionsnedsættelse ikke er til stede, vil det som udgangspunkt ikke være nødvendigt at kompensere den berørte for noget i form af tilpasningsforanstaltninger, og på denne vis, vil der heller ikke være grund til forskelsbehandling.

I forbindelse med at det er blevet slået fast, at den lægelige diagnosticering ikke længere kan anses som en betingelse, ændres der også ved betingelsen vedrørende, at funktionsnedsættelsen skal være af lang varighed. Den lange varighed kan dermed ikke længere løbe fra den lægelige diagnosticering af funktionsnedsættelsen, idet en sådan ikke altid vil være til stede. Den lange varighed må herefter løbe fra funktionsnedsættelsens start, og denne må vurderes ud fra andre objektive elementer som omtalt i U.2018.830H og U.2018.853H. Denne udtalelse ses første gang i Daouidi-afgørelsen, men Højesteret har med de to ny afgørelser slået fast, at disse objektive elementer dermed ikke behøver at være en lægelig diagnosticering. Udtalelsen viser også, at der stadig ønskes noget objektivt, og nyere afgørelser må herefter vise, hvad dette begreb omfatter. I U.2018.853H må betingelsen dog anses for værende opfyldt, idet der statueres et handicap. I sagen er træthedstilstanden dog påvist ved en lægeerklæring, hvori der diagnosticeres massiv træthed, og dette er dermed nok. Men om andre elementer også kan leve op til begrebet, må fremtiden vise.

Handicapbegrebet er dynamisk og ved dettes udvikling, har det hidtil gået i en udvidende retning. Der skal derfor i dag mindre til for at være omfattet af handicapbegrebet, end der har skullet tidligere.

Dette medfører, at arbejdsgivere i højere grad skal leve op til tilpasningsforanstaltninger for at undgå at forskelsbehandle. Der skal dermed i en retssag ikke lige så meget til at bevise et handicap, som der har skullet tidligere. Handicapbegrebet er således blevet mere flydende, hvilket kan medføre problemer i retspraksis som følge af manglende holdepunkter, og dermed kan det blive sværere at få dommene til at være afstemte, og retstilstanden på området kan blive usikker i en anden grad.

10. ABSTRACT

The subject of this master thesis is the first factor of two in the assessing of an employer's discrimination because of disability, in accordance to the Danish Act on Discrimination. This factor is whether the employee has a disability, and therefore it is necessary to know what a disability is and what the concept entails. That is as mentioned the focal point for this master thesis in accordance to the fact that the Danish Supreme Court has handed down two new judgements in the area, and whether they lead to a development of the concept of disability or not.

The other factor in the assessing of an employer's discrimination is whether the employer has acted in proportion to having an employee that needs some support to participate in the work life equally with others. When looking at these two factors, you can assess whether the employer has discriminated or not.

The study of the concept of disability is also based on the Directive 2000/78/EC, because it is incorporated in the Danish Act on Discrimination. Neither the Danish Act on Discrimination or the Directive 2000/78/EC lays down a definition of the concept. Therefore, sentences handed down by the European Court of Justice are also important for the understanding of the definition in accordance to the Danish Act on Discrimination.

In Joined Cases, C-335/11 and C-337/11, by the European Court of Justice, the court has laid down a definition of the concept of disability, that thereafter will form the framework for the judgements of the Supreme Court in Denmark. In this definition there are three conditions in order to be seen having a disability in order of the Danish Act on discrimination.

The conditions derived from the definition, laid down in Joined Cases, C-335/11 and C-337/11, by the European Court of Justice, have so far been to have a long-term functional handicap that is medically diagnosed. But with the two new judgements, handed down by the Danish Supreme Court, it is no longer necessary to have a medically diagnosis to have a disability according to the Danish Act on Discrimination. Therefore, the concept of disability has developed in the expanding direction, and it can be asked if it has expanded so much that it will be hard for the courts to assess whether there is a disability in the specific case or not.

11. LITTERATURLISTE

Artikler m.v.

Clemmensen, Maja: "EU-Domstolen udvider handicapbegrebet til at omfatte langvarigt syge", KL, 25.06.13, (<http://www.kl.dk/Vejledninger-og-varktojer/EU-Domstolen-udvider-handicapbegrebet-til-at-omfatte-langvarigt-syge-id133025/>)

Det Centrale Handicapråd: "Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir", 2001

Europa.eu: "EU ratificerer FN's konvention om handicappedes rettigheder", EU, (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-4_da.htm)

Europa.eu: "Forordninger, direktiver og andre retsakter", EU (https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_da)

Foss, Hansen-Nord: Spinalbedøvelse, Patienthåndbogen, 24.11.16, (<https://www.sundhed.dk/borger/patienthaandbogen/undersoegelser/kirurgi/bedoevelse-og-smerter/spinalbedoevelse/>)

Greisen, Linda Rudolph: "Handicapbegrebet i EU-domstolens praksis", Juristen, 2013

Mortensen og Skarum: "Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb", Ugeskrift for retsvæsen, 2010

Schwarz og Schmiegelow: "Træthed kan også være et handicap", Horten, 25.08.16 (<http://www.horten.dk/Nyhedsliste/2016/December/Julehilsen-fra-ansaettelsesret>)

Bøger

Andersen, Lars Svenning: "Funktionærret", Jurist- og Økonomforbundets forlag, 5. udgave

Frederiksen, Krarup: "Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer", Forlaget Thomson, 1. udgave

Greisen, Linda Rudolph: "Kort om forskelsbehandling", CA Forlag, 3. udgave

Riis og Trzaskowski: "Skriftlig jura – den juridiske fremstilling", Ex Tuto Publishing, 1. udgave

Schwarz og Hartmann: "Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven", Thomson Reuters, 1. udgave

Bemærkninger

2004/1 LSF 92 – Forlag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

Lovstof

Direktiv 2000/78/EF

FN's konvention om rettigheder for personer med handicap

LBK nr. 727 af 07/07/2009 - Lov om kompensation til handicappede i erhverv

LBK nr. 1342 af 21/11/2016 - Lov om aktiv beskæftigelsesindsats

LBK nr. 1001 af 24/08/2017 - Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.

Retspraksis

Dansk retspraksis

U.2013.2575H

U.2014.1223S

U.2015.3301H

U.2015.3827H

U.2018.830H

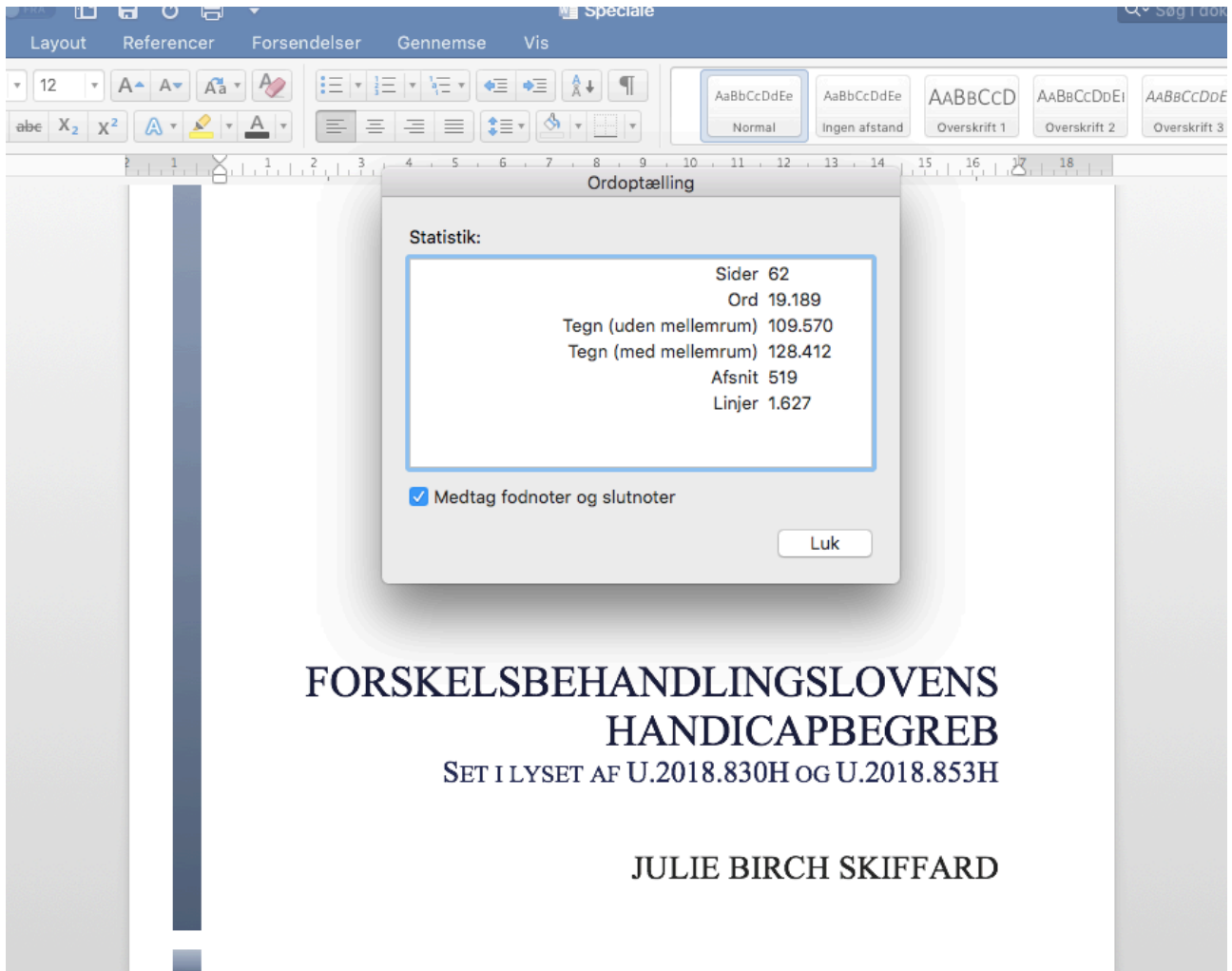
U.2018.853H

EU-Domstolens retspraksis

C-13/05 – Sonia Chacón Navas

C 2013-222 – De forenede sager C-335/11, Ring og C-337/11, Skouboe Werge

C-395/15 - Mohamed Daouidi



The image shows a Microsoft Word document with a word count dialog box open. The dialog box, titled "Ordoptælling", displays the following statistics:

Statistik:	
Sider	62
Ord	19.189
Tegn (uden mellemrum)	109.570
Tegn (med mellemrum)	128.412
Afsnit	519
Linjer	1.627

Below the statistics, there is a checked checkbox labeled "Medtag fodnoter og slutnoter" and a "Luk" button.

The background document is a cover page with the following text:

**FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS
HANDICAPBEGREB**
SET I LYSET AF U.2018.830H OG U.2018.853H

JULIE BIRCH SKIFFARD