



Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse jf. forskelsbehandlingslovens § 2A

THE EMPLOYERS OBLIGATION TO MAKE ADAPTATIONS
ACCORDING TO § 2A IN THE DANISH LAW OF DISCRIMINATION
CHARLOTTE CHRISTIANSEN

Vejleder: Bjørn Holtze

Aalborg Universitet, Erhvervsjura

10. semester

20. maj 2019

Indhold

1.Summary.....	3
2. Indledning.....	5
2.1 Problemformulering	6
3. Metode	6
3.1 Afgrænsning.....	7
3.2 Opbygning:	8
4. Handicapbegrebet	9
4.1 indledning:.....	9
4.1.1 Indirekte forskelsbehandling	9
4.1.2 Direkte forskelsbehandling.....	10
4.2 Handicapbegrebet jf. forarbejderne til forskelsbehandlingsloven.....	11
4.3 Handicapbegrebet ifølge retspraksis.....	12
C-13-2005 Chacón Navas.....	13
C-335/11 og C-337/11	15
U.2008.306 V	17
U.2013.2575H.....	18
4.4 Hvem er beskyttet af forskelsbehandlingsloven	19
U 2010.2610 V	20
J. nr. 2013-6810-44759.....	20
4.5 Arbejdsgivers kendskab til handicappet.....	21
U2015.3301H.....	22
4.6 Delkonklusion	23
5. Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse.....	24
5.1 indledning:.....	24
5.2 Forskelsbehandlingsloven og direktivets forklaring på tilpasningsforpligtelsen.....	25
5.3 Forarbejderne til forskelsbehandlingsloven syn på tilpasningsforpligtelsen	28
5.4 Tilpasningsforpligtelsen ifølge retspraksis	31
U.2016.2463H:.....	33
U2015.3827H.....	36
U2018.2912V	38
U.2017.782Ø.....	40
5.6 Arbejdsgivers kendskab til handicappet i forhold til tilpasningsforpligtelsen.....	42

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

5.7 Delkonklusion	43
6. Funktionærlovens § 5 stk.2:	44
6.1 Delkonklusion	47
7. Bevisbyrde og Godtgørelse.....	48
7.1 delkonklusion.....	50
8. Konklusion	50
9. Litteraturliste	55

1. Summary

The employers can hire who they want and as many as they want, but there are different rules that the employers must have in mind, for example rules about discrimination, the Danish law of discrimination is the main subject in this thesis. Directive 2000/78 was implemented by the European council in 2000, the directive was implemented to establish a general set of rules to make sure that employees would be treated equally. Since Denmark is a member of the European Union, the Danish parliament had to implement the directive in to the Danish laws, Denmark implemented the directive in 2004.

The implementation of the directive resulted in a change in the Danish law of discrimination, so it also became impossible to discriminate due to age and disability. The directive does not say how the disability term should be interpreted, therefor is was op to each member of the European Union to interpret the term. The Danish Law of discrimination contains no interpretations of the term, therefor is it necessary to analyse cases from the Danish Courts and the European Court of justice.

This thesis primarily focus is the employer's obligation to make adaptations according to §2a n the Danish law of discrimination, and especially which adaptations the employer is obligated to make. To determine which adaptations the employer must make, it is important to know the full meaning of the disability term. It already has been concluded that the neither the directive or the Danish law of discrimination describes the disability term, therefore disability term must by determined by using cases. Even though the Danish Law of discrimination doesn't describe how to interpret the disability term, it explains how discrimination can occur.

According to the Danish law of discrimination § 1 discrimination can occur as a direct discrimination or an indirect discrimination. A direct discrimination is almost always illegal, except for a few rules in the law of discrimination, on the other side indirect discrimination can be legal if the reason for doing so is objectively justified by an objective purpose and if it is done in an appropriate and necessary manner.

In the Chacón Navas case the European Court of Justice stated that sickness is not a part of the protection according to the directive, the sickness must cause a limitation that makes it impossible for the disabled person to participate in the labour market in the same way as other people who is not disabled. In the cases C-335/11 and C-337/11 it is stated that the limitation must be long termed, and

it is also stated that to be disabled, a person must suffer from a physical, mentally, intellectual or sensory disability. If an employee is disabled the employer is required to make adaptations, so that the disabled employee for example can keep the occupation, there are no list that describes which adaptations the employer is required to make. The Directive 2000/78 only states that the employer is required to make effective and practical adaptations, and the Danish law of discrimination states that the employer must make appropriate adaptations according to which disability the person is suffering from. The employer is not required to make adaptations if it will result in a disproportionate burden. Neither by the Danish law of discrimination or the Directive 2000/78 is the employer required to hire or keep a disabled person if the person is not competent for the job or if the person does not have the right qualifications.

To find out which adaptations the employer is required to make, it is necessary to analyse cases, and just like when the disability term was determined, the cases will from Denmark but there will also be cases from The European Court of Justice. When analysing the cases, it was revealed that the employer only is required to make adaptations if he knew about the disability or that he should have known about it. The employer is not required to make adaptations to a disability that he did not know existed.

2. Indledning

Arbejdsgiverne på det danske arbejdsmarked har i et vist omfang frie rammer til at ansætte hvem de vil, og i det antal som de ønsker, der findes dog en række forskellige regler som de skal overholde. Blandt disse findes reglerne vedrørende forskelsbehandling.

I 1996 blev loven om forskelsbehandling vedtaget, og den er siden blevet ændret således, at den i dag indeholder forbud mod forskelsbehandling pga. race, etnisk oprindelse, religion og tro, seksuel orientering alder og handicap. I 2004 medførte implementering af EU-direktivet om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, at der skete en ændring af loven, således at handicap og alder blev en del af lovgivningen¹. Definitionen af specielt handicap men også alderskriteriet var meget uklare og der er siden og bliver stadig i dag afsagt en del domme, hvor spørgsmålet er om der er tale om forskelsbehandling på grund af disse to kriterier.² Det er derfor interessant at gå i dybden med netop et af disse kriterier og specialets fokus vil derfor ligge på forskelsbehandling pga. handicap.

I en ansættelsessituation eller i et allerede eksisterende arbejdsforhold må arbejdsgiver ikke behandle en arbejdstager med handicap dårligere end en arbejdstager uden, dermed ikke sagt, at arbejdsgiver skal ansætte eller beholde en bestemt medarbejder, blot fordi at denne har et handicap,

Omdrejningspunktet for en del af de sager som tidligere er blevet afsagt og som der i dag stadig afsiges en del domme omkring, er hvorvidt der er tale om et handicap eller sygdom. Indholdet af selve handicapbegrebet er ikke udtømmende beskrevet i lovteksterne og det bidrager til, at der opstår tvivl når det skal vurderes om der er tale om sygdom eller handicap. De danske domstole har derfor stadig i dag, sager hvor det skal afgøres om en tilstand kan vurderes til at være et handicap, derudover afsiges der domme vedrørende tilpasningsforpligtelse som arbejdsgiver har i forhold til den handicappede medarbejder.

Ifølge forskelsbehandlingsloven har arbejdsgiver udover, at han ikke må tillægge handicappet vægt i forbindelse med ansættelse osv. også pligt til at fortage tilpasninger som gør det muligt for den handicappede, at få eller beholde stillingen.³ Uvisheden omkring både selve begrebet handicap men i særdeleshed arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse er utrolig spændende, og specialet vil derfor primært fokusere på arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse.

¹ Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, side 249

² Ruth Nielsen, Dansk arbejdsret, side 426

³ Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, side 270

2.1 Problemformulering

Ud fra ovenstående indledning ville dette speciales problemformulering således være:

Hvornår har arbejdsgiver opfyldt sin tilpasningsforpligtelse?

Årsagen til, at det er denne problemformulering som er valgt til specialet, er at det er interessant at prøve, at finde ud af hvor meget arbejdsgiver skal gøre for at det kan siges at tilpasningsforpligtelsen er opfyldt. Hverken i lovgivningen eller i litteraturen er det fastslået nøjagtigt hvad der gælder og hvorledes det skal fortolkes, derfor er det nødvendigt at undersøge hvad retspraksis på området siger omkring emnet.

3. Metode

Metoden som anvendes i dette speciale, er den retsdogmatiske metode. Ved brug af den retsdogmatiske metode vil gældende ret med hensyn til handicapbegrebet og arbejdsgivers

tilpasningsforpligtelse blive analyseret og beskrevet, der vil således ikke blive løst konkrete konflikter⁴.

Da lovteksten på dette område mange steder ikke er udtømmende, vil det være nødvendigt at inddrage retspraksis. Retspraksis fra de danske domstole vil blive anvendt såvel som retspraksis fra EU-domstolen som har været med til at besvare en række præjudicielle spørgsmål fra blandt andet de danske domstole. Udover retspraksis vil det primært være forskelsbehandlingsloven der analyseres og beskrives, men hvor dette måtte være relevant vil andre lovtekster ligeledes blive anvendt, så retstilstanden vedrørende både handicapbegrebet og arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse beskrives bedst muligt. Juridisk litteratur vil ligeledes blive anvendt hvor dette måtte være relevant.

Formålet med specialet er at undersøge, hvor meget arbejdsgiver skal tilpasse sig, for at han overholder tilpasningsforpligtelsen i forskelsbehandlingslovens kapitel 2 § 2a, dette er ikke et emne som er beskrevet udtømmende i loven eller direktivet som medførte lovændringen i Danmark, derfor vil det retspraksis være en stor del af det materiale som vil blive benyttet i dette speciale.

3.1 Afgrænsning

Da emnet for dette speciale som nævnt er arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse og derved en del af forbuddet mod forskelsbehandling pga. handicap, er dette kriterie det eneste som vil blive behandlet i specialet. Diskrimination pga. race, etnisk oprindelse, religion og tro, seksuel orientering eller vil ikke blive belyst nærmere, under beskrivelsen af direkte og indirekte forskelsbehandling vil de andre kriterier dog kort blive nævnt.

Det materiale der vil blive brugt, vil bestå primært af retspraksis, i form af afgørelser fra domstolene. Her vil der være fokus på afgørelser som omhandler medarbejderens behov for nedsat tid, enten i form af færre timer eller flere pauser i løbet af dagen, for at få en bedre forståelse af selve tilpasningsforpligtelsen vil der dog også forekomme domme hvor fokus ikke er på nedsat tid, men mere tilpasningsforpligtelsen generelt.

Udover retspraksis vil lovgivningen i form af forskelsbehandlingsloven ligeledes benyttes, litteratur fra bøger og websider vil også blive brugt hvor det måtte være relevant. Formålet med dette speciale er at prøve og klarlægge hvor meget arbejdsgiver skal gøre for at opfylde tilpasningsforpligtelsen, der vil derfor blive arbejdet med afgørelser som kan være med til, give en afklaring på dette spørgsmål.

⁴ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, side 204

Der vil som noget af det første i dette speciale komme et afsnit, som vil klarlægge selve handicapbegrebet, forpligtelsen til at foretage tilpasninger kan først opstå, når det er fastslået at der er tale om et handicap, så forståelsen af hvad et handicap er, er meget vigtig for at kunne arbejde videre og komme i dybden med tilpasningsforpligtelsen. For at kunne klarlægge definitionen af handicapbegrebet vil både juridisk litteratur og retspraksis blive anvendt.

3.2 Opbygning:

Specialet kommer til at bestå af forskellige afsnit som hver behandler forskellige problemstillinger. Det første afsnit er det ovenstående, som giver en introduktion til emnet og som fokuserer på hvad specialet kommer til at omhandle. Det efterfølgende afsnit er metodeafsnittet, hvor det bliver præciseret hvilken metode, der bliver brugt for at kunne svare på problemformuleringen. Dernæst vil der komme et afsnit som vil omhandle handicapbegrebet generelt jf. forskelsbehandlingslovens § 1 og sondringen mellem sygdom og handicap.

Der vil herefter blive fokuseret på tilpasningsforpligtelsen og i forskellige afsnit vil retspraksis primært fra de danske domstole blive analyseret og fortolket, samtidigt med at det også vil blive undersøgt hvad litteraturen siger om tilpasningsforpligtelsen alt sammen for at finde ud af hvor meget arbejdsgiver skal gøre for, at den handicappede forsat kan eller har mulighed for at blive en del af arbejdspladsen og derved have opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

Direktiv 2000/78 og forskelsbehandlingsloven vil også fylde en del i de fleste afsnit, da reglerne om beskyttelsen mod handicap og tilpasningsforpligtelsen finders heri. Til sidst inden problemformuleringen vil blive besvaret, vil der komme en gennemgang af funktionærlovens § 5 stk. 2 dette gøres for at se om 120 dages reglen skaber en ekstra beskyttelse af de handicappede i forhold til ikke handicappede, og om tilpasningsforpligtelsen har nogen betydning for bestemmelsen i funktionærloven og derudover en gennemgang af hvad konsekvensen er for arbejdsgiver i de tilfælde, hvor tilpasningsforpligtelsen ikke er opfyldt.

Specialet afsluttes herefter med en konklusion som vil samle alle de forskellige afsnit og give et svar på problemformuleringen for dette speciale.

4. Handicapbegrebet

4.1 indledning:

Inden det bliver undersøgt hvornår arbejdsgiver har opfyldt tilpasningsforpligtelsen, vil selve handicapbegrebet beskrives, først når det er fastslået at der rent faktisk er tale om et handicap, opstår tilpasningsforpligtelsen.

Implementering af beskæftigelsesdirektivet medførte som sagt en ændring i forskelsbehandlingsloven således at også handicappede var beskyttet. Direktivet blev i sin tid vedtaget, med hjemmel i EUF art. 19(tidl. art. 13), som tillader at der iværksættes tiltag som kan være med til at forhindre forskelsbehandling grundet handicap. Samtidigt præciseres det, at tiltagene ikke skal være medvirkende til, at der ansættes personer som ikke har de rigtige kvalifikationer, som måtte kræves for at kunne besidde den pågældende stilling. Hvilket vil sige at EU-retten ikke forpligter til positiv særbehandling af handicappede.⁵ Selve direktivet giver dog ikke nogen definition på begrebet. Derfor er det nødvendigt at finde forklaring på begrebet andetsteds. Forarbejderne til loven samt retspraksis kan derfor med til at fastlægge begrebet.

I forskelsbehandlingslovens (fremover FBL) første kapitel klarlægges lovens anvendelsesområde, jf. § 1 er det forbudt at forskelsbehandle pga. hudfarve, religion eller tro, seksuel orientering, national, social eller etnisk oprindelse, handicap, alder eller politisk anskuelse og dette gælder uanset om forskelsbehandlingen er indirekte eller direkte.

Ud fra § 1 er der altså to forskellige måder hvorpå forskelsbehandlingen kan optræde, direkte eller indirekte. Forskellen mellem disse to måder defineres også i kapitel 1.

4.1.1 Indirekte forskelsbehandling

FBL §1 stk. 3 beskriver den indirekte forskelsbehandling og den har følgende ordlyd:

“ 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

⁵ Finn Schwartz og Jens Jakob Hartmann, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven, side 260

bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige, jf. dog § 2 a⁶.''

Som det ses i § 1 stk. 3 kan indirekte forskelsbehandling i nogle tilfælde accepteres, hvis forskelsbehandlingen objektivt kan begrundes med et sagligt formål og hvis det gøres på en hensigtsmæssig og nødvendig måde. For at indirekte forskelsbehandling kan accepteres skal saglighedsprincippet og proportionalitetsprincippet overholdes.⁷

4.1.2 Direkte forskelsbehandling

Direkte forskelsbehandling behandles i § 1 stk. 2 og har følgende ordlyd:

''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 situation⁸''.

Direkte forskelsbehandling sker jf. § 1 stk. 2 når en person som hører under en af de nævnte beskyttelseskriterier behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Samtidigt kan det udledes af bestemmelsen at der ikke er noget krav om et konkret sammenligningsgrundlag.⁹ Modsat indirekte forskelsbehandling er det meget sjældent, at direkte forskelsbehandling accepteres. I lovgivningen findes der dog forskellige undtagelsesmuligheder, hvor direkte forskelsbehandling tillades, det er således kun ved brug af disse undtagelser at direkte forskelsbehandling er tilladt.¹⁰

De bestemmelser som gør direkte forskelsbehandling lovligt er:

§5a stk. 3,4, 5 og 6, denne bestemmelser tillader forskelsbehandling med hensyn til alder i en række forskellige situationer. § 6 stk. 1 og 2 i forskelsbehandlingsloven tillader forskelsbehandling på grund af politisk anskuelse for de arbejdsgivere hvis virksomheds formål f.eks. er at fremme et

⁶ Forskelsbehandlingslovens § 1 stk. 3

⁷ Yvonne Frederiksen og Mads Krarup, Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer, siden 35

⁸ Forskelsbehandlingslovens § 1 stk. 2

⁹ Yvonne Frederiksen og Mads Krarup, Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer, siden 34

¹⁰ Yvonne Frederiksen og Mads Krarup, Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer, siden 34

bestemt politisk eller religiøst standpunkt. § 6 a tillader fastsættelse af aldersgrænser for adgang til pensions- og invaliditetsydelse. § 9 stk. 2 og 3 siger at loven ikke er til hinder for, at der iværksættes foranstaltninger som kan være med til at forbedre eller fremme beskæftigelsesmulighederne for personer under beskyttelseskriterierne i forskelsbehandlingsloven.

Jf. FBL §§ 4 og 5 kan forskelsbehandlingen af personer også udtrykkes som hhv. chikane og som en instruktion om forskelsbehandling, disse to former er selvfølgelig forbudte på samme måde som indirekte og direkte forskelsbehandling.

4.2 Handicapbegrebet jf. forarbejderne til forskelsbehandlingsloven

Der er dele af forarbejderne til FBL der kan være med til at definere handicapbegrebet. Først og fremmest så nævner forarbejderne den manglende definition af begrebet i selve beskæftigelsesdirektivet, derfor er det jf. forarbejderne op til medlemslandene at definere begrebet, dog er det i sidste ende EU- domstolens opgave at definere hvordan begrebet skal fortolkes¹¹. Jf. forarbejderne arbejdes der i praksis med en fortolkning af begrebet jf. Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir s. 2 fra det Centrale Handicapråd i 2001 som beskriver et handicap som et fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, denne funktionsnedsættelse skal medføre et behov for kompensation, så den pågældende kan fungere på samme måde som andre personer i en lignende situation.

Kompensationsbehovet uddybes ikke nærmere i forarbejderne. Folketingsbeslutning B 43 fra 1999 om *ligestilling og ligebehandling af handicappede med andre borgere*¹² er også et udtryk for den forståelse af handicapbegrebet som forarbejderne lægger op til. I folketingsbeslutningen kan det læses, at Folketinget henstiller både offentlige og private virksomheder til, at behandle handicappede på lige fod med andre. Der henstilles ligeledes til, at virksomhederne skaber hensigtsmæssige løsninger i forhold til den handicappedes behov¹² Forarbejderne henviser herefter til FN's standardregler om Lige Muligheder for Handicappede punkt 17 og 18, da disse principper deler opfattelsen af ligebehandling af handicappede. Punkt 17 lyder således:

''Betegnelsen »funktionsnedsættelse« dækker et stort antal forskellige funktionsmæssige begrænsninger, der forekommer i alle befolkningsgrupper i samtlige lande i verden. Mennesker kan

¹¹ Bemærkninger til lovforslag *''Lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.''* punkt 4.1

¹² Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann – Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven s. 262.

have funktionsnedsættelse på grund af en fysisk, intellektuel eller sansemæssig funktionshæmning, en medicinsk betinget tilstand eller en sindslidelse. Sådanne funktionshæmninger, tilstande eller sygdomme kan være af permanent eller forbigående art.¹³

Punkt 18 lyder således:

” Betegnelsen »handicap« betyder tab eller begrænsning af mulighederne for at deltage i samfundslivet på lige fod med andre. Den beskriver relationen mellem et menneske med funktionsnedsættelse og dets omgivelser. Formålet med denne betegnelse er at sætte fokus på mangler ved omgivelserne og mange af de i samfundet iværksatte aktiviteter, som for eksempel information, kommunikation og uddannelse, der forhindrer mennesker med funktionsnedsættelse i at deltage på lige vilkår med andre¹⁴”

Ifølge forarbejderne skal handicapbegrebet bestemmes ud fra forskellige punkter. Der skal være tale om en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, hvordan denne funktionsnedsættelse er opstået, har ingen betydning for hvorvidt handicappet er beskyttet eller ej. Jf. FN's standardregler blev det defineret at der skulle være tale om en permanent eller midlertidig lidelse. Er der tale om en kortvarig funktionsnedsættelse, skal personen være påvirket på en sådan måde, at det påvirker personens evne til at udføre sit arbejde. Derudover skal der ifølge forarbejderne opstå et behov for kompensation som følge af handicappet, så personen kan deltage i arbejdet på samme måde, som andre ansatte, et af de vigtigste kriterier i vurderingen, er at personen kan deltage og fungere på samme måde som andre personer.¹⁵ Jf. forarbejderne er det op til domstolene at vurdere om folk som har deformiteter eller er vansiret, skal være en del af beskyttelsen mod forskelsbehandling af handicappede.

4.3 Handicapbegrebet ifølge retspraksis

Som det tidligere er beskrevet i dette speciale, er der hverken i beskæftigelsesdirektivet eller i den danske forskelsbehandlingslov en klar definition på handicapbegrebet, derfor er det nødvendigt at inddrage retspraksis på området. Nedenfor vil der komme analyser af forskellige domme afsagt af de danske domstole men også fra EU-domstolen. Dommene afsagt af specielt af EU-domstolen er alle domme som har været med til at klarlægge handicapbegrebet. Dommene fra de danske

¹³ FN's standardregler om Lige Muligheder for Handicappede punkt 17

¹⁴ FN's standardregler om Lige Muligheder for Handicappede punkt 18

¹⁵ Finn Schwartz og Jens Jakob Hartmann, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven, side 263-264

domstole, viser både den lidt snævre tilgang der var til handicapbegrebet før EU-domstolen afgørelse i sagerne c-335/11 og c-337/11 gjorde, at handicapbegrebet skulle fortolkes bredere end hidtil, men der analyseres også dansk afgørelse som følger den bredere fortolkning. Derudover analyseres der på domme som er med at til at klarlægge hvem der er beskyttet af forskelsbehandlingslovens samt om det har nogen betydning om arbejdsgiver havde kendskab til handicappet eller ej.

C-13-2005 Chacón Navas

I Chacón Navas dommen (c-13/2005) går Sonia Chacón Navas på en lægeordineret sygeorlov i efteråret 2003, og det forventes ikke at, hun kan raskmeldes inden for kort tid. I foråret 2004 opsiges hun, uden nærmere begrundelse. Hendes arbejdsgiver anerkender at opsigelsen er uberettiget og de tilbyder hende godtgørelse. I sommeren 2004, lægger Sonia Chacón Navas sag an, med påstand om genindsættelse i hendes tidligere stilling.

Hun mener virksomheden har forskelsbehandlet hende pga. af hendes sygemelding på 8 måneder og tilsidesat lighedsprincippet. Da der ikke er noget som kan modbevise, disse påstande, følger det er af den omvendte bevisbyrde, at Sonia Chacón Navas skal ses som opsagt grundet hendes sygeorlov. Ifølge spansk retspraksis vil en opsigelse som denne ikke blive erklæret ugyldig men uberettiget, da sygdom ikke er beskyttet mod forskelsbehandling, domstolen i Madrid vælger at udsætte sagen og først stille EU-domstolen en række præjudicielle spørgsmål.

Domstolen i Madrid ønsker besvaret hvorvidt sygdom er omfattet af beskyttelsen i direktiv 2000/78 og hvis dette besvares benægtende, ønsker de svar på om sygdom kan ses som en personlig omstændighed, som gør at den er omfattet af beskyttelsen i direktiv 2000/78. I præmis 44 svarer EU-domstolen på det første spørgsmål, altså hvorvidt sygdom er en del af beskyttelsen, og det ses tydeligt, at aldrig har været intentionen at sygdom skulle være en del af forbuddet mod forskelsbehandling. Præmis 44 har følgende ordlyd:

'' Lovgiver har dog, ved anvendelsen af begrebet »handicap« i direktivets artikel 1, bevidst valgt et udtryk, der adskiller sig fra »sygdom«. En umiddelbar sidestilling af de to begreber er derfor udelukket¹⁶ ''

¹⁶ C-13/05 præmis 44

En sidestilling af de to begreber ville betyde, at sygdom også skulle være et af beskyttelseskriterierne i forskelsbehandlingsloven, hvilket aldrig har været intentionen med direktiv 2000/78.

Det andet spørgsmål besvares også benægtende, her fastslår EU-domstolen endnu en gang, at sygdom alene ikke kan sidestilles med handicap.

I Chacón Navas dommen fastslår EU-domstolen i præmis 39, at der ikke noget sted i direktivet er givet en klar definition af begrebet handicap og der henvises heller ikke til medlemslandenes ret. Selvom der ikke er givet nogen klar definition af begrebet, følger det både af kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten og lighedsprincippet, at hvis der ikke henvises til medlemslandenes ret til at fastlægge et begreb, skal dette begreb normalt defineres ud fra en selvstændig og ensartet fortolkning i hele EU, og der skal tages højde for bestemmelsens kontekst og formål jf. præmis 40. Formålet med bestemmelsen kan findes i beskæftigelsesdirektivets artikel 1, og formålet er at fastsætte et sæt regler som kan være med til, at bekæmpe forskelsbehandling på arbejdsmarkedet pga. af de nævnte kriterier, heriblandt handicap. EU-domstolen kommer med en forklaring på hvorledes handicapbegrebet skal forstås, i præmis 43 står der følgende:

“Direktiv 2000/78 tilsigter at bekæmpe visse former for forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. 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 erhvervslivet¹⁷”

Ud fra præmis 43 ses det tydeligt, at sygdom i sig selv ikke er en del af beskyttelsen, da der først er tale om et handicap, når der grundet sygdommen opstår en begrænsning, som gør det sværere for den handicappede, at deltage i arbejdsmarkedet på lige fod med andre.

Udover at der skal opstå begrænsninger som følge af sygdommen, før der kan være tale om et handicap, skal sygdommen og den her af følgende begrænsning jf. c-13/05 præmis 45, også være af langvarig karakter. Præmis 45 lyder som følgende:

“Det anføres i betragtning 16 til direktiv 2000/78, at »[i]værksættelse af foranstaltninger, der tager hensyn til behovene hos personer med handicap på arbejdspladsen, spiller en vigtig rolle i bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af handicap«. Den betydning, som

¹⁷ Chacón Navas (c-13/05) præmis 43

fællesskabslovgiver tillægger foranstaltningerne med henblik på at tilpasse arbejdspladsen afhængig af handicappet, viser, at lovgiver har tænkt på situationer, hvor vedkommende er forhindret i at deltage i erhvervslivet i en lang periode. For at begrænsningen er omfattet af begrebet »handicap«, skal det derfor være sandsynligt, at den er af lang varighed¹⁸''

Chacón Navas dommen afgjorde, at sygdom ikke i sig selv er beskyttet af FBL, og den var samtidig med til at klarlægge selve begrebet.

Der er dog også andre sager, som har været meget afgørende i forhold til at definere handicapbegrebet. Sagerne C-335/11 og 337/11 er også vigtige i denne sammenhæng. C-335/11 og C-337/ (Ring og Werge) handler om to forskellige kvinder, som er ansat to forskellige steder, de har dog det tilfælles, at de begge er blevet afskediget efter længere tids sygdom.

[C-335/11 og C-337/11](#)

Jette Ring (Ring) er i perioden 6.juni 2005- 24. november 2005 fraværende i flere omgange, grundet lænderygmerter som ikke kan behandles, hun afskediges den 24. november 2005.

Lone Skouboe Werge (Werge) er ude for et trafikuheld 19. december 2003 og påfører sig et piskesmæld, hvorefter hun sygemeldes i tre uger, efter disse har hun kun få fraværsdage indtil efteråret 2004. Den 4. november 2004 bliver hun deltidssygemeldt og arbejder i perioden frem til 10. januar 2005 kun 4 timer om ugen, hvorefter hun bliver sygemeldt på fuldtid. I februar 2005 kan der stadig ikke siges noget om varigheden af hendes sygdom og 21. april 2005 afskediges hun.

HK har på vegne af Ring og Werge anlagt sag ved Sø og handelsretten, da de mener at begge kvinder er blevet opsagt som følge af et handicap og de derfor har ret til godtgørelse, da deres arbejdsgivere var forpligtet til at give dem nedsat arbejdstid som følge af tilpasningsforpligtelsen. Arbejdsgiverne mener dog ikke, at de har handlet i strid med forskelsbehandlingsloven, de mener ikke at kvindernes funktionsnedsættelse er beskyttet efter lovgivningen, da den eneste begrænsning de oplever er, ikke at kunne arbejde fuldtid. Sø og Handelsretten vælger at udsætte sagen, så de kan stille nogle præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen.

Sø og handelsretten stiller en række spørgsmål til EU-domstolen som blandt andet er med til at klarlægge handicapbegrebet. Ud fra de første to spørgsmål ønsker Sø og Handelsretten at finde ud af om personer med fysiske, mentale eller psykiske problemer, som ikke er i stand til at udføre

¹⁸ C-13/05 præmis 45

deres arbejde fuldt ud, er beskyttet af handicapkriteriet. Derudover ønskes det belyst hvorvidt en lægelig diagnosticeret sygdom er beskyttet uanset om den er uhelbredelig eller forbigående. Sø og Handelsretten vil også gerne have svar på om en varig funktionsnedsættelse som kun giver behov for nedsat tid, hører under handicapbegrebet.

I deres besvarelse af de første spørgsmål, starter EU-domstolen med at henvise til formålet med handicapkriteriet i direktiv 2000/78, og det er som skrevet tidligere at skabe en række regler som skal være med at bekæmpe forskelsbehandling af personer med handicap. EU-domstolen henviser også til den tidligere omtalte dom Chacón Navas, som fastslog at handicapbegrebet skal beskrives som en begrænsning som gør det sværere for den handicappede at deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre, hvis denne begrænsning skyldes fysiske, mentale eller psykiske problemer. EU-domstolen henviser i deres afgørelse også til FN-konventionen, som er blevet ratificeret af EU efter afsigelsen af Chacón Navas, de siger f.eks. i præmis 37 at begrebet handicap skulle fortolkes ved hjælp af FN' handicap konvention så vidt muligt. Konventionens artikel 1 beskriver handicappede på følgende måde:

“ 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 andre¹⁹ ”

På baggrund af hvad der står i artikel 1 i FN-konventionen, er der tale om handicap, når der lægeligt kan diagnosticeres en helbredelig eller uhelbredelig sygdom, sygdommen skal medføre en begrænsning. Denne begrænsning skal sammen med andre faktorer være skyld i, at den handicappede ikke kan deltage på arbejdsmarkedet på samme måde som andre arbejdstagere. Derudover skal begrænsningen samtidigt være af langvarig karakter. Der er dog ikke fastsat nogen grænse som afgør om varigheden. Prognosen for hvilken betydning en given tilstand vil have for arbejdstageren fremadrettet, kan være med til at vurdere om det er et handicap, hvis tilstanden ikke har haft et længere forløb op til vurderingen af handicapet.²⁰

EU-domstolen fastslår igen, at der er tale om et handicap så længe der opstår begrænsninger som følge af en lægeligt diagnosticeret funktionsnedsættelse uanset om den er helbredelig eller ej, funktionsnedsættelsen skal være er langvarig, selve tidsperioden nævnes ikke i dommen. EU-domstolen fastslår også, at en sygdom som kun hindrer den ansatte i at arbejde fuldtid, også er

¹⁹ FN's Handicap konvention artikel 1

²⁰ Jens Kristiansen, Grundlæggende arbejdsret, side 269

beskyttet af handicapbegrebet, hvilket ses i præmis 44 med følgende sætning, *''Helbredstilstanden for en handicappet person, som er i stand til at arbejde, om end kun på deltid, kan derfor henhøre under begrebet »handicap''*

Ud fra det tidligere afsnit omkring forarbejderne forklaring på handicapbegrebet, kunne det konstateres, at forarbejderne definerer handicapbegrebet på en snæver måde, jf. forarbejderne skulle behovet for compensation være en del af bedømmelse af om der forelå et handicap eller ej. Den snævre definition, gjorde at de danske domstole i den første tid også bedømte mange sager samme måde, men med EU-domstolens afgørelse i ovenstående sager, kunne det konstateres at handicapbegrebet skulle fortolkes mere bredt og at behovet for compensation ikke skulle være en del af vurderingen af, om tilstanden kunne defineres som et handicap

U.2008.306 V

Den snævre fortolkning af handicapbegrebet, som der var i begyndelsen kan blandt andet ses i U 2008. 306 V. I denne sag afskediges en medarbejder (A) i 2005 sammen med 3 andre ansatte grundet økonomiske nedskæringer. A som led af sklerose, gør ikke sin arbejdsgiver opmærksom på dette ved ansættelsen i 2003, men meddeler arbejdsgiver om sygdommen i 2004. Fra 1. juli 2004 bevilges hun flexjob og hendes arbejdstid nedsættes til 25 timer om ugen, hendes arbejdsgiver vælger dog til sidst at afskedige hende.

A mener blandt andet at afskedigelsen overskrider forbuddet mod forskelsbehandling pga. handicap. Handicappet i denne sag består i, at A har daglige føleforstyrrelser samt besvær med at koncentrere sig og besvær med hukommelsen og så er der symptomer som er forenelige med MS-fatigue. MS-fatigue beskrives i dommen som et væsentligt og dagligt problem, som ikke kan sammenlignes med almindelig træthed, men nærmere som en hurtig udtrætning stigende til udmattelse, derudover er der opstået et øget søvnbehov.

Symptomerne på MS-fatigue, var ifølge dommen en væsentlig faktor, da medarbejderen ansøgte om at arbejde på nedsat tid. Landsretten frifinder arbejdsgiveren, de mener ikke at forskelsbehandlingslovens regler er overtrådt i denne situation.

Landsretten udtaler blandt andet, at medarbejderens primære gene er den særlige træthed, som opstår pga. af sklerosen, og de anerkender at sygdommen særligt pga. af den særlige træthed men også de andre gener medarbejderen oplever, at disse har medført en funktionsnedsættelse, men at

den funktionsnedsættelse ikke kan ses som et handicap i henhold til forskelsbehandlingsloven, da den kun har medført et behov for en nedsættelse af tiden.

Jf. EU-domstolens afgørelse i sagerne c-335/11 og c-337/11 skulle handicapbegrebet dog defineres mere bredt, derudover slog EU-domstolen samtidigt fast at behovet for compensation ikke skal medtages i vurderingen af om der er tale om et handicap eller ej, hvilket blandt andet kan ses i U 2013.2575 H.

[U.2013.2575H](#)

Sagen her handlede om hvorvidt en medarbejder som lider af ADHD er beskyttet efter forskelsbehandlingsloven. A bliver ansat som advokatsekretær ved B med første arbejdsdag 5. maj 2008, hun bortvises dog 4 dage senere, med den begrundelse at hun ikke har oplyst om sit handicap. A anlægger sag, da hun mener hun bortvisningen er i strid med forskelsbehandlingsloven. Ud fra sagen er der to spørgsmål, det første om A's sygdom ADHD hører under handicapbegrebet, det andet spørgsmål er hvorvidt A har haft oplysningspligt, dette spørgsmål behandles senere i specialet.

Sø og Handelsretten samt Højesteret kom begge i dette tilfælde frem til, at medarbejderen led af ADHD i sådan en grad, at tilstanden kunne anses som et handicap, domstolene tillægger ikke her behovet for compensation nogen betydning og medarbejderen tildelte derfor en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. U2013.2575 er et godt eksempel på den bredere tilgang til handicapbegrebet, som jf. tidligere også gælder psykiske sygdomme. En arbejdsgiver som vil afskedige en syg medarbejder, skal derfor være opmærksom på om medarbejderens sygdom kan være et handicap, da der i sådanne tilfælde vil være en ekstra forpligtelse for arbejdsgiveren i forhold til tilpasningsforpligtelsen, som vil blive beskrevet i et senere afsnit af specialet.

I den første dom, som var afsagt før c-335/11 og c-337/11 fik A ikke medhold i at hendes sklerose var beskyttet af FBL, på trods af at hendes sygdom gjorde det sværere for hende at deltage på lige fod med andre, og at tilstanden må siges at være langvarig, domstolene mente ikke at A var beskyttet, når det eneste hun havde behov for var en reduktion af arbejdstiden, hvorimod medarbejderen med ADHD får medhold i den sidste dom.

Forskellen mellem de to, er at de afsagt hhv. før og efter afgørelsen af C-335/11 og c-337/11, og en situation som den første, ville i dag højst sandsynligt få et andet resultat. I sag U.2008.306.V tager Landsretten A's behov for compensation med i deres overvejelser, det blev senere af EU-domstolen

i c-335/11 og c-337/11 slået fast, kompensationsbehovet ikke skal tages med i bedømmelse af om der er tale om et handicap eller ej.

4.4 Hvem er beskyttet af forskelsbehandlingsloven

Beskyttelsen mod diskrimination pga. handicap, gælder ikke kun hvis der er tale om at det er medarbejderen selv som er handicappet. EU-domstolen har i sag C-303/06 fastslået, at ansatte hvis børn er handicappet, også er beskyttet efter FBL § 1. I denne sag gjorde en advokatsekretær gældende, at hun var blevet stiltiende opsagt, og at hun var blevet behandlet ringere end andre ansatte alene af den grund, at hun ydede hovedparten af plejen som, var nødvendig for hendes handicappede søn.

Sagen blev rejst ved Employment Tribunal, London South, som mente at sagen lå op til nogle spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 2000/78 og de stillede derfor 4 præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen. De første 3 spørgsmål der stilles til EU-domstolen, handlede om hvorvidt forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap i direktiv 2000/78 kun gælder for personer der selv er handicappet eller om det også måtte gælde hvis ansatte behandles ringere på grund af deres tilknytning til en handicappet person.

For at besvare spørgsmålene, opremsede EU-domstolen i præmis 34, 35, 36 og 37 formålet med forbuddet mod forskelsbehandling i direktivet samt hvornår der er tale om forskelsbehandling. EU-domstolen siger blandt andet, at formålet er at fastlægge nogle generelle regler som kan være med til, at bekæmpe forskelsbehandling, hvilket betyder at ingen må udsættes for direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af nogle af de anførte kriterier, herunder handicap. Som anført i direktivet foreligger der forskelsbehandling når en person behandles ringere end andre ville blive i samme situation, og reglerne finder anvendelse på alle ansatte både i denne offentlige sektor og i den private.

I præmis 38 fastslog EU-domstolen at bestemmelserne i direktivet således ikke kun er til for at beskytte den handicappede selv, men at bestemmelserne har til formål, at bekæmpe alle former for forskelsbehandling pga. handicap på arbejdsmarkedet. I præmis 56 afgjorde EU-domstolen, at hvis en medarbejder som ikke selv er handicappet, men som yder hovedparten af den pleje som en handicappet med nær tilknytning har brug, behandles ringere end en anden medarbejder ville blive behandlet i samme situation og hvis det kan bevises at den ringere behandling skyldes medarbejderens handicappede i dette tilfælde barn, er dette en overtrædelse af forbuddet mod

direkte forskelsbehandling i Direktiv 2000/78. I Danmark blev der i U 2010.2610V afsagt en dom som fulgte linjen EU-domstolen havde lagt med den ovenstående dom.

[U 2010.2610 V](#)

Sagen handler om en ansat som blev afskediget, dagen efter hun havde oplyst sin arbejdsgiver om sit barns handicap, her fandt domstolen, at AG havde overskredet forbuddet i forskelsbehandlingslovens § 1. Den ansattes barn fik konstateret en kronisk sygdom, som resulterede i, at barnet måtte indlægges og gennemgå flere forskellige lægeundersøgelser. Den ansatte var eneforsørger for barnet og måtte derfor meddele sin arbejdsgiver at det ikke var muligt at fortsætte på samme vilkår som tidligere, den kroniske sygdom kunne betragtes som et handicap.

Dagen efter at arbejdsgiveren er blevet meddelt om barnets handicap, opsiges den ansatte. Først opsiges der uden grund, dette ændres senere således at opsigelsen skyldes en omsætningsnedgang, en omsætningsnedgang som arbejdsgiveren har kunne dokumentere. På trods af omsætningsnedgangen, havde virksomheden ikke igangsat nogle foranstaltninger for at afhjælpe denne omsætningsnedgang og derfor lagde retten vægt på, at omsætningsnedgangen ikke havde relevans for opsigelsen. Den ansatte nedlagde påstand om at opsigelsen var sket pga. af barnets handicap og dermed var det en overskridelse af forskelsbehandlingsloven, både i byretten og senere i landsretten fik den ansatte medhold.

Begge domme fra hhv. EU-domstolen og de danske domstole, viser at det altså ikke kun er arbejdstagere der er dækket af forskelsbehandlingslovgivningen, beskyttelsen gælder også hvis den ansatte yder hovedparten af den pleje som et handicappet barn har brug for, hvis dette er skyld i at den ansatte behandles ringere end andre. EU-domstolen og Vestre Landsret tog i de to ovenstående sager stilling til problematikken omkring en medarbejders handicappede barn, men hvordan ser situationen ud, hvis det ikke var medarbejderens barn, men f.eks. medarbejderens samlever som var handicappet. Denne problematik har ligebehandlingsnævnet taget stilling til, blandt andet i J. nr. 2013-6810-44759.

[J. nr. 2013-6810-44759](#)

Denne sag handler om kundeservicemedarbejder, som afskediges kort tid efter, at han måtte holde 8 fraværsdage i forbindelse med at hans samlever blev indlagt med betændelse i rygmarven, medarbejderen mener at afskedigelsen er i strid med forskelsbehandlingsloven. Virksomheden mener derimod ikke, at de har gjort noget forkert og de begrundede afskedigelsen med

omstruktureringer som følge af et øget antal kunder. Ligebehandlingsnævnet kommer frem til den konklusion, at medarbejderen, hvis samleverens sygdom kan karakteriseres som et handicap vil være beskyttet forskelsbehandlingsloven § 2 stk. 1, nævnet udtaler blandt andet

“ Nævnet finder på denne baggrund, at klager potentielt kan være omfattet af beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap, såfremt hans samlevers sygdom kan karakteriseres som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand²¹ ”.

Baggrunden som ligebehandlingsnævnet henviser til, er at EU-domstolen i c-3030/06 fastslog at beskyttelsen mod forskelsbehandling pga. handicap ikke gælder for en bestemt persongruppe, men at den beskytter de grunde som nævnet i direktivet, uanset hvem der lider af handicapet. Ud fra ligebehandlingsnævnet udtalelse skal det først afgøres hvorvidt samleveren lider af et handicap. På grund af smerter nedsat styringsevne af ekstremiteterne og at samleveren samtidigt er nødt til at anvende hjælpemidler for at klare hverdagen, mener ligebehandlingsnævnet at medarbejderens samlever er handicapet efter forskelsbehandlingsloven og direktiv 2000/78. Dernæst skal de så vurderes hvorvidt afskedigelsen skyldes samleverens handicap og dette mener ligebehandlingsnævnet ikke. Der foreligger ikke nok bevis for at afskedigelsen skyldes handicapet og ikke den omstrukturering som virksomheden har givet som forklaring. Virksomheden fik derfor medhold.

Sagen fra ligebehandlingsnævnet giver et godt billede af, at beskyttelsen efter forskelsbehandlingslovens § 2 stk. 1 ikke kun gælder for den handicappede selv. Formålet med direktiv 2000/78 og dermed også forskelsbehandlingsloven er skabe en ramme for bekæmpelse af forskelsbehandling pga. handicap, og det er ikke kun en bestemt persongruppe som skal beskyttes. Udsættes en person for forskelsbehandling pga. et handicap uanset om det er medarbejderens egen handicap eller en handicapet person som er knyttet til medarbejderen, så er medarbejderen beskyttet af forskelsbehandlingsloven i de tilfælde hvor de kan bevises, at der rent faktisk er sket en forskelsbehandling, hvilket dog ikke var tilfældet i klagen behandlet af ligebehandlingsnævnet.

4.5 Arbejdsgivers kendskab til handicapet

Når det skal afgøres hvorvidt AG har overtrådt forskelsbehandlingslovens betingelser, kan det også have betydning om AG havde kendskab til handicapet, dette kan blandt andet ses i U 2015.3301 H

²¹ Udtalelse fra Ligebehandlingsnævnet i J. nr. 2013-6810-44759

hvor domstolen afsagde at det har betydning, hvorvidt arbejdsgiver har kendskab til handicappet eller ej, når det skal vurderes om AG har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

U2015.3301H

I denne sag var en færdselsulykke skyld i at A måtte sygemeldes i tre uger med en piskesmældslæsion, derefter arbejdede A normalt i 10 måneder, inden hun efter råd fra egen læge blev deltidssygemeldt, under hendes deltidssygemelding blev hendes arbejdsopgaver samtidigt begrænset, og to måneder senere sygemeldes A på fuldtid. Senere mens hun stadig var fuldtidssygemeldt afskediges A med henvisning til 120 dages reglen i funktionærlovens § 5 stk. 2. 17 dage forinden afskedigelsen af A var der afgivet en speciallægeerklæring som fastslog at A's handicap ville være af lang varighed. På baggrund af denne sag og SH2014F-19-06, blev der stillet nogle præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen i sagerne c-335/11 og C-337/11 som omtales af flere omgange gennem specialet.

Efter afgørelsen af de præjudicielle spørgsmål, var det muligt at få afsagt en dom i de verserende sager. Højesteret tog i forbindelse med sagen blandt andet stilling til hvorvidt det har betydning om arbejdsgiver var bekendt eller burde være bekendt med en medarbejders handicap. Højesteret starter med at fastlægge hvornår der er tale om et handicap, men da dette er gennemgået og vil blive gentaget flere gange i specialet, er en gentagelse her ikke nødvendig. Efter de har gennemgået hvordan handicapbegrebet skal forstås, fastslår Højesteret at det piskesmæld som A døjede med, måtte anses for værende et handicap efter forskelsbehandlingsloven og direktiv 2000/78. De antager samtidigt, at ud fra EU-domstolen definition af handicapbegrebet må det være uden betydning om arbejdsgiver vidste eller burde vide at medarbejderens sygdom havde medført et handicap, når det skal afgøres om der er tale om et handicap eller ej. Da A afskediges, er der ikke noget der beviser at Pro Display vidste eller burde have vidst at A's piskesmæld havde medført et handicap og det kunne derfor ikke bevises at Pro Display havde tilsidesat deres tilpasningsforpligtelse, og begrundelsen for afskedigelsen var ellers også begrundet i rimelige forhold, Pro Display frifindes derfor.

Som det ses ud fra ovenstående dom, har det ikke nogen betydning om AG havde kendskab til sygdommen eller ej, når det skal vurderes om der er tale om et handicap eller ej, det får først betydning om AG havde kendskab eller ej, når det skal vurderes om AG har opfyldt tilpasningsforpligtelsen. Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse er altså betinget af AG havde kendskab eller burde have kendskab til en medarbejders handicap. I sagen blev det også behandlet

hvorvidt funktionærlovens § 5 stk. 2, har betydning i forhold til handicappede medarbejdere, dette spørgsmål vil blive besvaret senere i specialet.

4.6 Delkonklusion

Ud fra forarbejderne skulle handicapbegrebet fortolkes relativt snævert, hvilket var det de danske domstole i begyndelse afsagde domme ud fra. Siden blev det dog fastlagt af EU-domstolen både i C-13/05 samt i C-335/11 og C-337/11 at begrebet skulle fortolkes mere bredt. Når det skal afgøres om det er tale om et handicap, er det først og fremmest vigtigt at der skelnes mellem sygdom og handicap. For at der er tale om et handicap og ikke blot en sygdom, skal der opstå begrænsninger som følge af sygdommen, der gør det sværere for arbejdstageren at deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre arbejdstagere. Derudover blev det også fastslået i Chacón Navas dommen, at begrænsningen skal være af langvarig karakter, der er ikke fastsat nogen minimumsgrænse for hvornår en handicap kan siges at være af langvarig karakter, men at dømme ud fra retspraksis, skal længden af begrænsningen for at der kan være tale om handicap være mellem 1-2 års varighed.

Ud fra ovenstående kapitel kan det konkluderes, at handicapbegrebet ikke kan defineres udtømmende. Det vil altid være en vurderingssag hvorvidt der er tale om et handicap, da handicapbegrebet er et begreb i udvikling og der vil løbende opstå nye lidelser. Det vil også være nødvendigt at tage stilling til nye lidelser, da nye lidelser på samme måde, som lidelser der allerede er kendte også ville kunne udgøre et handicap. Det vigtige vil derfor altid være om hvorvidt der opstår en begrænsning som gør det sværere for den person at deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre ansatte samt at denne begrænsning er langvarig, hvordan tilstanden som er skyld i begrænsningen er opstået, er uden betydning. Hvorvidt der er tale om handicap eller ej, er derfor nødvendigt at vurdere fra sag til sag, denne konklusion kan udledes direkte fra retspraksis på området, som har været med til at skabe nogle hjælpemidler, som kan bruges når det skal vurderes om der er tale om handicap eller ej.

I forarbejderne var behovet for compensation også en del af fortolkningen af selve handicapbegrebet, domstolen fastslog dog i sagerne C-335/11 og C-337/11, at kompensationsbehovet ikke skal være en del af selve definitionen. Handicapbeskyttelsen i forskelsbehandlingsloven gælder ikke kun hvis det er den ansatte som er handicappet. En ansat med handicappet barn, for hvem den ansatte yder hovedparten af den pleje som barnet har brug for, er

ligeledes beskyttet efter forskelsbehandlingsloven, dette slog EU-domstolen fast i c-303/06 og senere er der også afsagt dom i Danmark om dette emne i U2010.2610 V. derudover blev det i anden retspraksis afgjort, at beskyttelsen ikke generelt kun gælder for medarbejderen, men at den er til, for at forhindre alle former for forskelsbehandling, uanset hvem den handicappede er.

Om arbejdsgiver har kendskab eller burde have kendskab til en medarbejders tilstand, har ingen betydning for vurdering af om der er tale om et handicap eller ej, dette fastslog Højesteret i sagen U.2015.3301H. Kompensationsbehovet og derved arbejdsgivers tilpasningsforpligtelsen opstår som en følge af handicapet, der kan og skal derfor ikke tages højde for det i selve vurderingen af om der er tale om handicap eller ej.

Der er altså tale om et handicap, når en tilstand som lægeligt er diagnosticeret som en helbredelig eller uhelbredelig sygdom, og hvis denne sygdom medfører en begrænsning i samspil med forskellige barrierer kan forhindre en person med handicap at deltage i arbejdsmarkedet på samme måde som personer uden handicap, og hvis denne begrænsning er af langvarig karakter.

5. Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse

5.1 indledning:

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse er som nævnt tidligere i specialet, ikke beskrevet detaljeret i FBL, der gives ikke nogen klar definition på hvornår arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, § 2a fastligger blot, at arbejdsgiver er forpligtet til at foretage hensigtsmæssige foranstaltninger, det er derfor nødvendigt at inddrage retspraksis på området.

Nedenfor vil der komme en gennemgang af hvad de forskellige kilder siger på området. Først en gennemgang af hvad der står i forskelsbehandlingsloven samt direktivet, som medførte beskyttelsen af handicap, dernæst en gennemgang af forarbejderne til loven og til en sidst en gennemgang af forskellige afsagte domme, som kan være med til at komme frem til en konklusion. Retspraksis vil have fokus på sager omhandlende arbejdstagers behov for nedsat tid i forskellige variationer, men for at skabe en generel forståelse af tilpasningsforpligtelsen, vil der også forekomme domme, hvor fokus ligger på noget andet end behovet for ændrede arbejdstider.

5.2 Forskelsbehandlingsloven og direktivets forklaring på tilpasningsforpligtelsen § 1 i FBL fastlægges det hvilke kriterier der er beskyttet mod forskelsbehandling, og på hvilke måder denne forskelsbehandling kan optræde. Handicapbeskyttelsen har som den eneste beskyttelse i FBL en ekstra forpligtelse i forhold til de andre kriterier. Jf. første halvdel af § 2a i FBL, som har følgende ordlyd:

'' 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 uddannelse²²''

skal arbejdsgiver (fremover AG) tilpasse arbejdspladsen, så det bliver muligt for den handicappede at varetage stillingen. AG er forpligtet til at foretage disse tilpasninger således at den handicappede kan få adgang til arbejdsmarkedet, så en allerede ansat kan opleve fremgang, eller så den handicappede kan få adgang til uddannelse.

AG skal ikke for en hver pris tilpasse arbejdspladsen. Hvis de tilpasninger der skal til for, at den handicappede kan varetage stillingen, pålægger AG en uforholdsmæssig stor byrde, og hvis denne byrde ikke kan lettes, gennem offentlige foranstaltninger, er AG ikke forpligtet til at foretage disse tilpasninger, hvilket kan ses i sidste halv del af § 2a som har følgende ordlyd:

'' 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 stor²³''

Betragtninger til direktiv 2000/78 nævner også arbejdsgivers tilpasninger. I 20. betragtning til beskæftigelsesdirektivet præciseres det, at der skal foretages effektive og praktiske foranstaltninger og der gives samtidigt eksempler på sådanne foranstaltninger, 20. betragtning lyder således:

Der bør vedtages passende, dvs. effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet, f.eks. ved at indrette lokaler eller tilpasse udstyr, arbejdsmønstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion²⁴

²² Forskelsbehandlingsloven § 2a 1. halvdel

²³ Forskelsbehandlingsloven § 2a 2. halvdel

²⁴ Direktiv 2000/78, betragtning 20

Ud fra betragtning 20 til direktivet ses det, at det ikke kun er de fysiske rammer som AG er forpligtet til at tilpasse, der kan ligeledes være tale om en tilpasning af de processer som virksomheden benytter sig af. Processer og arbejdsmønstre kan også være en hindring for den handicappede og ved at tilpasse disse kan det blive muligt for den handicappede at varetage stillingen på samme måde som andre ansatte.

Ud fra artikel 5 i beskæftigelsesdirektivet gøres det også klart, at der skal ske en vurdering ud fra det behov som opstår som følge af handicappet, artikel 5 har følgende ordlyd:

'' Det betyder, at arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov²⁵ ''

Ud fra artikel 5 kan det konstateres, at der ikke kan laves en liste af tilpasninger som vil være hensigtsmæssige for en type handicap, de behov som opstår som følge af handicappet, kan være forskellige fra person til person, og det vil derfor være nødvendigt, at vurdere fra sag til sag hvilke tilpasninger der er brug for.

På grund af blandt andet det ovenstående findes der som sagt ikke en udtømmende liste, som AG kan slå op i og se hvilke tilpasninger han er forpligtet til, at foretage. Tilpasninger må ikke pålægge AG en uforholdsmæssig stor byrde, med mindre denne kan lempes igennem offentlige foranstaltninger. Som tidligere nævnt i specialet, medfører den særlige tilpasningsforpligtelsen ikke til en positiv særbehandling af handicappede. AG er kun forpligtet til at ansætte medarbejdere som er egnet og har kvalifikationerne til at besidde stillingen, uanset om de er handicappede eller ej, dette ses også i Rådets betragtning 17 til direktiv 2000/78 som lyder således:

'' Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse²⁶ ''.

Hvilke foranstaltninger AG skal foretage, afhænger af hvilket handicap der er tale om, forskellige handicap kræver forskellige tilpasninger. De tilpasninger som AG er forpligtet til at foretage vil derfor også være forskellige. Udover at handicappet bestemmer hvilken tilpasning der er nødvendigt, vil det også være forskelligt hvornår tilpasninger udgør en uforholdsmæssig stor byrde

²⁵ Direktiv 2000/78 artikel 5

²⁶ Direktiv 2000/78, betragtning 17

for AG. Når der skal foretages tilpasninger til den enkelte medarbejder, vil der højst sandsynligt være nogle økonomiske omkostninger forbundet med dette, der vil dog også kunne opstå andre omkostninger, f.eks. tidsmæssige omkostninger.²⁷ Her kan størrelsen på den virksomhed hvor den handicappede er ansat eller ønsker ansættelse have betydning.

Kravene til større virksomheder som er økonomisk ressourcestærke, vil være større end til virksomheder som er mindre og som derfor er mindre ressourcestærke. Udover størrelsen på virksomheden, så har det også betydning for arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse hvorvidt det er muligt for virksomheden at få lettet byrden gennem offentligt tilskud eller på anden vis få støtte til at lempe byrden.²⁸

En tilpasning som nedsat tid vil måske for en virksomhed ikke være skyld i en uforholdsmæssig stor byrde, hvorimod det for en anden virksomhed måske vil være anderledes, størrelsen på virksomheden og de muligheder de har for f.eks. at ansætte en ny eller dele en stilling op, vil være forskellige afhængigt af størrelsen på virksomheden og deres arbejdsområde. Som det ville kunne ses i analysen af retspraksis senere i specialet, vil hensyn til f.eks. borgere også have betydning for arbejdsgivers pligt til at foretage tilpasninger, og om disse udgør en uforholdsmæssig stor byrde. Rådets betragtning 21 til direktivet, viser tydeligt, at de ovenstående punkter alle skal være en del af vurderingen af hvorvidt byrden er uforholdsmæssig stor eller ej. Betragtning 21 har følgende ordlyd:

‘‘Når det vurderes, om disse tilpasninger medfører en uforholdsmæssig stor byrde, bør der navnlig tages hensyn til de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til organisationens eller virksomhedens størrelse og finansielle midler samt muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte’’²⁹

I afsnit 5.4 vil der blive analyseret forskellige domme, som primært vil have fokus på problemstillingen omkring behovet for ændrede arbejdstider, men også behovet for ændrede arbejdsopgaver. Analysen af retspraksis vil være med til at vurdere hvor meget der skal til for at AG har opfyldt tilpasningsforpligtelsen. For en bedre forståelse af tilpasningsforpligtelsen, vil der inden

²⁷ Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann – forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven s.284-285

²⁸ Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann – forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven s.284-285

²⁹ Direktiv 2000/78 betragtning 21

afsnittet med analyse af retspraksis, komme et afsnit omkring forarbejderne til ændringen i forskelsbehandlingsloven.

5.3 Forarbejderne til forskelsbehandlingsloven syn på tilpasningsforpligtelsen

I lovforslaget til ændringerne i forskelsbehandlingsloven som følge af implementeringen af beskæftigelsesdirektivet, var der række hjælpemidler som skulle være med til at skabe en bedre forståelse for tilpasningsforpligtelsen. Som tidligere nævnt kan indirekte forskelsbehandling i visse tilfælde være lovligt, hvis forskelsbehandlingen følger et sagligt formål og det gøres på en nødvendig og hensynsfuld måde vil det i flere tilfælde være lovligt. Når det skal vurderes om den indirekte forskelsbehandling følger et sagligt formål, skal der foretages en proportionalvurdering af forskelsbehandlingen. Jf. forarbejderne skal der ske en skærpet proportionalvurdering, således at FBL § 2a inddrages i proportionalitetsvurdering.³⁰ På den måde kan den indirekte forskelsbehandling måske undgås, og gøre det muligt for den handicappede at varetage stillingen.

Ud fra afsnittet om *''bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser''* (til nr. 11) i forarbejderne kan der udledes en form for proces, som AG skal følge i forbindelse med f.eks. ansættelse af en handicappet. For det første skal AG vurdere om den handicappede besidder de kvalifikationer det kræves at kunne varetage stillingen, er disse ikke tilstede, er det ikke et problem for AG ikke at tilbyde personen stillingen. Besidder personen de rette kvalifikationer, er næste step i processen at finde ud af hvilke tilpasninger der er nødvendige som følge af handicap den relevante person lider af, derefter det nødvendigt at finde ud af, om AG kan få nogen form for støtte til at udføre de passende tilpasninger.

Processen i forhold til ansættelse af handicappede personer, er lidt forskellige i forhold til om den ledige stilling er inden for det offentlige eller privat. En handicappet person kan søge en stilling med fortrinsret inden for det offentlige, hvis personen vel og mærke opfylder kravene til stilling. En arbejdsgiver som modtager en ansøgning med fortrinsret er forpligtet til at indkalde personen til ansættelsessamtale.³¹ Arbejdsgiveren er ikke forpligtet til, at ansætte personen, hvis en anden ansøger er bedre kvalificeret, men det er først muligt for arbejdsgiveren at ansætte en anden, efter at

³⁰ Finn Schwartz og Jens Jakob Hartmann, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven, side 286

³¹ <https://www.detfagligehus.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/offentligt-ansat/fortrinsret-til-offentlige-stillinger-pga-handicap/>

der er afsendt en skriftlig redegørelse for afslaget, samt mulighederne for ansættelse er drøftet med den handicappede persons jobcenter.³²

Til sidst skal det vurderes om den nødvendige tilpasning pålægger AG en uforholdsmæssig stor byrde. Denne proces kan bruges når der er tale om ansættelse, om forfremmelser eller ved ændringer i stillingen.³³ Er der tale om en afskedigelse af en handicappet medarbejder, er der andre ting som AG skal vurdere en afskedigelsen finder sted.

Ved afskedigelse er det vigtigt at vurdere hvorvidt afskedigelsen, skyldes medarbejderens egne forhold, og om handicapet er en del af begrundelsen. Er det virksomhedens økonomiske situation eller selve handicapet som skyld i afskedigelsen, er det vigtigt at AG vurderer medarbejderens kvalifikationer uden at tillægge handicapet nogen betydning. AG skal altså vurdere på et objektivt grundlag, uden om handicapet om den pågældende medarbejders kvalifikationer er bedre eller dårligere end andre medarbejders. Er den handicappede bedre kvalificeres eller på lige fod med andre ansatte, er det nødvendigt at undersøge tilpasningsmulighederne samt muligheden for at få støtte til, at indføre disse tilpasninger, inden afskedigelse ellers vil der være handlet i strid med forskelsbehandlingsloven.

Jf. forarbejderne til ændringen af forskelsbehandlingsloven, er der altså en proces som AG skal igennem inden han ansætter, afskediger eller forfremme en handicappet medarbejder. Ud over processen som kan udledes fra forarbejderne, henvises der i forarbejderne også til de arbejdsmiljøregler som allerede findes og som forpligter arbejdsgiveren, og det fastlås her at tilpasningsforpligtelsen efter forskelsbehandlingslovens §2a er yderligere krav som stilles til arbejdsgiver, der står blandt i forarbejderne følgende:

''Arbejdsmiljøreglerne fastlægger allerede i dag, at der ved indretning af faste arbejdssteder i givet fald skal tages hensyn til personer med handicap. Tilpasningsforpligtelsen efter dette lovforslag indebærer således en yderligere forpligtelse for arbejdsgiveren³⁴''

³² <https://www.detfagligehus.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/offentligt-ansat/fortrinsret-til-offentlige-stillinger-pga-handicap/>

³³ Finn Schwartz og Jens Jakob Hartmann, Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven, side 288

³⁴ Forslag til lov om ændring af om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. – indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven – bemærkelser til lovforslagets enkelte bestemmelser – til nr. 11

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

Hvis arbejdsgiver har opfyldt arbejdsmiljøreglerne, er det således ikke nok til at arbejdsgiver kan siges at have overholdt tilpasningsforpligtelsen jf. forskelsbehandlingslovens § 2a

Arbejdsmiljøreglerne som forarbejderne henviser til, er skrevet i bekendtgørelse nr. 96 af 3. februar 2001. I denne bekendtgørelse findes der en række forpligtelser til hvorledes arbejdsgiver skal indrette sin virksomhed i forhold til arbejdsmiljøet. § 18 i bekendtgørelsen siger at der ved indretning af arbejdsstedet skal tages hensyn til handicappede medarbejdere, specielt skal der tages hensyn til de forhold som er nævnt i §§ 13,15,19,47,50 og 54³⁵

De paragraffer som nævnes i § 18 i bekendtgørelsen, angiver alle en række bestemmelser, som arbejdsgiver er forpligtet til at foretage i forhold til arbejdsmiljøet og der skal tages særligt hensyn med henblik på handicappede, når disse bestemmelser indføres på arbejdspladsen. Jf. § 13 i bekendtgørelsen skal arbejdsgiver gøre det muligt for en handicappet person at få adgang til virksomheden på en forsvarlig måde, færdsel på adgangsveje skal kunne ske uden nogen form for risici. § 15 fastlægger hvorledes døre, porte osv. skal monteres og i forhold til handicappede må der tages hensyn til at disse er monteret på en sådan måde, at de tillader en handicappet at komme igennem evt. i kørestol.

Dog er det ikke kun når døre og porte monteres at der skal tages hensyn til en evt. handicappet medarbejder, jf. § 19 skal hensynet også tages når selve arbejdspladsen skal indrettes, både i forhold til hjælpemidler, inventaret og de materialer som benyttes. Efter § 47 skal der også tages hensyn til den handicappede ved indretning af toiletter og jf. §§ 50 og 54 skal der også tages til forhold omkring disse, såsom håndvasker og baderumsfaciliteter.

Når det skal afgøres hvorvidt en arbejdsgiver har overholdt tilpasningsforpligtelsen jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, er det vigtigt at der ses bort fra tilpasninger som er foretaget efter ovenstående bekendtgørelse, da tilpasningsforpligtelsen, som skrevet tidligere, skal ses som yderligere krav til arbejdsgiver. Tilpasningerne jf. bekendtgørelsen kan ikke være en del af vurdering af om arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

³⁵ Bekendtgørelse om faste arbejdssteders indretning § 18

5.4 Tilpasningsforpligtelsen ifølge retspraksis

Som beskrevet tidligere i specialet, bliver der i den 20. betragtning til direktiv 2000/78 nævnt en række tilpasninger som AG er forpligtet til at foretage, listen er dog ikke udtømmende, hvilket EU-domstolen afgjorde i sagerne C-335/11 og C-337/11.

Baggrunden for sagerne C-335/11 og C-337/11 er beskrevet længere oppe i specialet, under gennemgangen af handicapbegrebet. De første spørgsmål som SØ og handelsretten stillede til EU-domstolen er ligeledes gennemgået, da de var med til at definere begrebet, og det kunne ud fra dommene konkluderes, at der er tale om handicap, når der kan påvises en lægeligt diagnosticeret tilstand, og denne tilstand medfører en begrænsning som følge af psykiske, fysiske eller mentale skader og i samspil med forskellige barrierer forhindrer den berørte person, at deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre, om tilstanden er helbredelig eller uhelbredelig er uden betydning, samtidigt skal begrænsningen være langvarig.

Det tredje spørgsmål som SØ og handelsretten stiller til EU-domstolen, er relevant for tilpasningsforpligtelsen. SØ og handelsretten ønsker med det tredje spørgsmål at få belyst, hvorvidt en reduktion af arbejdstiden er en del, af de tilpasninger som AG er forpligtet til at foretage. I deres besvarelse af de tredje spørgsmål henviser EU-domstolen til at der hverken i artikel 5 i direktivet eller i 20. betragtning nævnes en reduktion af tiden som værende en tilpasning AG er forpligtet til at foretage, EU-domstolen mener derimod at der skal fortolkes på begrebet arbejds mønstre som betragtningen nævner, for at se om nedsat tid alligevel hører under tilpasningerne. De to arbejdsgivere i sagerne Pro Display og DAB har henvist til at begrebet arbejds mønstre skal fortolkes således

“til forhold som tilrettelæggelse af og rytmen og tempoet i arbejdet, herunder f.eks. en produktionsproces, og pauser, således at en handicappet arbejdstager belastes mindst muligt”³⁶

Dette er EU-domstolen dog ikke enig i, de mener ikke at der hverken i betragtning 20 eller i nogen anden bestemmelse, er noget som indikerer at begrebet skulle fortolkes på den måde, og derved udelukke nedsat tid som en mulig tilpasning. EU-domstolen henviser i øvrigt til FN-konventionens artikel 2 fjerde led, som siger at der skal foretages rimelige tilpasninger, som gør det muligt for handicappede at nyde eller udøve menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på samme måde som andre personer. Samme artikel beskriver også hvornår der er tale om rimelige

³⁶ Sagerne C-335/11 og C-337/11 – arbejdsgivernes udtalelser

tilpasninger. Rimelige tilpasninger skal være nødvendige tilpasninger og justeringer, men samtidigt må de ikke medføre en uforholdsmæssig stor byrde.

Rimelige tilpasninger skal derfor fortolkes bredt. FN-konventionens artikel 2 fjerde led sammenholdt med 20. betragtning fortolkning af hvad der er rimelige tilpasninger og at arbejdsmønstre skal forstås som den rytme eller det tempo arbejdet udføre i, og at hele formålet med direktiv 2000/78 er at fjerne barrierer som gør det sværere for handicappede personer at deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre, kan det heller ikke udelukkes at en nedsættelse af arbejdstiden, kan være en af de tilpasninger som AG er forpligtet til at foretage.

Udover at konstatere, at nedsat tid kan være en tilpasning, nævner EU-domstolen også listen af tilpasninger i 20. betragtning i præmis 49, som har følgende ordlyd:

“ Som det fremgår af nævnte artikel, er arbejdsgiveren forpligtet til at træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige bl.a. for at give en handicappet person adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den. I denne forbindelse foretages i 20. betragtning til nævnte direktiv en ikke-udtømmende opregning af sådanne foranstaltninger, som kan være fysiske, organisatoriske og/eller uddannelsesmæssige³⁷ ”

De fastslår altså, at listen af foranstaltninger ikke er udtømmende. Derfor kan der være en række andre foranstaltninger som AG også kan være forpligtet til at foretage. Dette kunne f.eks. være nedsat tid. Hvis en nedsættelse af den daglige arbejdstid, kan være med til at den handicappede kan bibeholde sin stilling eller opnå ansættelse, er dette en foranstaltning som AG kan være forpligtet til at acceptere.

Det er derfor nødvendigt at vurdere hvilke tilpasninger som er nødvendige sag for sag, de nødvendige tilpasninger afhænger af hvilket handicap der er tale om. Der findes mange forskellige former for handicap, og de kræver forskellige tilpasninger.

Med EU-domstolens afgørelse i C-335/11 og C-337/11 er det nu blevet slået fast at nedsat tid, er en af de tilpasninger som AG kan være forpligtet til at foretage, som med alle andre tilpasninger skal det vurderes hvorvidt en nedsættelse af tid vil være en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiver. Nedenfor vil der komme analyser af sager afsagt primært af de danske domstole. Analyserne skal være med til at klarlægge hvornår arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, derfor vil der

³⁷ Præmis 49 i C-335/11 og C-337/11

både være domme hvor arbejdsgiver har opfyldt tilpasningsforpligtelsen og hvor den ikke er opfyldt.

U.2016.2463H:

Sagen her handler om A som 1. april 2009 ansættes i planafdelingen i Ikast-Brande Kommune som byplanlægger, arbejdstiden er på det tidspunkt 37 timer om ugen. Den 25. maj 2009 er A involveret i en arbejdsrelateret trafikulykke, hvor hun kommer til skade, blandt andet med sin arm. A vender bagefter i første omgang tilbage til sit fuldtidsjob, men må deltidssygemeldes fra august 2009, da smerterne i armen er tiltagende. I december 2009 bliver der udarbejdet en statusrapport og det forlyder her, at A lider af refleksdystrofi, forløbet for den slags er meget uforudsigelige, normalt vare det i op til to år, men netop fordi sygdommen er meget uforudsigelig kan sygdomsforløbet variere meget i tid, af samme rapport kan det læses, at der ikke kan behandles, men at den eneste mulighed der er, er smertelindring.

I perioden efter frem til efteråret 2010 bliver A undersøgt flere gange og af forskellige læger, som alle kommer frem til den konklusion, at A lider af refleksdystrofi, og det konstateres at højre arm stort set er ubrugelig, A er derfor nødsaget til kun at bruge venstre arm. Det bliver vurderet at A kun vil være i stand til at arbejde max 20 timer om ugen og der holdes møder med tillidsrepræsentant og konsulent fra IDA. 4. november 2010 bliver det til et nyt afklaringsmøde afgjort, at kommunen bliver nødt til at afskedige A. Det arbejdsområde som A sidder i til dagligt, er meget specialiseret og kommunen har ikke kunne finde en allerede ansat som kunne varetage de sidste 17 timer, ej heller har de vurderet, at det var en mulighed at ansætte en ny medarbejder i en midlertidig stilling, da det ikke forventes at A nogensinde forventes at vende tilbage til fuldtid. A mener ikke, at afskedigelsen er gyldig og at der er tale om forskelsbehandling pga. hendes refleksdystrofi som højst sandsynligt ville have et langvarigt forløb og værste fald være for evigt.

Som tidligere beskrevet er der tale om et handicap, hvis en tilstand afskærmer en person fra at deltage på arbejdsmarkedet på samme måde som andre personer. Spørgsmålet om hvorvidt der er tale om et handicap i denne sag, kan der ikke være tvivl om. A hindres i at arbejde på lige fod med de andre grundet sygdommen i hendes arm, og netop begrænsningen som skyldes en sygdom, er det essentielle når det skal vurderes om der er tale om handicap eller ej, derudover er det vigtigt at der er tale om en langvarig lidelse. Netop at der skal være tale om en tilstand af lang varighed, er en af grundene til at kommunen ikke mener, at A var handicappet på afskedigelsestidspunktet, da sygdommen på dette tidspunkt ikke havde været langvarig. Det blev slået fast i c-335/11 og c-

337/11 at sygdommen ikke nødvendigvis behøver at have haft et langvarigt forløb op til afskedigelsen, det er nok at det er sandsynliggjort at begrænsningen i forhold til arbejdsmarkedet bliver langvarig.

Det er afgjort af flere læger, at sygdommen i hvert fald kan tage op til to år og i værste fald længere tid, så sandsynligheden for, at begrænsningen vil blive langvarig, er opfyldt i sagen. SØ og handelsretten tog i Ring/Werge sagen stilling til en lignende situation, og de dømte her at en forløb på 1 og 4 måneder havde opfyldt betingelsen om lang varighed, i denne sag har der op til afskedigelsen været et sygdomsforløb på 1 år og 6 måneder, det lever derfor op til kravene som blev stillet i Ring/Werge sagen. SØ og Handelsretten giver derfor A medhold i at det var tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Det næste spørgsmål i denne sag, er hvorvidt kommunen har opfyldt tilpasningsforpligtelsen eller ej.

En arbejdsgiver som står i samme situationen som den Ikast-Brande kommune står i, i denne sag, er forpligtet til at foretage tilpasninger som vil gøre det muligt for den handicappede at fortsætte sit arbejde på lige fod med de andre medarbejdere. AG er dog kun forpligtet så længe, at tilpasningen ikke tillægger denne en uforholdsmæssig stor byrde. A mener ikke kommunen har levet op til tilpasningsforpligtelsen, da de ikke tilbyder hende en deltidsstilling, som det ellers blev slået fast i c-335/11 og c-337/11 er en af de tilpasninger som AG er forpligtet til at foretage, derudover blev A's ansøgninger om bærbar computer og specielle skriveredskaber afvist, med den begrundelse at disse redskaber måtte stå for egen regning.

Ikast – Brande kommune har en fast praksis hvilket gør, at de aldrig ansætter planlæggere på deltid, og de fraviger heller ikke den praksis på vegne af A, og hun bliver derfor stillet dårligere end andre ansatte, der er derfor tale om indirekte forskelsbehandling. SØ og Handelsretten skal afgøre om Ikast-Brande kommune har opfyldt tilpasningsforpligtelsen, og de mener ikke at kommunen har løftet sin bevisbyrde. De mener ikke at kommunen har bevist, at de har undersøgt alle muligheder for, om A kunne varetage opgaverne i planafdeling i en deltidsstilling, derudover har de heller ikke rent faktisk prøvet at oprette en stilling til supplerende af A's 20 timer. Grundet den manglende generelle gennemgang og afprøvning af forskellige muligheder, er det ikke bevist at tilpasningen ville være en uforholdsmæssig stor byrde, derfor afgør SØ og Handelsretten sagen til A's fordel, og kommunen dømmes til at betale godtgørelse svarende til 6 måneders løn.

Højesteret afsagde senere også dom i sagen. Som ved SØ og Handelsretten er det første spørgsmål der skal besvares hvorvidt A var handicappet på afskedigelsestidspunktet eller ej. Højesteret mener

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

på samme baggrund som Sø og handelsretten at A var handicappet, og at den varighed som kræves, er opfyldt. Dernæst kommer spørgsmål om hvorvidt kommunen har opfyldt deres tilpasningsforpligtelse eller ej. Jf. U2015.3827 er en arbejdsgiver forpligtet til at undersøge og eventuelt også afprøve tilpasninger hvis AG er eller burde være bekendt med handicappet. Kommunen var bekendt med grunden til deltidssygemeldingen og de var samtidigt bekendt med, at det kun var muligt for A at arbejde deltid og at der ikke var udsigt til snarlig tilbagevenden til fuldtid, Højesteret er derfor enig i, at kommunen kendte eller burde kende til A's handicap.

Højesteret udtaler at kommunen ikke er forpligtet til at ansætte en byplanlægger mere på fuldtid alene af den grund at de skal overholde tilpasningsforpligtelsen i FBL § 2a. Efter de udtalelser som chefen for planafdelingen er kommet med, må det konkluderes at kommunen har undersøgt om medarbejdere i andre afdelinger kunne dække de timer A ikke kunne arbejde, men fordi området er specialiseret, var dette ikke en mulighed, ligeledes må det ud fra forklaringer konkluderes at det er blevet undersøgt om A kunne flyttes til en anden afdeling og derved undgå afskedigelsen.

Kommunen har også overvejet om stillingen kunne deles i to, således A var ansat på 20 timer og der så ville blive ansat en anden på de resterende 17 timer. Dette var heller ikke en mulighed, da området er så specialiseret og for at få ansættelse kræver en videregående uddannelse. For at komme i betragtning til et job som byplanlægger kræver det at man kan arbejde fuldtid, for at skabe en kontinuitet som er med til at sikre borgerne den bedste sagsbehandling. Grundet ovenstående forklaringer og behovet for at sikre borger og virksomheder den bedste sagsbehandling, mener højesteret ikke at kommunen havde pligt til at tilbyde A en deltidsstilling.

U2016.2463H er et godt eksempel på, at nedsat tid ikke automatisk en tilpasning som AG skal give til handicappede personer. Det skal som altid vurderes om det medfører en uforholdsmæssig stor byrde, som det var netop i dette tilfælde for Ikast-Brande kommune. Kommunen havde undersøgt flere forskellige muligheder så A kunne beholde sit job, men da det ikke kunne lade sig gøre og behovet for en saglig sagsbehandling i forhold til borgere og virksomheder var vigtigere, og derfor ikke gjorde muligt at dele en fuldtidsstilling op i to, havde kommunen ikke overtrådt forskelsbehandlingslovgivningen.

Arbejdsgiver er som skrevet tidligere forpligtet til at foretage en række tilpasninger som gør det muligt for den handicappede at varetage en given stilling, men der er også begrænsninger for hvor langt arbejdsgiveren skal strække sig. Som det kunne ses i den ovenstående analyse af U2016.2463H er det ikke altid nødvendigt for AG at foretage tilpasninger hvis det bliver en

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

uforholdsmæssig stor byrde, hvilket var tilfældet i ovenstående dom. AG afprøvede muligheden for at dele stilling op, og få en anden ansat til at overtage de sidste timer, som A ikke kunne klare, derved var arbejdsgiver villig til at dele stillingen op, så der blev oprettet en ekstra stilling. Anden retspraksis viser at det ikke nødvendigvis kan kræves af AG at han opretter en ny stilling, som gør det muligt for den handicappede at få arbejde i virksomheden. I U.2015.3827 tog domstolen stilling til netop den problemstilling.

[U2015.3827H](#)

Denne sag vedrører A som er ansat i Skibby Supermarked som kasseekspedient, men senere i hendes ansættelse forfremmes hun til leder af nonfood afdelingen. A henvises fra egen læge til reumatologisk ambulatorium i maj 2008, da der er mistanke om at hun lider af gigt. I august har hun svært ved at håndtere sit barn grundet smerter og sover dårligt om natten hvilket også skyldes smerter, smerterne skyldes gigt, og A får håndledsskinne, som kan bruges under arbejde.

I april 2009 er gigten under kontrol, og A arbejder fuldtid, dog flere gange helt op til 50 timer ugentligt, hvilket frarådes af lægen på reumatologisk ambulatorium. På trods af at gigten formodes at være under kontrol, viser det sig at dette kun er tilfældet i få måneder og i juli 2009 er smerterne taget så meget til, at A må sygemeldes på halv tid af egen læge. I juli bliver Skibby Supermarked også opmærksom på sygdommen og de ser på andre muligheder for A, en af mulighederne er at flytte A til et administrativt arbejde. Det er dog ikke muligt at flytte A til administrativt arbejde, da der lige er blevet ansat en bogholder, en fortsættelse i hendes nuværende stilling er heller ikke muligt, da supermarkedet har behov for, at deres afdelingsledere kan være fleksible i forhold til arbejdstid. I slutningen af august afholdes der er et møde, hvor situationen skal diskuteres, på dette tidspunkt er deltidssygemeldingen netop blevet forlænget med yderligere to måneder.

A fortæller på mødet at hun efter 3,5-4 timer på arbejde er smerteplaget og meget udmattet, ejeren af Skibby supermarked købmand Niels-Henrik Hoffmann, oplyser at de har bemærket A's træthed, og at situationen som den er nu, ikke er holdbar for butikken, men slår samtidigt fast, at de er meget glade for A.

Efter flere undersøgelser bliver A fuldtidssygemeldt i efteråret 2009 men Skibby Supermarked ønsker på dette tidspunkt ikke at afskedige og håber at A kan vende tilbage på et tidspunkt. 10. december 2009 bliver A afskediget med henvisning til 120 dages reglen, som er en del af hendes kontrakt. A lægger sag an, da hun mener at Skibby Supermarked har overtrådt forskelsbehandlingsloven, A mener at hendes leddegigt, er en beskyttet af lovgivningen og at

Skibby supermarked derved ikke har opfyldt deres tilpasningsforpligtelse. Modsat mener Skibby supermarked ikke, at A har løftet bevisbyrden for, at der er tale om et handicap, og de mener også at de har opfyldt tilpasningsforpligtelsen, da de har tilbudt A andre skånsomme stillinger. Derudover mener de, at det ikke kan pålægges en virksomhed af deres størrelse at oprette en ny stilling, dette ville blive en uforholdsmæssig stor byrde. Der afsiges først dom af Landsretten og senere af Højesteret.

Først og fremmest udtaler Landsretten, at A led af et handicap og derfor var hun beskyttet af forskelsbehandlingsloven, Landsretten finder således også, at Niels-Henrik Hoffmann ikke har gjort nok for, at afhjælpe situationen, og at stillingen som leder for kasse – kiosk – og postafdelingen ikke kunne ses som værende en passende tilpasninger, da denne stilling ville medføre at A skulle sidde bag kassen, Landsretten finder derfor, at Skibby Supermarked ikke har opfyldt sine tilpasningsforpligtelse, og det bemærkes også at det havde været muligt for Skibby supermarked at oprette en deltidsstilling uden at dette var blevet en uforholdsmæssig stor byrde for virksomheden. Sagen ankes til Højesteret og Skibby supermarked anfører yderligere her, at hvis A leddegigt, er et handicap, havde virksomheden ikke kendskab til dette og de burde heller ikke have haft det.

Højesteret kommer til samme konklusion med hensyn til om der er tale om et handicap eller ej. Højesteret henviser i deres begrundelse af hvorvidt der er tale om et handicap eller ej, til sagerne c-335/11 og c-337/11, og den definition på handicapbegrebet som kunne udledes af disse sager. På den baggrund måtte A's leddegigt ses som en lægeligt diagnosticeret sygdom som medfører begrænsninger, som gør det sværere at deltage på lige fod med andre i virksomheden. A fik konstateret gigt i sommeren 2008 og først i sommeren 2009 deltidssygemeldes hun, Højesteret mener derfor også at tilstanden kan siges at være langvarig. I forhold til Skibby supermarkeds tilpasningsforpligtelse, er Højesteret delvis enig med Landsrettens afgørelse, de er enige i, at tilbuddet om at blive leder for kasse-, kiosk – og postafdelingen ikke opfylder tilpasningsforpligtelsen.

Højesteret giver Niels-Henrik Hoffmann medhold i at det var rigtigt at afslå A's ønske om at arbejde med virksomhedens bogholderi, da det krævede mere erfaring og uddannelse end A havde. Forskelsbehandlingsloven giver ikke positiv særbehandling til handicappede, de skal således være egnede og kompetente til at varetage stillingen, hvilket A ikke var i det her tilfælde. A havde tilbudt Niels-Henrik Hoffmann, at hun kunne overtage behandlingen af fakturaer, prissætning og skiltning, som normalt ellers tilhørte lederne af de forskellige afdelinger. Lederne af de forskellige afdelinger,

har disse opgaver fordi det giver bedst mening, da de har den bedste kendskab til varerne og konkurrenceforhold, hvis A skulle overtage disse, ville virksomheden skulle oprette en helt ny stilling. Højesteret kommer til den konklusion, at det ikke kunne pålægges Skibby supermarked at oprette en ny administrativ stilling og tilbyde den til A.

Skibby supermarked idømmes også af Højesteret at betale erstatning til A, da de ikke har opfyldt deres tilpasningsforpligtelse, Højesteret mener ikke at Skibby Supermarked har godtgjort at de muligheder som A, f.eks. at A kunne overtage postafdelingen i samarbejde med administrative opgaver, er kommet med ikke kunne være tilbudt til A eller at disse ville medføre en uforholdsmæssig stor byrde. Højesteret siger samtidigt, at arbejdsgiver ikke kan forpligtes til at oprette en helt ny stilling for, at kunne opfylde sin tilpasningsforpligtelse.

Udover at højesteret tager stilling, til hvorvidt arbejdsgiver er forpligtet til at oprette en ny stilling, tager, slår de endnu en gang fast hvorledes det er handicapbegrebet skal fortolkes, derudover tager de også stilling til arbejdsgivers kendskab til handicappet, og hvilken betydning det har for tilpasningsforpligtelsen. A havde orienteret sin arbejdsgiver om leddegigten og at det betød at hun havde brug for tilpasninger af hendes arbejdsopgaver, derudover var arbejdsgiveren også vidende om brugen af håndskinne og at deltidssygemeldingen skyldtes hendes leddegigt. Arbejdsgiver var blevet kontaktet af virksomhedskonsulent i forhold til de nødvendige tilpasninger, og der var derefter holdt møde angående disse, grundet disse forhold kunne Højesteret ikke andet end finde det godtgjort, at Skibby supermarked vidste eller burde vide, at A var handicappet da de opsagde hende i sommeren 2009.

Hvis Skibby supermarked, kunne godtgøre at de ikke vidste eller burde have vidst, at A var handicappet, havde udfaldet af ovenstående dom været anderledes for, som skrevet tidligere i specialet, er arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse jf. forskelsbehandlingsloven § 2a betinget af at arbejdsgiver havde kendskab til handicappet eller burde have kendskab til det. Skibby supermarked kunne således ikke godtgøre at de havde prøvet alle muligheder for at A kunne fortsætte i virksomheden, ej heller havde de bevist at de muligheder som A havde forslået ville medføre en uforholdsmæssig stor byrde, og de havde derfor ikke opfyldt tilpasningsforpligtelsen.

[U2018.2912V](#)

Sagen her vedrører en kvinde A, som i 2008 ansættes på fuldtid i Region Midtjylland som social- og sundhedsassistent. I 2014 vender A tilbage til arbejdet efter hendes barsel, kort forinden hendes tilbagevenden efter barsel får hun konstateret muskelsvind. Der blev indhentet

mulighedserklæringer og af den første fra august 2014 fremgår det at A maksimalt kan arbejde to timer om dagen, og kun guidende og administrative opgaver en halv time ad gangen. Yderligere er det i mulighedserklæringen anført, at tilstanden vil være af lang varighed, fordi der er tale om kronisk og progressiv lidelse.

I marts 2015 udarbejdes endnu en mulighedserklæring og det anføres her, at A ikke kan klare løft af mere end ½ kg og det bemærkes her, at arbejdstiden max burde være 6 timer ugentlig fordelt på 2 dage. Det vurderes samtidigt i mulighedserklæring at varigheden af tilstanden er svær/ umulig at forudsige. Efter hendes tilbagevenden blev der forsøgt med forskellige former for arbejdstilrettelæggelse og længder af arbejdstider. I den sidste periode op til opsigelsen, arbejdede A tirsdag og torsdag fra kl. 10 til kl. 13, i hele forløbet blev der holdt forskellige sygefraværs møder og fastholdelsesmøder, men den 22. juni 2015 bliver A opsagt med henvisning til omfanget af hendes sygefravær.

Derudover fremgår det af opsigelsen at A ikke længere var i stand til at udføre de væsentligste funktioner som fulgte med arbejdet, og at det ikke var muligt at vende tilbage til stillingen, heller ikke ved hjælp af de foretagne tilpasninger. A lægger sag an, hun mener at Region Midtjylland ikke har opfyldt tilpasningsforpligtelsen og kræver godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7. Region Midtjylland mener til gengæld, at de har opfyldt tilpasningsforpligtelsen, og de mener at opsigelsen er saglig, da de har prøvet forskellige tilpasninger, som f.eks. andre arbejdstider og andre mere skånsomme arbejdsopgaver, men at disse heller ikke har gjort det muligt således at A kunne komme til at varetage stillingen igen, A er derfor ikke længere kompetent, egnet eller disponibel til at kunne varetage stillingen ifølge Region Midtjylland.

I første omgang skal sagen afgøres af byretten, og de starter med at konstatere at A var handicappet på opsigelsestidspunktet. Der kan ikke være nogen tvivl om at A på opsigelsestidspunktet var handicappet, grundet hendes muskelsvind var der opstået en begrænsning som gjorde, at det var umuligt for hende at deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre, og det var samtidigt fastslået at tilstanden ville være langvarig, alle kriterierne for at der kan være tale om et handicap var der i dette tilfælde opfyldt.

A's arbejdsgiver Region Midtjylland havde kendskab til handicappet, da der gennem forløbet, var holdt sygefraværs møder og fastholdelsesmøder og Region Midtjylland havde derfor en tilpasningsforpligtelse, som de så mener at de har opfyldt. Hovedspørgsmålet i denne sag, er derfor hvorvidt tilpasningsforpligtelsen er opfyldt eller ej.

Byretten henviser til funktionsbeskrivelsen for social- og sundhedsassistenter i rehabiliteringstilbuddet, som er der hvor A er ansat, dette gøres for at finde ud af hvad der forventes af de ansatte i forhold til de borgere som benytter sig af tilbuddet. Byretten kan konstatere at tilbuddet henvender sig til borgere med moderat til svær skade og der er ofte tale om hjerneskader, disse borgere har derfor brug for en individualiseret indsats og de har også ofte brug for meget omfattende pleje, social- og sundhedsassistenterne i tilbuddet er derfor ansat til både dag- og aftenvagter, vagter i weekenden og til at indgå i et fast nattevagtsskema. Et af formålene med ansættelsen er at yde en kvalificeret pleje hvor der er fokus på sundhed som dermed er med til at forebygge sygdom.

Udover plejen til borgerne, skal de ansatte også kunne deltage i personalemøder og lignende. En del af arbejdet består i at yde fysisk bistand til borgerne og på trods af hjælpemidler, kan det ikke undgås, at dette kræver meget fysisk af de ansatte, dette er ikke længere en mulighed for A pga. hendes muskelsvind, sammenholdt med at A heller ikke har kunne deltage i mødeaktiviteter og derudover heller ikke længere kunne indgå i afdelingens vagtskema, fandt byretten at A ikke længere var i stand til at varetage stillingen. Byretten mener derfor at Region Midtjylland har opfyldt deres tilpasningsforpligtelse, de har undersøgt forskellige muligheder for, at fastholde A i arbejdet, men som også omtalt i ovenstående dom, kommer retten her frem til at det ikke kunne pålægges Region Midtjylland at oprette en ny stilling som ville kunne imødesee A's krav til arbejdstids.

A anker dommen til Landsretten, hvor hun fastholder sin påstand om at Region Midtjylland skal betale godtgørelse til hende. Region Midtjylland ønsker byretsdommen stadfæstet. Landsretten er enig med byretten og de stadfæster derfor dommen.

Domstolene kommer også i den her sag frem til, at arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at oprette en ny stilling så den handicappede kan forsætte i virksomheden. Arbejdsgiver i ovenstående dom havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, de havde afprøvet forskellige muligheder som f.eks. at ændre arbejdstiderne og arbejdsopgaverne derudover havde de undersøgt muligheden for at A kunne få arbejde i en anden afdeling, hvilket heller ikke var muligt.

[U.2017.782Ø](#)

Sagen vedrører A som under sin ansættelse ved Halsnæs Kommune (fremover K), som skov- og landskabsingeniør kommer til skade ved en glatføreulykke i foråret 2013. Ulykken er i skyld i at A får et lægediagnosticeret piskesmæld, og derfor sygemeldes A. Efter 1 ½ måneds sygemelding, kan

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

det konstateres at A ikke længere kan arbejde fuldtid og at A ikke længere er i stand til at udføre de tunge fysiske arbejdsopgaver som er en del af hans stilling. A afskediges i sommeren 2014 på grund af hans sygefravær.

Inden afskedigelsen er der lavet mulighedserklæringer, dette er blandt andet sket i maj 2013, af denne fremgår det at A's funktionsnedsættelse skyldes eftervirkninger fra glatføreulykken, og det fremgår ligeledes at han ikke må arbejde med fysisk arbejde foreløbigt, samt at han oplever hovedpine efter 3 timers kontorarbejde. Det aftales at A forsøger at arbejde 4 timer om dagen fra uge 22 i 2013 og at disse timer dels skal udføres på arbejdspladsen og dels derhjemme, efter A's egen planlægning, en læge har attesteret mulighedserklæringen og har udfyldt at de ændrede arbejdsfunktioner som måtte forventes at vare i 1-2 måneder. I september 2013 laves endnu en mulighedserklæring, her beskrives de samme symptomer og fysisk arbejde er stadig ikke en mulighed, det forslås at arbejdstiden bliver 25 timer ugentligt i uge 39 stigende til 37 i uge 49.

Byretten fandt på baggrund af blandt andet mulighedserklæringerne, samt de lægelige attesteringer heraf at K var klar over A's diagnose samt at den var i skyld i at han i en periode på over et år ikke var i stand til at udføre arbejdet på fuldtid, retten finder ligeledes at A's piskesmæld må forstås som et handicap og K var derfor forpligtet til, at foretage tilpasninger som ikke ville være en uforholdsmæssig stor byrde. A havde forslået en arbejdstid på 30 timer eller 37 timer hvoraf de 7 af timerne skulle være hjemmefra, samt en fordeling af timerne på manuelt og administrativt arbejde, denne mulighed vurderede byretten, ikke at ville pålægge K en uforholdsmæssig stor byrde, og de burde derfor ha imødekommet dette.

K har tilbudt A en deltidsstilling, men byretten vurderede at denne mulighed ikke har tilgodeset A's behov, da det ikke kun er tiden som er en faktor i dette tilfælde, det er ligeledes arbejdsopgaverne. Byretten giver på grund af ovenstående og det faktum, at A stadig var kompetent og egnet til stillingen A medhold, og K idømmes til at betale godtgørelse svarende til 9 måneders løn.

K valgte at anke dommen til landsretten, med principal påstand om frifindelse og subsidiært om at skulle betale et mindre beløb. A påstod stadfæstelse af byretsdommen. Landsretten er enig med byretten og af samme grunde som byretten lagde til grund for deres afgørelse, finder Landsretten at A var handicappet på opsigelsestidspunktet, og at K derved ikke har opfyldt deres tilpasningsforpligtelse, da de ikke har taget hensyn til handicappet. De har kun tilbudt A en deltidsstilling, hvilket ikke var en passende tilpasning, da A's behov ikke kun bestod i færre

arbejdstimer, men at der også var behov for en ændring af arbejdsopgaverne. Landsretten stadfæster derfor dommen, og K skal betale godtgørelsen svarende til 9 måneders løn.

5.6 Arbejdsgivers kendskab til handicappet i forhold til tilpasningsforpligtelsen

Under afsnittet omkring definitionen af handicapbegrebet blev U.2015.3301 analyseret og det kunne ud fra analysen ses, at arbejdsgivers kendskab til handicappet ikke havde nogen betydning i forhold til vurdering af om der er tale om et handicap eller ej. På den anden side har det betydning for arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse. Arbejdsgiver kan ikke foretage tilpasninger til et handicap der ikke er kendskab eller burde være kendskab til, og derfor kan arbejdsgiver ikke siges at have handlet i strid med forskelsbehandlingslovens § 2a, i tilfælde hvor det kan bevises at arbejdsgiver ikke havde kendskab til handicappet eller burde have haft det. Efter det er blevet konkluderet at arbejdsgivers kendskab til handicappet har betydning for tilpasningsforpligtelsen, kunne det være spændende at undersøge om medarbejderen selv har nogen forpligtelser i forhold til, at sørge for at arbejdsgiveren bliver bekendt med handicappet.

For at kunne besvare om medarbejderen har nogle forpligtelser i forhold til at gøre opmærksom på sit handicap, er man nødt til at inddrage helbredsoplysningsloven, nærmere bestemt § 6 i helbredsoplysningsloven, § 6 siger følgende:

“En lønmodtager skal inden ansættelsen af egen drift eller på spørgsmål derom fra arbejdsgiveren oplyse, om lønmodtageren er bekendt med at lide af en sygdom eller har symptomer på en sygdom, som vil have væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde³⁸”

Jf. § 6 i helbredsoplysningsloven er en medarbejder forpligtet til at fortælle om sin sygdom i de tilfælde hvor sygdommen kan påvirke medarbejderens udførsel af arbejdet. For at se om bestemmelse også gælder for handicappede, er det nødvendigt at inddrage retspraksis, da der i bestemmelsen ikke nævnes handicappede og det tidligere blev slået fast, at sygdom og handicap ikke umiddelbart kunne sidestilles.

I et tidligere afsnit af specialet blev dommen U.2013.2575H analyseret, da den var med til at klarlægge den bredere tilgang til handicapbegrebet, da Højesteret her fastslog at ADHD også var beskyttet forskelsbehandlingslovens § 2a, men dommen besvarede ikke kun dette spørgsmål, den

³⁸ Helbredsoplysningsloven § 6

besvarede også spørgsmål om hvorvidt en medarbejder er forpligtet til at fortælle om sit handicap. Som skrevet tidligere vedrører dom U2013.2575 H en advokatsekretær som afskediges med den begrundelse at hun ikke ved ansættelsen har fortalt om sit handicap. Arbejdsgiveren mener ikke at kvinden har fortalt om sit handicap, og et af punkterne i sagen bliver derfor om en medarbejder har pligt til at oplyse om eventuelle handicap. Kvinden har på vej ud ad døren efter ansættelsessamtalen oplyst om sin ADHD og samtidigt oplyst at dette ikke ville påvirke hendes arbejdsindsats, arbejdsgiver mener at oplysningen om ADHD derfor er faldet for sent.

Højesteret udtaler, at A (advokatsekretæren) har opfyldt en eventuel oplysningspligt som beskrevet i helbredsoplysningslovens § 6, samtidigt udtaler Højesteret at handicappede medarbejdere har samme oplysningspligt som den i helbredsoplysningslovens § 6, hvis handicapet vurderes at kunne påvirke udførelsen af arbejdet. Ifølge Højesterets afgørelse gælder der også oplysningspligt for handicappede medarbejdere og det er uden betydning hvornår der oplyses om handicapet, så længe oplysningen om handicapet er kommet inden ansættelsen.

Ud fra dommen kan det altså konkluderes, at der for handicappede gælder en oplysningspligt som den i helbredsoplysningslovens § 6. Den handicappede er således forpligtet til at fortælle om sit handicap, hvis handicapet vil påvirke den måde hvorpå arbejdet udføres. Det er ikke af den store betydning hvornår personen oplyser om sit handicap, så længe det er inden ansættelsen begynder. Ovenstående dom forklarede hvilke forpligtelser en handicappet person har til at informere om sit handicap inden ansættelse.

Arbejdsgivers kendskab til handicapet har stor betydning for, at tilpasningsforpligtelsen, som skrevet tidligere kan arbejdsgiver ikke tilpasse virksomheden til en handicap der ikke er kendskab til. Det er derfor vigtigt for medarbejderen at oplyse om handicapet, både ved ansættelsen eller under ansættelsen, i de tilfælde hvor handicapet først opstår senere i ansættelsen. Selvom om medarbejderen ikke har oplyst om sit handicap, kan der være andre omstændigheder som gør, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide om handicapet. Dette var også tilfældet i nogle af de ovenstående domme, der kan være afholdt møder, eller indhentet mulighedserklæringer osv. som gør at arbejdsgiveren burde være bekendt med handicapet.

5.7 Delkonklusion

Som det eneste kriterie i forskelsbehandlingslovens er der til beskyttelsen mod forskelsbehandling pga. handicap en ekstra forpligtelse. Arbejdsgiver er således forpligtet til at foretage tilpasninger som vil gøre det muligt for den handicappede enten at fastholde sin ansættelse eller opnå ansættelse

ved den pågældende virksomhed jf. FBL § 2a. AG er dog kun forpligtet til at foretage disse tilpasninger i de tilfælde hvor tilpasningen ikke tillægger AG en uforholdsmæssig stor byrde, medmindre denne byrde kan lempes igennem offentlige foranstaltninger. Ud fra hverken forskelsbehandlingsloven eller det bagvedliggende direktiv har det været muligt at lave en udtømmende list over de tilpasninger som AG er forpligtet til at foretage, ej heller gennem retspraksis har dette været muligt.

Grunden til at det ikke er muligt at lave en udtømmende liste er, at forskellige handicap vil medføre forskellige tilpasninger. En person der lider af f.eks. piskesmæld vil have brug for en slags tilpasninger, hvor en anden person vil have brug for andre, selvom der er tale om samme handicap, dette kan både skyldes hvordan handicappet påvirker personen men også i hvilken stilling personen er ansat. Der kan være forskel på om personen arbejder med hårdt fysisk arbejde eller ej, og der vil i de fleste tilfælde også være forskel på hvor meget den handicappede er i stand til.

Som det kunne ses i analysen af retspraksis, er det af betydning hvorvidt AG har eller burde have kendskab til handicappet. I tidligere afsnit blev det konkluderet at AG' viden om handicappet ingen betydning har, når det skal vurderes om der er tale om et handicap eller ej, det forholder sig dog anderledes, når der er tale om tilpasningsforpligtelsen. AG kan ikke foretage tilpasninger af virksomheden, til et handicap som han ikke havde noget kendskab til. I den forbindelse kunne det konkluderes at medarbejderen har oplysningspligt, på samme måde som den oplysningspligt der findes i helbredsoplysningslovens § 6.

Når det skal afgøres hvorvidt AG har opfyldt tilpasningsforpligtelsen er det vigtigt, at der er blevet afprøvet flere forskellige muligheder for at fastholde medarbejderen.

6. Funktionærlovens § 5 stk.2:

Jf. funktionærlovens § 5 stk. 2 har AG mulighed for at afskedige en medarbejder med en et varsel på kun en måned, hvis medarbejderen har modtaget løn under sygdom i en periode på mere end 120 dage inden for en samlet periode på 12 måneder. Det vil altså sige, at AG har mulighed for at afskedige en medarbejder uden det normale varsel som ellers ville afhænge af hvor længe den pågældende har været ansat og derved hvor meget anciennitet vedkommende har. For at AG har denne mulighed skal det være skriftligt aftalt mellem AG og medarbejderen. Opsigelsen skal finde sted umiddelbart efter overskridelsen af de 120, og det er samtidigt et krav, at medarbejderen fortsat

er sygemeldt.³⁹ Fravær som er opstået pga. af graviditet, kan ikke regnes med når det skal opgøres om der er tale om et sygefravær på mere end 120 dage⁴⁰

I forhold til den handicappede medarbejder har 120 dages reglen så overhovedet nogen betydning? Eller er handicappede medarbejdere dobbelt beskyttet både i form af FBL og funktionærlovens § 5 stk. 2. En handicappet medarbejder vil højst sandsynligt have tendens til et højere fravær end medarbejdere uden, handicappet medføre måske forskellige følgesygdomme, som giver den handicappede et større fravær og det er derfor spændende og se om AG kan tælle sygefravær, som skyldes personens handicap, med i opgørelsen af de 120 dage. Det har EU-domstolen taget stilling til i sagerne C-335/11 og C-337/11, det fjerde og sidste spørgsmål som blev stillet af SØ og handelsretten angik problematikken omkring dette. Fjerde spørgsmål lød således:

“Er [direktiv 2000/78] til hinder for at anvende en national lovbestemmelse, hvorefter en arbejdsgiver har ret til at opsig en medarbejder med et forkortet varsel, når medarbejderen har oppebåret løn under sygdom i i alt 120 dage inden for 12 på hinanden følgende måneder, over for en medarbejder, der må anses for handicappet i direktivets forstand, når

a) *fraværet er forårsaget af handicappet?*

eller

b) *fraværet skyldes, at arbejdsgiveren ikke har iværksat de foranstaltninger, der under hensyn til de konkrete behov er hensigtsmæssige for at give en person med handicap adgang til at udøve sin beskæftigelse⁴¹”*

Første del af spørgsmål går, som det ses på, hvorvidt direktiv 2000/78 er til hinder for, at 120 dages reglen kan bruges på en medarbejder hvis sygefravær alene skyldes personens handicap. Til dette svarer EU-domstolen at der ikke kan være tale om direkte forskelsbehandling, da 120 dages reglen finder anvendelse på samme måde uanset om der er tale om en handicappet medarbejder eller ej. Havde der været tale om direkte forskelsbehandling, skulle den handicappede stilles ringere pga. handicappet og det er jo ikke tilfældet.

120 dages reglen kan indtræde hvis en medarbejder har været syge i mere end 120 dage og det gælder både for handicappede og ikke handicappede, så ingen medarbejder stilles direkte ringere

³⁹H.G Carlsen ved Danielle Buhl og Jeppe Høyer Jørgen, Dansk Funktionær Ret s. 323-324

⁴⁰ <https://www.detfagligehus.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/opsigelse/for-funktionaerer/>

⁴¹ 4. spørgsmål stillet til EU -domstolen i c-335/11 og c-337/11

end andre medarbejdere. Direkte forskelsbehandling er som omtalt før, ikke den eneste form for forskelsbehandling, der kan også være tale om indirekte forskelsbehandling, og om 120 dages reglen kan vurderes som værende det, siger EU-domstolen først og fremmest at hvis der skal tage hensyn til fraværsdage som er relateret til handicappet ved beregningen af det samlede antal sygefravær, er det ensbetydende med en sidestilling af sygdom relateret til handicap med det almindelige sygdomsbegreb, jf. præmis 44 i Chacón Navas er denne sidestilling af handicap med sygdom umiddelbart udelukket.

EU-domstolen medgiver dog at en handicappet medarbejder har større risiko for, at det korte opsigelsesvarsel anvendes over for netop den handicappede medarbejder, da der er større risiko for sygdom som er relateret til handicappet, derved er der risiko for, at den handicappede medarbejder opnår et sygefravær på 120 dage hurtigere end ikke handicappede medarbejdere. Den handicappede medarbejder kan derfor være stillet ringere end andre medarbejdere og 120 dages reglen kan derfor medføre en indirekte forskelsbehandling. Jf. EU-domstolens afgørelse, skal det derfor vurderes fra sag til sag om den indirekte forskelsbehandling, er begrundet i et legitimt mål, og om måden hvorpå det opnås er hensigtsmæssige og nødvendig.

Formålet med funktionærlovens § 5 stk. 2 er at få arbejdsgivere til at ansætte og beholde medarbejdere hvor der er større risiko for et gentaget sygefravær. På den måde tilgodeser man både arbejdsgiveren og medarbejderen, arbejdsgiver bliver givet muligheden for at afskedige med forkortet varsel, hvis det viser sig at sygdomsperioden er meget lang, men til gengæld er det muligt for medarbejderen at beholde deres job så længe sygeperioden er under de 120 dage. Det danske arbejdsmarked baseres på en kombination af fleksibilitet og aftalefrihed, samt en sikkerhed for medarbejderne, 120 dages reglen er et godt eksempel på denne kombination. Udgangspunktet for sager som disse, og svaret på fjerde spørgsmål litra a er derfor, at AG ikke kan afskedige en medarbejder efter 120 dages reglen, hvis en eller flere af sygedagene er i relation til handicappet som medarbejderen har, medmindre det følger et legitimt mål, og dette mål opnås på en nødvendig og hensigtsmæssig måde. Om afskedigelsen følger et legitimt mål, er op til den danske ret at afgøre, EU-domstolen svar på fjerde spørgsmål litra a er derfor ikke udtømmende, og det vil være nødvendigt at vurdere fra sag til sag, om afskedigelsen følger et legitimt mål.

Med det fjerde spørgsmål litra b, ønsker SØ og Handelsretten at få besvaret om det er muligt for AG at afskedige en medarbejder efter funktionærlovens § 5 stk. 2, hvis AG ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse og dette er skyld i fraværet. Til dette svarer EU-domstolen at hvis AG har

undladt at foretage de tilpasninger som denne er forpligtet jf. artikel 5 i direktiv 2000/78 kan det indebære at en handicappet medarbejders fravær skal tilskrives arbejdsgiver, da det er en forsømmelse fra arbejdsgivers side og ikke medarbejderens, som er skyld i fraværet. Kan det dokumenteres at fraværet skyldes arbejdsgivers manglende tilpasninger er direktiv 2000/78 til hinder for at 120 dages reglen anvendes.

Ud fra ovenstående dom er der forskel på om AG kan anvende funktionærlovens § 5 stk. 2 på handicappede medarbejdere, har AG forsømt sin tilpasningsforpligtelse og kan det konstateres at denne forsømmelse er skyld i fraværet, er AG afskåret fra at benytte sig af reglen, på den anden side hvis tilpasningsforpligtelsen er opfyldt og det følger et legitimt mål at afskedige den handicappede medarbejder efter funktionærloven § 5 stk. 2 står direktivet ikke i vejen for dette, det er dog op til den danske ret at vurdere om dette er tilfældet. EU-domstolen kom i sagen også frem til, at en opsigelse efter funktionærloven § 5 stk. 2 ikke kunne ses som en direkte forskelsbehandling, da bestemmelsen var ens for både handicappede og ikke handicappede medarbejdere, forskelsbehandlingen ville derfor være en indirekte forskelsbehandling, da medarbejdere med handicap, kunne blive stillet ringere end andre, da de havde en større risiko for at opnå de 120 dage grundet følgesygdomme til deres handicap.

På trods af at EU-domstolen afgjorde at der er i situationer, hvor spørgsmålet er om 120 dages reglen kan anvendes på handicappede medarbejdere eller ej, kom frem til at der i disse tilfælde ikke var tale om direkte forskelsbehandling men om indirekte forskelsbehandling, kom SØ og Handelsretten fem til en anden konklusion i deres afgørelse af sagen. SØ og Handelsretten mener at DABs behandling af Jette Ring er direkte forskelsbehandling og de dømmer DAB til at betale godtgørelse til Jette Ring for deres overtrædelse af forskelsbehandlingsloven. Grunden til at SØ og Handelsretten kommer frem til denne konklusion, er at DAB før har haft fem ansatte som alle overskred 120 dages reglen uden at blive afskediget, derudover burde AG have tilbudt Jette Ring den deltidsstilling som blev slået op kort efter hendes afskedigelse, en deltidsstilling var netop det Jette Ring havde efterspurgt.

6.1 Delkonklusion

Funktionærlovens § 5 stk. 2 kan kun anvendes til afskedigelse af handicappede medarbejder hvis AG har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse og hvis afskedigelsen følger et legitimt mål. Handicappede medarbejdere har større risiko for at opnå de 120 dage, da der med handicappet kan være følgesygdomme, som kan være skyld i fravær. EU-domstolen afgjorde derfor at afskedigelsen af en

handicappet medarbejder efter funktionærlovens § 5 stk. 2 kun kan ske hvis tilpasningsforpligtelsen er opfyldt og afskedigelsen er nødvendig og følger et legitimt mål, om afskedigelsen er nødvendig og følger et legitimt mål vil være nødvendigt at vurdere fra sag til sag.

Har AG derimod ikke opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, vil det ikke være muligt at benytte sig af bestemmelsen, skylden for fraværet vil i disse tilfælde kunne tillægges arbejdsgiver og den manglende tilpasning af virksomheden.

7. Bevisbyrde og Godtgørelse

Bevisbyrden i forskelsbehandlingssager afviger fra det udgangspunkt som normalt bruges i Danmark. Udgangspunktet er at der er ligefrem bevisbyrde, den der påstår at have et krav, skal også kunne godt godtgøre at det er sådan det forholder sig. Ved forskelsbehandlingssager anvendes der delt bevisbyrde, her er det op til medarbejderen at påvise omstændigheder som kan sandsynliggøre at der er tale om en forskelsbehandling, det er derefter op til AG at bevise at der ikke er tale om forskelsbehandling.⁴² Reglen om den delte bevisbyrde er lavet med udgangspunkt i direktiv 2000/78 der er i 31. betragtning siger således:

''Reglerne om bevisbyrde bør tilpasses, når der umiddelbart synes at foreligge en sag om forskelsbehandling, og bevisbyrden bør, for at princippet om ligebehandling kan anvendes effektivt, gå over til sagsøgte, når der fremlægges beviser for en sådan forskelsbehandling. Sagsøgte skal imidlertid ikke fremlægge bevis for, at sagsøgeren tilhører en bestemt religion, har en bestemt tro, handicap, alder eller seksuel orientering''⁴³

Hvis det viser sig, at arbejdsgiveren har handlet i strid med forskelsbehandlingsloven og derved ikke opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, skal der betales godtgørelse til medarbejderen. I forskelsbehandlingsloven findes der en bestemmelse som sikrer medarbejderen som er blevet forskelsbehandlet godtgørelse, forskelsbehandlingslovens § 7 har følgende ordlyd:

''§ 7. Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse. Stk. 2. En person, der udsættes for ufordelagtig behandling eller ufordelagtige følger, fordi denne har fremsat krav om ligebehandling efter §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse''⁴⁴

⁴² <https://www.selskabsadvokaterne.dk/artikler/andet/forskelsbehandling-af-medarbejder/>

⁴³ Direktiv 2000/78 betragtning 31

⁴⁴ Forskelsbehandlingsloven § 7

§ 7 sikrer medarbejderen godtgørelse, hvis denne er blevet udsat for forskelsbehandling, men § 7 nævner ikke størrelsen på godtgørelsen. Direktiv 2000/78 nævner i betragtning 36, at medlemsstaterne bør fastsætte effektive sanktioner for forskelsbehandling af medarbejdere, sanktionerne skal stå i rimeligt forhold til selve overtrædelsen og de skal gerne have en afskrækkende effekt.⁴⁵

Hverken forskelsbehandlingsloven eller direktivet fastsætter et beløb som AG skal betale til medarbejderen i de tilfælde hvor der er forskelsbehandlet, det er derfor nødvendigt at inddrage retspraksis.

Højesteret har i flere sager taget stilling til størrelsen på den godtgørelse som arbejdsgiver er forpligtet til at betale, hvis denne har handlet i strid med forskelsbehandlingsloven. Dette var blandt andet tilfældet i U.2015.2027H, som handler om 4 piloter som blev afskediget i strid med forskelsbehandlingsloven beskyttelse af alder, Højesteret udtaler i begrundelsen af deres resultat, at der skal lægges vægt på grovheden af overtrædelsen. Det vil sige, at der først og fremmest skal tages hensyn til baggrunden for overtrædelsen, men der skal også tages hensyn, til den krænkelse som overtrædelsen har medført for medarbejderen, Højesteret kommer i denne sag frem til en godtgørelse svarende til 6 måneders løn. På trods af at U.2015.2027H handler om beskyttelsen af alder og at der til specialet er valgt at fokusere på handicapkriteriet, er dommen dog stadig vigtig i forhold til, hvorledes godtgørelsen jf. § 7 i FBL skal bestemmes og der er derfor valgt at se bort fra, at dommen ikke omhandler handicap.

Udover grovheden af overtrædelse, har Højesteret også udtalt sig om godtgørelsen i U.2015.3827H. Denne sag handlede som også beskrevet tidligere i specialet, om A der grundet leddegigt ikke længere kunne varetage kassefunktionen, som var en del af hendes stilling. Højesteret udtaler i denne sag, at der udover grovheden også skal tages stilling til medarbejderens anciennitet, når det skal vurderes hvor stor en godtgørelse der skal gives til medarbejderen. I U.2015.3827 H tilkendte Højesteret medarbejderen en godtgørelse svarende til 9 måneders løn. De mest almindelige godtgørelser som der idømmes svare til enten 6, 9 og 12 måneders løn⁴⁶

⁴⁵ Betragtning 36 til direktiv 2000/78

⁴⁶ <https://www.selskabsadvokaterne.dk/artikler/andet/forskelsbehandling-af-medarbejder/>

7.1 delkonklusion

Ud fra ovenstående domme kan det konkluderes, at det ved bedømmelsen af størrelsen på godtgørelsen som medarbejderen er berettiget til, skal vurderes ud fra flere forskellige ting. Der skal både tages hensyn til grovheden af selve overtrædelsen, den krænkelse som det har medført for medarbejderen, og medarbejderens anciennitet.

8. Konklusion

Danmark var, som en del af EU forpligtet til, at implementere Direktiv 2000/78. Direktivets formål var at skabe en række regler som skulle være med til at forhindre forskelsbehandling på arbejdsmarkedet og sikre at alle blev behandlet lige på trods af forskellige kriterier.

Implementeringen af direktiv medførte en ændring i dansk ret, der blev blandt andet indført et forbud mod forskelsbehandling pga. handicap.

Direktivet gav ikke nogen definition på handicapbegrebet, men pga. af blandt andet EU-domstolens afgørelser i c-335/11 og c-337/11 kan det konkluderes, at for at der er tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, skal der være tale om en lægeligt diagnosticeret fysisk, psykisk eller mental sygdom, som er skyld i at medarbejderen ikke kan deltage på arbejdsmarkedet på lige fod med andre medarbejdere. Sygdommen skal være af langvarig karakter, det er dog uden betydning om tilstanden er helbredelig eller uhelbredelig. Længden af funktionsnedsættelse, for at den kan betragtes som langvarig må jf. retspraksis siges at være mellem 1-2 år, prognosen for tilstandens videre forløb kan være en del af bedømmelsen af tilstandens varighed. Sygdom i sig selv er derfor ikke en del af beskyttelsen, hvilket EU-domstolen også afgjorde i C-13/05.

Medarbejderen har samme oplysningspligt i forhold til handicapet, som den oplysningspligt personer har efter helbredsoplysningslovens § 6, hvis handicapet kan have betydning for medarbejderens arbejdsindsats. Selvom medarbejderen har pligt til at oplyse om sit handicap, har en evt. manglende oplysning ikke betydning for afgørelsen af om der er tale om et handicap eller ej, jf. retspraksis kan det konkluderes at arbejdsgivers kendskab ikke er del af vurderingen. Manglende oplysning om handicap har nødvendigvis en negativ betydning for vurderingen af om arbejdsgiver har opfyldt tilpasningsforpligtelsen. Hvis det vurderes at en medarbejder er handicapet, kan arbejdsgiveren ikke som udgangspunkt afskedige medarbejderen med handicapet som begrundelse. Når der er tale om forskelsbehandling er der forskellige måder hvorpå forskelsbehandlingen kan optræde, der kan blandt andet være tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling.

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

Der er tale om indirekte forskelsbehandling, når et tilsyneladende neutralt kriterie stiller en person med f.eks. handicap ringere end andre personer i samme situation, indirekte forskelsbehandling kan være lovligt, hvis det følger et objektivi mål og det gøres på en saglig og hensigtsmæssig måde. Direkte forskelsbehandling foreligger når en handicappet person behandles ringere end andre personer i samme situation, direkte forskelsbehandling er kun lovligt jf. enkelte bestemmelser i forskelsbehandlingsloven.

Forskelsbehandlingsloven beskytter ikke kun den handicappede selv, EU-domstolen afgjorde i sag c-303/06 at beskyttelsen også gælder, hvis medarbejderen yder hovedparten af plejen til et handicappet barn, med anden retspraksis kunne det udledes at beskyttelsen også gælder for andre i nær tilknytning til medarbejderen. Formålet med beskyttelsen er at forhindre alle former for forskelsbehandling på arbejdsmarkedet uanset om det er medarbejdere der er handicappet eller nogen med nær tilknytning.

Kan det konstateres, at der er tale om et handicap indtræder arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse. Tilpasningsforpligtelsen er ikke en del af selve bedømmelse af om der er tale om et handicap eller ej, den er en følge af handicapet. Tilpasningerne skal gøre det muligt for den handicappede at opnå ansættelse, opleve fremgang, eller få adgang til uddannelse.

Arbejdsgiver er ikke forpligtet til at ansætte personer som ikke er kvalificeret til den ledige stilling, forskelsbehandling medvirker ikke til en positiv særbehandling af handicappede, og det kræves derfor at den som ønsker f.eks. ansættelse er kompetent og egnet til stillingen. Hvis den tilpasning som gør det muligt for den handicappede at besidde stillingen vil resultere i en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren, er arbejdsgiver alligevel ikke forpligtet til at foretage tilpasningen, medmindre byrden kan lempes gennem offentlige foranstaltninger.

Hverken direktiv 2000/78 eller den danske forskelsbehandlingslov kommer med en udtømmende liste for, hvilke tilpasninger arbejdsgiver er forpligtet til at foretage. I betragtningerne til direktivet kan det læses i 20. betragtning at der skal foretages effektive og praktiske foranstaltninger, og at dette f.eks. kan gøres ved at indrette lokaler og tilpasse det udstyr der bruges på arbejdspladsen, en tilpasning af arbejdsmonstre og opgavefordeling kunne også være eksempler på tilpasninger.

Selvom der i 20. betragtninger nævnes forskellige former for tilpasninger, er listen jf. c-335/11 og c-337/11 ikke udtømmende og der vil derfor være andre tilpasninger som arbejdsgiver kan være forpligtet til at foretage. I forarbejderne til forskelsbehandlingsloven er tilpasningsforpligtelsen også

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

nævnt, forarbejderne henviser f.eks. til arbejdsmiljøreglerne. Arbejdsmiljøreglerne er et sæt regler som forpligter arbejdsgiverne til at indrette arbejdspladsen under hensyntagen til handicappede, således at handicappede ville kunne færdes frit og uden nogen form for risici.

Tilpasningsforpligtelsen jf. forskelsbehandlingslovens § 2a skal ifølge forarbejderne ses som en yderligere forpligtelse for arbejdsgiverne, en arbejdsgiver kan altså ikke ses som at have opfyldt §2a i forskelsbehandlingsloven, blot fordi virksomheden er indrettet efter arbejdsmiljøreglerne.

En af de tilpasninger, som i flere af de gennemgåede domme, var nødvendig for den handicappede medarbejder var en reduktion eller ændring af arbejdstiden. Om arbejdsgiveren var forpligtet til at foretage en sådan tilpasning, svarede EU-domstolen på i c-335/11 og c-337/11. Sø og Handelsretten ønskede svar på, om en arbejdsgiver var forpligtet til at imødekomme et ønske om nedsat tid, hvis ønsket skyldes et handicap. I deres besvarelse henviser EU-domstolen til FN's handicap konventionen, artikel 2 fjerde led. Denne artikel siger at der skal foretages rimelige tilpasninger som gør det muligt for den handicappede at nyde eller udøve menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, på samme måde som andre personer. Jf. konventionen og en fortolkning af de arbejdsmønstre der henvises til i 20. betragtning kan nedsat tid være en af de tilpasninger arbejdsgiver er forpligtet til.

EU-domstolen tog også stilling til hvilken betydning funktionærlovens § 5 stk. 2 havde i forhold til handicappede, og det faktum at de har større risici for at opnå et fravær på 120 dage inden for en periode på 12 måneder end andre personer har. Til dette svarede domstolen at bestemmelsen kun kan anvendes i de tilfælde hvor arbejdsgiveren har opfyldt tilpasningsforpligtelsen og hvis afskedigelsen følger et legitimt mål, skyldes fraværet personens handicap, kan der altså kun afskediges hvis der er en saglig grund til det. Har arbejdsgiver derimod ikke opfyldt forpligtelsen, kan fraværet skyldes den manglende tilpasning og medarbejderen kan derfor ikke holdes ansvarlig for dette fravær.

Tidligere blev det konkluderet at arbejdsgivers kendskab ikke havde betydning, for vurdering af om der er tale om handicap ej. Det forholder sig dog anderledes når der er tale om tilpasningsforpligtelsen, her har det betydning om arbejdsgiver kendte eller burde have kendt til handicappet eller ej. Arbejdsgiver kan ikke foretage tilpasninger til et handicap som denne ikke vidste eller burde vide noget om, og det er derfor vigtigt at medarbejderen oplyser om sit handicappet, således at arbejdsgiver får kendskab.

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

Selvom medarbejderen ikke direkte har oplyst om sit handicap, kan det dog stadig vurderes at arbejdsgiver havde eller burde have haft kendskab til handicappet. Der kan i forbindelse med fraværet, være blevet udarbejdet mulighedserklæringer som arbejdsgiver har modtaget eller lægeattester eller som i sag U.2015.3827H hvor arbejdsgiveren var blevet kontaktet af en virksomhedskonsulent med henblik på tilpasninger, arbejdsgiver kan altså have fået kendskab til handicappet på andre måder end hvor medarbejderen selv har gjort opmærksom på det.

Ud fra retspraksis kunne det konkluderes at der ikke findes en udtømmende liste som nævner de tilpasninger som arbejdsgiver er forpligtet til at foretage, dog kunne det konkluderes at i hvert fald nedsat tid var en af dem.

Grunden til at der ikke kan laves en udtømmende liste, er at der vil være behov for forskellige tilpasninger alt efter hvilket handicap der er tale om, derudover vil det også være muligt at et handicap vil resultere i forskellige behov ved forskellige mennesker. Derudover vil der samtidigt være forskellige krav til virksomheden, kravene til økonomisk stærk virksomhed vil være større end til en økonomisk svag virksomhed. Når det skal vurderes om arbejdsgiver har opfyldt tilpasningsforpligtelsen er det, derfor vigtigt at gå ind og vurdere om arbejdsgiver har undersøgt og efterprøvet de forskellige muligheder der er for tilpasninger til den handicappede.

Det er også vigtigt at arbejdsgiver har undersøgt muligheden for at få en uforholdsmæssig stor byrde lempet igennem offentlige foranstaltninger. En uforholdsmæssig stor byrde kan være flere forskellige ting, og det behøver ikke nødvendigvis at være tale om en økonomisk byrde. Dette kunne blandt andet ses i U2018.2912V hvor det var hensynet til borgerne og behovet for en ordentlig behandling, som ville indebære tunge løft, der til dels var grunden til Region Midtjylland havde opfyldt deres tilpasningsforpligtelse, selvom de betød at A mistede hendes job. Regionen havde prøvet flere forskellige tilpasninger, så det kunne være muligt for A at beholde sit job, men ingen af dem passede ind i de behov der var brug for på arbejdspladsen, og Regionen kunne ikke pålægges at oprette en ny stilling, som der i egentlig slet ikke var brug for, de havde brug for en, som kunne varetage A' stilling på fuldtid. Behovet for saglig sagsbehandling var også netop grunden til Højesteret i U2016.2463H afgjorde sagen til virksomhedens side, da de mente at behovet for at give borgere og virksomheder den bedste sagsbehandling var vigtigere end at tilbyde A en deltidsstilling, og samtidigt havde kommunen afprøvet flere forskellige muligheder for at beholde A.

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

I sager vedrørende forskelsbehandling er der delt bevisbyrde, hvilket betyder at det er op til medarbejderen at sandsynliggøre at denne har været udsat for forskelsbehandling og det er derefter op til arbejdsgiveren at bevise, at det ikke er tilfældet. Når det er afgjort at medarbejderen har været udsat for forskelsbehandling, skal arbejdsgiveren betale godtgørelse, størrelsen på denne svare som regel til 6, 9 eller 12 måneders løn.

Problemformuleringen for dette speciale, var at det ønskes undersøgt hvornår arbejdsgiver har opfyldt tilpasningsforpligtelsen jf. forskelsbehandlingsloven § 2a. Der kan ikke laves en udtømmende liste til dette spørgsmål, men det kan konkluderes at arbejdsgiver har opfyldt tilpasningsforpligtelsen når alle mulige tilpasninger er undersøgt og efterprøvet og muligheden for at få lempet eventuelle uforholdsmæssig store byrde gennem offentlige foranstaltninger.

9. Litteraturliste

Bøger:

1. Finn Schwarz og Jens Jakob Hartmann, Thomson Reuters Professional A/S 2011 – Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven (1.udgave)
2. Jens Kristiansen, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2016 – Grundlæggende arbejdsret (4.udgave)
3. Ruth Nielsen, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2016 – Dansk arbejdsret (3. reviderede udgave)
4. Yvonne Frederiksen og Mads Krarup Forlaget Thomson 2008 – Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet med kommentarer (1.udgave)
5. Carsten Munk-Hansen, Djøf forlag 2018 – Retsvidenskabsteori (2.udgave)
6. H.G Carlsen ved Danielle Buhl og Jeppe Høyer Jørgen Karnov Group 2014 – Dansk Funktionær Ret (8.udgave)

Websider:

1. <https://www.selskabsadvokaterne.dk/artikler/andet/forskelsbehandling-af-medarbejder/>
2. <https://www.detfagligehus.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/offentligt-ansat/fortrinsret-til-offentlige-stillinger-pga-handicap/>
3. <https://www.detfagligehus.dk/faa-hjaelp/loenmodtager/i-arbejde/opsigelse/for-funktionaerer/>
- 4.

Forarbejder:

1. Forslag til Lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven)

Love:

1. Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008
2. Lov om brug af helbredsoplysninger m.v. på arbejdsmarkedet, Lov nr. 286 af 24/04/1996
3. EU's beskæftigelsesdirektiv, Direktiv 2000/78 af 27. november 2000
4. FN – Standardregler om Lige Muligheder for Handicappede
5. Bekendtgørelse om faste arbejdssteders indretning, Bekendtgørelse nr. 96 af 3. februar 2001
6. FN's Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap (FN's Handicapkonvention)

Retspraksis:

Dansk retspraksis:

1. U.2008.306.V

ARBEJDSGIVERS TILPASNINGSFORPLIGTELSE JF. FORSKELSBEHANDLINGSLOVENS § 2A

2. U.2013.2575.H
3. U.2010.2610.V
4. J. nr. 2013-6810-44759
5. U.2015.3301.H
6. U.2016.2463.H
7. U.2015.3827.H
8. U.2018.2912.V
9. U.2017.782.Ø

Retspraksis fra EU-domstolen

1. C-13/05 - Chacón Navas
2. C-335/11 - Ring
3. C-337/11 - Werge