

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse ved ikke medfødte handicap, som konstateres under ansættelsen. –

Employer's duty of accommodation for non-congenital disability, which is found during employment.

Af Dorthe Juhl Jensen

Studienummer: 20192557

Word Count

Statistics:

Pages	35
Words	14.372
Characters (no spaces)	87.357
Characters (with spaces)	101.465
Paragraphs	556
Lines	1.702

Include footnotes and endnotes

OK

Indholdsfortegnelse.

Abstract	4
1. Introduktion	
1.1. Indledning	
1.2. Problemformulering	
1.3. Metode, kilder og begreber	
1.4. Afgrænsninger	
2. Retsgrundlaget for tilpasningsforpligtelsen.....	6
3. Handicapbegrebet og forbuddet mod diskrimination.....	6
3.1. Rangforholdet mellem EU-ret og dansk ret.....	
3.2. National regulering	
3.3. Overstatslig regulering	
3.3.1. FN-konventioner	
3.3.2. ILO-konventioner	
3.3.3. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention	
3.3.4. EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder	
3.3.5. Delkonklusion	
4. Definition af handicapbegrebet	10
4.1. Generelt om analysen af handicapbegrebet	
4.2. Beskæftigelsesdirektivet	
4.3. FN's handicapkonvention	
4.4. EU-retlig regulering af handicapbegrebet	
4.4.1. Sag C-13/05 (Chacón Navas)	
4.4.2. De forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge).	
4.4.3. Sag C.354/13 (Kaltoft).....	
4.4.4. Delkonklusion	
4.5. Den nationale retstilstand vedrørende handicapbegrebet	
4.5.1. Forskelsbehandlingslovens udspil i praksis.	
4.5.2. Praksis vedrørende ikke medfødte handicap	
4.5.2.1. Skellet mellem sygdom og handicap.	
4.5.2.2. Anvendelse af kriterierne i pr. 47, Ring og Werge-sagerne ..	
4.5.2.3. Kriteriet angående ”lægeligt diagnosticeret sygdom”	
4.5.2.4. Kriteriet angående lang varighed	
4.5.2.5. Psykiske handicap.....	
4.5.2.6. Delkonklusion.	
5. Vurdering af Danmarks anvendelse af handicapbegrebet.....	23
5.1. Delkonklusion	
6. Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse	24
6.1. Centrale punkter i forskelsbehandlingsloven	
6.2. Forskelsbehandlingslovens § 2a	
6.3. Generelt om analysen af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse	
6.4. Arbejdsgiverens viden eller burde viden	
6.4.1. U.2015.3301 H (Werge)	
6.4.2. U.2015.3827 H (Skibby Supermarked)	
6.4.3. Bevisbedømmelse vedr. arbejdsgivers viden eller burde viden ...	
6.4.4. Bemærkninger til U.2015.3301 H og U.2015.3827 H	
6.4.5. Kort om mulighedserklæringen i sygedagpengelovens § 36a	
6.4.6. Delkonklusion	

6.5. Opfyldelse af tilpasningsforpligtelsen	
6.5.1. U.2015.3827 H (Skibby Supermarked fortsat)	
6.5.2. Ø.L.D 28. Februar 2020	
6.5.3. Delkonklusion	
6.6. Arbejdsgivers subjektive forhold	
6.6.1. Beskæftigelsesdirektivets betragtning 21	
6.6.2. U.2016.2463 H	
6.6.3. Delkonklusion	
6.7. Sammenfatning af analysen	
7. Konklusion	33
8. Litteraturliste	
9. Bilag 1	

Abstract.

According to Danish law, an employer must take the necessary precautions to accommodate an employee who has a disability as defined by discrimination law, and directive 2000/78, which prevents them from equally participating in the labour market. This thesis examines what the employer's duty of accommodation contains when the employee has a non-congenital disability.

The concept of disability has no definitive definition, neither within International, EU or national legislation. Earlier, the concept of disability has focused on the physical conditions, where the accommodation primarily included these conditions as well. With the incorporation of The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) the EU has acknowledged that the concept of disability is in constant development. The concept of disability has been developed to include psychological and mental impairments through the preliminary questions in the cases of Chacón Navas, Ring and Werge, and Kaltoft.

The thesis contains an analysis of the situations with cases of non-congenital disabilities according to the discrimination law, and an analysis of the employer's duty of accommodation in these cases. The purpose of the analysis is to examine the content of the accommodation duty, as it is not described in the directive 2000/78 or in the discrimination law. In order to examine the content of the accommodation duty it is necessary to clarify situations with a case of a non-congenital disability, followed by a determination of when the accommodation duty applies.

1. Introduktion

1.2. Problemformulering.

Specialet har til formål at skabe afklaring omkring indholdet af en arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse ved ikke medfødte handicap, og hvornår denne forpligtelse indtræder.

For at besvare dette spørgsmål har specialet to delformål, hvoraf det første delformål er at analysere handicapbegrebets definition for at afklare, hvornår der foreligger et handicap der ikke er medfødt. Specialets andet delformål er at analysere indholdet af tilpasningsforpligtelsen på det danske arbejdsmarked.

1.3. Metode, kilder og begreber.

Formålet med specialet er at besvare problemformuleringens spørgsmål ved at klarlægge gældende ret. Specialet anvender hertil retsdogmatisk metode, hvor gældende ret identificeres

og konstateres gennem beskrivelse, fortolkning og systematisk opstilling af relevante og anerkendte retskilder.¹

Specialets afsnit 3 gennemgår, hvilke retskilder der omfatter diskriminationsforbuddet, og hvilke der omfatter handicapbegrebet i forbuddet. Afsnittet bygges op om forståelsen af, hvilke retskilder der skal anvendes til fortolkningen af handicapbegrebet, og hvornår handicapbegrebet ses som et beskyttelseskriterium i retskilderne.

Analysen i specialets afsnit 4 tager udgangspunkt i en definition af handicapbegrebet. Der anvendes til formålet anerkendte internationale, og EU-retlige kilder, til afklaring af hvordan begrebet skal fortolkes. I afsnit 4.5.2.5. om psykiske handicap inddrages der dansk retspraksis, herunder afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet (LBN). LBN er et administrativt klagenævn for ligebehandling. Afgørelserne herfra kan ankes til en højere instans – domstolene – praksis viser dog at de fleste ikke indbringes for domstolene. Afgørelserne er derfor med til fortolkningen af handicapbegrebet.

Specialet laver en løbende systematisering af de vigtigste årstal, som henholder sig til handicapbegrebet. Dette gøres med henblik på, at udviklingen af begrebet kan følges i specialet.

Specialets afsnit 6 indeholder analysen af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse. Analysen tager udgangspunkt i retspraksis fra Højesteret, med henblik på at se hvad der kan udledes af retspraksis i forhold til forpligtelsens indhold. Dette begrundes med at højesteretsdomme har, med forbehold for at der foreligger dissens, præjudikatværdi, og de er derfor meget anvendelige til formålet.

Specialet indeholder i afsnit 3 terminologien *diskrimination*, hvorefter resten af specialet indeholder terminologien *forskelsbehandling*. Praksis viser at begrebet i EU-sproget anvender *diskrimination*, hvorimod den danske implementering indeholder *forskelsbehandling*. Terminologien *forskelsbehandling* vil blive brugt i specialet, da denne ses mest anvendelig ved handicapbegrebet. *Diskrimination* anvendes i specialets afsnit 3, da dette omhandler det generelle forbud mod *diskrimination*.

Der benyttes korthenvisninger i specialet, hvilket omfatter juridisk litteratur, retsakter og praksis. Der henvises til specialets bilag 1, for en fyldestgørende reference af kilderne.

1.4. Afgrænsninger.

Specialet tager fokus på indholdet af tilpasningsforpligtelsen i FBL. Denne forpligtelse er i sammenhæng med handicapbegrebet jf. FBL § 2a, og specialet vil derfor ikke indeholde nogen gennemgang af andre kriterier, som er beskyttet mod forskelsbehandling.

Der er i specialet yderligere lagt fokus på problemstillingen i et ansættelsesforhold mellem arbejdsgiver og en ansat. Problemstillinger med forskelsbehandling ved jobannoncer, ansættelse, eller afskedigelse vil ikke blive behandlet i specialet. Godtgørelses og erstatnings spørgsmål vil ligeledes ikke blive behandlet.

Specialet behandler ikke, hvilke internationale, EU-retlige og nationale retskilder der kan påberåbes på det private arbejdsmarked. Specialets formål har ikke grundlag for at skelne mellem den offentlige og private sektor, da emnet i specialet finder anvendelse begge steder.

¹ Riis og Trzaskowski, s. 280.

2. Retsgrundlaget for tilpasningsforpligtelsen.

Som del af den almindelige ansættelsesretlige regulering gør det sig gennem forskelsbehandlingsloven gældende at der er forbud mod diskrimination på en arbejdsplads, for at sikre princippet om ligebehandling for så vidt angår de omfattede kriterier, herunder handicap.

Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse overfor personer med handicap er beskrevet i FBL § 2a, der pålægger en arbejdsgiver at træffe de fornødne foranstaltninger, der er hensigtsmæssige for at give en ansat med handicap adgang til beskæftigelse².

For at der kan være tale om en forpligtelse, som kan pålægges arbejdsgiver er det nødvendigt at statuere om der foreligger et handicap eller ej i den konkrete situation. Grænsen kan være svær at skelne mellem, når et handicap eksempelvis ikke altid er synligt, som ved fysiske skader. Det er derfor nødvendigt for at kigge på definitionen af handicapbegrebet og fortolkningsmomenterne hertil, for at kunne vurdere, hvornår der foreligger et ikke medfødt handicap.

Da specialets formål er at analysere indholdet af en arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, foretages der i medfør heraf først en analyse af handicapbegrebet.

3. Handicapbegrebet og forbuddet mod diskrimination.

Diskriminationsforbuddet er en grundlæggende rettighed, der rettes som pligtsubjekt mod staten.³ Nedenfor foretages en kort gennemgang af den nationale og overstatslige regulering af diskriminationsforbuddet. Dette gøres med henblik på at klarlægge, hvordan diskriminationsforbuddet gør sit udspil i retskilderne, og hvilke af disse der kan bruges som fortolkningsbidrag til handicapbegrebet og tilpasningsforpligtelsen i FBL. Spørgsmålet vedrørende hvilke af retskilderne der kan påberåbes vertikalt og horisontalt behandles ikke i afsnittet. Dette begrundes i specialets fokus, som er definerings af handicapbegrebet og indholdet arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

3.1. Rangforholdet mellem EU-ret og dansk ret.

Princippet om EU-rettens direkte virkning for medlemsstaterne blev fastslået af EUD i 1963. Denne direkte virkning gør sig også gældende for traktatbestemmelser, hvilke omfatter individets retsbeskyttelse, og i visse omfang uskrevne grundrettigheder.⁴ Der opstår herigennem et EU-retligt krav om ubetinget forrang for de nationale forfatninger. I denne sammenhæng har EUD ligeledes i 1964 fastslået at EU-retten har forrang for al modstridende national ret, med en henvisning til EU-fællesskabets karakter, hvorved fællesskabsretten vil blive bragt i fare, hvis ikke EU-retten har forrang.⁵

Der er dog en modstrid mellem EU-retten og grundloven i Danmark, i det EU jf. GRL § 20 ikke har en overladt kompetence til at bryde eller krænke rettighederne i grundloven. Adgangen til at fravige rettighederne i grundloven tilkommer ikke rigets myndigheder, men

² FBL § 2a.

³ Rytter, s. 37.

⁴ Rytter, s. 48.

⁵ Rytter, s. 48.

de er tværtimod bundet heraf. Skal loven fraviges tilkommer retten folket gennem en grundlovsændring jf. GRL § 88.⁶

Denne modstrid er prøvet af Højesteret, hvorefter det følger af *Maastricht-dommen*⁷, at grundloven og dennes rettigheder har forrang for EU-retten.

En reel konflikt mellem EU's grundlæggende rettigheder og grundlovens rettigheder er svær at forestille sig. Jf. EUC⁸ art. 53 om beskyttelsesniveauet, må ingen bestemmelse fortolkes som en begrænsning eller et indgreb i de grundlæggende menneskerettigheder og frihedsrettigheder i medlemsstaternes forfatninger. Der er dog mulighed for en bredere rettighedsbeskyttelse, hvis disse områder ikke er beskyttet i grundloven. Dette faktum vil ikke skabe en konflikt mellem EU-retten og grundloven, i det det ikke er i strid med grundlovens rettigheder at give individet end bedre rettighedsbeskyttelse end loven indeholder.⁹

Angående forholdet mellem EU-retten og den almindelige lovgivning i Danmark er udgangspunktet, at det i dansk ret anerkendes at EU-retten har forrang her.¹⁰

3.2. National regulering.

Den danske grundlov danner ikke rammer for en særlig beskyttelse af bestemte samfundsgrupper.¹¹ Der er således ikke nogen forfatningsretlig beskyttelse indenfor handicap området. Grundloven har derfor ingen betydning for fortolkningen af FBL på arbejdsmarkedet, når det angår arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse eller handicapbegrebet. Fortolkningsbidragene må derfor findes i EU- og folkeretten.

3.3. Overstatslig regulering.

3.3.1. FN-konventioner.

FN's konvention fra 1966 om borgerlige og politiske rettigheder (herefter ICCPR) indeholder et generelt diskriminationsforbud i art. 26, der kan anvendes uafhængigt af øvrige rettigheder i konventionen.¹² Formelt er ICCPR ikke tiltrådt i EU-retten¹³, EUD tager dog hensyn til den ved anvendelsen af de generelle principper i EU-retten.¹⁴ Der er i direktiv 2000/78 henvist til ICCPR i fjerde betragtning, hvorved hensynet hertil kommer til udtryk. Direktivet er implementeret i dansk ret gennem FBL, og der skal derfor fortolkes i overensstemmelse hermed, når det angår diskriminationsforbuddet. Folkeretligt er konventionen ratificeret i Danmark, hvilket betyder at dansk ret skal fortolke lovregler i overensstemmelse med denne.

Selvom der efter art. 26 i ICCPR er et generelt diskriminationsforbud, er det ikke klarlagt om handicap kan omfattes efter artiklens ordlyd ”*other status*”. Der er desuden ikke yderligere fortolkningsbidrag til handicapbegrebet i konventionen. ICCPR er derfor ikke anvendelig til fortolkningen af FBL, når det drejer sig om handicapbegrebet og arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

⁶ Rytter, s. 50.

⁷ UfR 1998.800 H.

⁸ Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

⁹ Rytter, s. 51.

¹⁰ Rytter, s. 51.

¹¹ Rytter, s. 38.

¹² Link: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

¹³ Sag C-543/14, pr. 23.

¹⁴ Sag C-540/03, pr. 37.

I december år 2006 vedtog FN konventionen om Rettigheder for Personer med Handicap (CRPD). FN's handicapkonvention er den første menneskerettighedskonvention EU er part i. Flere af EU-landene har ratificeret konventionen, heriblandt Danmark i 2009, men den er underskrevet af alle¹⁵. Ved ratificering forpligter man sig herigennem til at efterkomme konventionens bestemmelser, ved at inkorporere konventionen i et lands lovgivning. Danmark er derfor både EU-retligt og folkeretligt forpligtet i forhold til konventionen.

Handicapkonventionens art. 1 anvendes aktivt af EU til fortolkning af handicapbegrebet, og har derfor også stor betydning, som fortolkningsbidrag til FBL. Dette følger af de forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge sagerne) fra EUD, hvor man fastslog at når EU indgår internationale aftaler er disse bindende for EU-institutionerne og medlemsstaterne jf. TEUF art. 216, stk. 2, og disse aftaler har følgelig forrang for EU-retsakter.¹⁶ EUD fastlog yderligere at direktiv 2000/78 i videst muligt omfang bør fortolkes i overensstemmelse med konventionen.¹⁷ Konventionens art. 1 og de forende sager C-335/11 og C-337/11 gennemgås nærmere i afsnittet om definition af handicapbegrebet.

Konventionen indeholder en tilbageholdenhed i art. 4, nr. 4 under generelle forpligtelser. Der er således efter artiklen en tilbageholdenhed, for et deltagerlands lovgivning eller folkeretten, hvis denne er bedre egnet til at virkeliggøre de rettigheder, som tilkommer personer med handicap. Omvendt er der også tilbageholdenhed ved et deltagerlands grundlæggende frihedsrettigheder og menneskerettigheder i lovregler, konventioner og sædvaner. Disse må efter art. 4, nr. 4 ikke begrænses, og anerkendes de kun i mindre omfang eller slet ikke i konventionen, så skal de respekteres.

3.3.2. ILO-konventioner.

Den Internationale Arbejdsorganisation (ILO), hvis grundlæggende formål er at bekæmpe fattigdom og fremme social retfærdighed, er FN's faglige organ, når det angår arbejdsmarkedsspørgsmål.¹⁸ I Danmark har man været medlem siden oprettelsen i 1919, og ratificeret samtlige 8 konventioner om arbejdstagerrettigheder. ILO-konventionerne er ikke umiddelbart direkte anvendelige i dansk ret¹⁹, men dansk ret skal efter fortolkningsreglen fortolke i overensstemmelse med konventionerne.

Diskriminationsforbuddet fremgår af ILO-konventionen nr. 111 fra 1958, og omfatter både direkte og indirekte diskrimination jf. art 1, stk. 1. Denne konvention har en særlig status i forhold til FBL, da lovforslaget bl.a. blev fremsat efter en erkendelse af, at den danske retstilstand var utilstrækkelig og ikke levede op til sine forpligtelser efter konventionen.²⁰ Det må endvidere ud fra ovenstående antages at konventionen har en vis betydning, når det kommer til fortolkningen af FBL. EU-retligt bliver der også henvist til denne konvention i direktiv 2000/78 fjerde betragtning. EU kan dog ikke selv ratificere ILO-konventioner i EU-retten, da det følger af ILO-statutten at kun stater kan blive parter i disse konventioner.²¹

¹⁵ Nielsen, s. 38.

¹⁶ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, pr. 28.

¹⁷ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, pr. 32.

¹⁸ Link: <https://bm.dk/arbejdsomraader/arbejdsvilkaar/internationalt-samarbejde/ilo/>

¹⁹ U 2006.770 H.

²⁰ FOB.1995.46 side 7.

²¹ ILO-statuttens art. 1, stk. 2.

Diskriminationsforbuddet i ILO-konventionens nr. 111 art. 1 indeholder efter artiklens ordlyd ikke handicap som beskyttelseskriterium. Konventionen her er derfor heller ikke anvendelig, som fortolkningsbidrag til handicapbegrebet eller tilpasningsforpligtelsen.

3.3.3. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

EMRK blev i år 1950 vedtaget af Europarådet, hvorefter den på lovsniveau blev inkorporeret i dansk ret i 1992. EMRK indeholder også et generelt diskriminationsforbud efter art. 14, bestemmelsen fremhæver dog ikke handicap, men det kan diskuteres om ordlyden ”*ethvert andet forhold*”²² omfatter handicappet. I henhold til fortolkningsbidrag til handicapbegrebet og tilpasningsforpligtelsen er der ikke yderligere at finde i EMRK.

3.3.4. EU’s Charter om Grundlæggende Rettigheder.

På et EU-retligt plan er beskyttelsen af diskriminationsforbuddet i EUC, der har samme virkning som traktaterne jf. TEU art. 6 stk. 1. Denne status har EUC haft siden 2009, hvor chartret blev en del af den generelle EU-ret. EUC kan siges at være EU-rettens svar på en forfatning.²³ Jf. EUC art. 51, stk. 1 gælder bestemmelsen for Unionens institutioner og medlemsstaterne med den betingelse af at de gennemfører EU-retten.

Det generelle diskriminationsforbud fremkommer i chartrets art. 21, stk. 1. Her er handicap nævnt som beskyttelseskriterium i bestemmelsen. Endvidere har handicappet sin egen bestemmelse i medfør af art. 26. Ingen af bestemmelserne indeholder en nærmere tyding af handicappet, men i medfør af at EU er tiltrådt FN’s handicapkonvention må det antages at handicappet i EUC skal tolkes efter denne.

3.3.5. Delkonklusion.

Det generelle diskriminationsforbud fremgår jf. ovenstående afsnit både folke- og EU-retligt. Forbuddet i retskilderne kan ledes tilbage helt fra 1950 (EMRK), hvorimod handicapbegrebet først gør sit udspil folkeretligt gennem FN’s handicapkonvention i 2006, og EU-retligt gennem EUC i 2009. Handicap som beskyttelseskriterium berøres derfor ikke i ICCPR, ILO-konvention nr. 111, eller EMRK. Disse har derfor ingen betydning for fortolkningen af handicapbegrebet i FBL.

EUC nævner handicap i bestemmelsen art. 21, stk. 1 om det generelle diskriminationsforbud, men i og med der ikke beskrives yderligere om begrebet i chartret har denne begrænset betydning for fortolkningen af begrebet i FBL. FN’s handicapkonvention tager udelukkende fokus på begrebet, og denne har retskildemæssigt den mest nærgående beskrivelse af handicapbegrebet i konventionens art. 1, hvilket gør den stærkt anvendelig til specialets formål.

Nationalt er handicap ikke beskyttet gennem grundloven, da denne ikke giver særlig beskyttelse ved visse samfundsgrupper, men den udelukker ikke bedre beskyttelse for individer gennem andre retskilder. Grundloven har derfor heller ikke nogen betydning ved fortolkningen af handicapbegrebet, og fortolkningen kan findes gennem folke- og EU-retten.

Ovenstående afsnit begrundes således anvendelsen af FN’s handicapkonvention til fortolkningen af handicapbegrebet i FBL.

²² EMRK art. 14.

²³ Nielsen, s. 54f.

4. Definition af handicapbegrebet.

4.1. Generelt om analysen af handicapbegrebet.

Analysens formål er at finde frem til, hvornår der foreligger et ikke medfødt handicap i FBL's forstand. Analysen bygges derfor først op omkring definitionen af handicapbegrebet, og dennes udvikling i den EU-retlige og nationale retstilstand. Herefter inddrages der i analysen danske retskilder, for at fastslå handicapbegrebets anvendelse i nyere praksis, og hvad begrebet *"ikke medfødte handicap"* kan indeholde.

4.2. Beskæftigelsesdirektivet.

Direktiv 2000/78 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv blev vedtaget i år 2000. Direktivet kan isoleret set ikke opfylde legalitetsprincippet hjemmelskrav i national ret²⁴, og direktiver generelt kendetegnes ved at skulle implementeres i en medlemsstats nationale ret, jf. TEUF art. 288, stk. 3. Grundtanken bag direktivformens anvendelse i forbindelse med EU lovgivning er, at EU stiller de overordnede krav til retstilstanden i medlemsstaterne, men at det overlades til de nationale lovgivere at konkretisere, hvordan de fastlagte mål i direktivet skal nås.²⁵ Der kan således for medlemsstaterne i EU være en forskellig tilgang til, hvordan direktiv 2000/78 og dennes krav anvendes på nationalt plan, hvilket eksempelvis gør sig gældende ved tilgangen af handicapbegrebet. I Danmark er direktivet implementeret gennem FBL, og sager om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet skal afgøres herefter. Direktivet finder jf. art 3, stk. 1 anvendelse på det offentlige og private arbejdsmarked.²⁶

Formålet og beskyttelseskriterierne er fastslået i direktivets art. 1:

"Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering."

Direktivets beskyttelseskriterier er i det store omfang reguleret på samme måde, men der er forskel på de forskellige former for forskelsbehandling, som hver især kræver deres egen løsning. Løsningen er ikke givet i direktivet, men det følger af TEUF art. 267 at de nationale dommere i tvivlstilfælde om fortolkningen af direktivet, kan forelægge præjudicielle spørgsmål for EUD. Udtrykket "kan forelægge" skal sandsynligvis nærmere ses som "skal forelægge", dette begrundes i princippet om EU-konform fortolkning, hvorefter FBL skal fortolkes i overensstemmelse med direktivet. Spørgsmål vedrørende fortolkningstvivel bør derfor altid forelægges for EUD.

Handicapbegrebet har ingen endelig definition i FBL eller beskæftigelsesdirektivet, da disse kun beskriver at der er forbud mod forskelsbehandling af personer med handicap. En nærmere forståelse af begrebet må derfor søges gennem de fortolkninger, som både er EU-retlige og national-retlige, for at klarlægge hvornår der foreligger et ikke medfødt handicap. Det er i denne forbindelse FN's handicapkonvention anvendes til en nærmere beskrivelse af handicapbegrebet jf. forrige afsnit.

²⁴ Riis og Trzaskowski, s. 58.

²⁵ Riis og Trzaskowski, s. 58.

²⁶ Direktiv 2000/78, art. 3 stk. 1.

Beskæftigelsesdirektivets bestemmelser om handicap blev implementeret i Danmark i 2004, hvor begrebet handicap blev tilføjet til forskelsbehandlingsloven som beskyttelseskriterium²⁷. Selve begrebet har fra implementeringen i 2004 og frem til de forenede Ring og Werge-sager fra EUD udviklet sig ved anvendelsen af begrebet, og ligeledes hvordan begrebet skal fortolkes. Nedenfor i dette afsnit gennemgås, hvordan handicapbegrebet beskrives i FN's handicapkonvention, efterfølgende gennemgås det, hvordan begrebet har udspillet sig EU-retligt og nationalt.

4.3. FN's handicapkonvention.

Beskrivelsen af handicapbegrebet i FN's handicapkonvention bør være generelt vejledende for de respektive medlemsstaters fortolkning af handicapbegrebet. Dette følger af ovenstående afsnit om overstatslig regulering.

Der beskrives i konventionens artikel 1, at personer med handicap omfatter:

*"Personer, der har en langvarig fysisk, psykisk, intellektuel eller sensorisk funktionsnedsættelse, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre."*²⁸

Konventionen anfører i præamblet under punkt (e) at begrebet er under udvikling og at samspillet mellem forskellige faktorer som personer, omgivelser og holdningsmæssige barrierer, og funktionsnedsættelse spiller ind i forståelsen af handicapbegrebet²⁹.

Konventionen sætter fokus på det miljøbestemte handicapbegreb. Dermed lægges afstand til en ældre opfattelse af begrebet handicap, som noget der bestemmes medicinsk eller begrænser den ansattes fysiske funktion.³⁰ De miljømæssige faktorer ses ud fra, hvordan en person med handicap agerer i omgivelserne, og om disse omgivelser skaber en forhindring for den pågældende ansatte til at deltage på lige vilkår med de andre ansatte. Eksempler herpå kan være at arbejdspladsen ikke er egnet til kørestolsbruger eller at arbejdsgiver ikke har viden om diskriminationslovgivning, og ikke træffer de fornødne tilpasninger, som en ansat med handicap har behov for.³¹

FN's handicapkonvention er inkorporeret i EU-retten. Fortolkning af handicapbegrebet skal således udføres efter konventionens retningslinjer. De miljømæssige faktorer har særligt fokus i konventionen, og de skal derfor tillægges betydning ved fortolkning af handicapbegrebet EU-retligt.

4.4. EU-retlig regulering af handicapbegrebet.

Som nævnt ovenfor definerer beskæftigelsesdirektivet ikke handicapbegrebet. EUD har derfor gennem præjudicielle spørgsmål taget stilling til, hvilke retningslinjer der skal bruges til fortolkning af, hvornår der foreligger et handicap.

Nedenfor i afsnittet vil der, i forhold til handicapbegrebet blive taget udgangspunkt i sagerne C-13/05 (herefter Chacón Navas), C-335/11 og C-337/11 (herefter Ring og Werge), og C-354/13 (herefter Kaltoft). Baggrunden herfor er at disse sager principielt har udviklet

²⁷ Schwarz & Hartmann, s. 258.

²⁸ FN's handicapkonvention, art. 1.

²⁹ FN's handicapkonvention. Præambel, punkt (e).

³⁰ Nielsen, s. 121

³¹ Nielsen, s. 121.

fortolkningen af begrebet. Sagerne vil kun kort blive beskrevet, da der hovedsageligt tages udgangspunkt i, hvad der kan udledes af præmisserne fra EUD i forhold til at afklare retningslinjerne til fortolkning af handicapbegrebet. Sag C-395/15 (herefter Daouidi) gennemgås ikke i dette afsnit, men bruges illustrativt enkelte steder i afsnittet efter. Begrundelsen herfor er, at Daouidi-sagen udspringer af fortolkningstvivil ved kriterier stillet fra Ring- og Werge-sagerne, og disse vil blive gennemgået i efterfølgende afsnit.

4.4.1. Sag C-13/05 (Chacón Navas).

Sagen omhandlede en kvindelig ansat, der efter 8 måneders sygdom blev afskediget. I de 8 måneder var der tale om en lægeordineret sygeorlov, hvor den ansatte som følge af uarbejdsdygtighed modtog ydelser herfor. Afskedigelsen var ikke ledsaget af en begrundelse, og var derfor alene begrundet i hendes sygdom. Der er i sagen ikke angivet detaljer om sygdommen.³² Den ansatte gjorde i forbindelse med afskedigelsen gældende, at denne var i strid med direktiv 2000/78. Det præjudicielle spørgsmål i sagen var derfor om afskedigelse der er begrundet sygdom kunne udgøre forskelsbehandling pga. handicap.

Selvom direktiv 2000/78 ikke indeholder nogen definition af handicapbegrebet, fastslår EUD i sagen at der ønskes en fællesskabsretlig anvendelse af handicapbegrebet.³³

Ønsket om fællesskabsretlig anvendelse fra EUD, giver dog ikke retningslinjer til en nærmere definition af handicapbegrebet. Begrebet afgrænses derfor nærmere i pr. 43:

*"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 erhvervslivet."*³⁴

Præmisset fastslår at skader kan medføre, at en ansat kan være omfanget af handicapbegrebet, hvis skaden er til hinder for at den ansatte kan deltage i erhvervslivet. Udtrykket skader kan forstås således, at det både kan være medfødt, og opstået som følge af en ulykke. Præmisset udleder også to kumulative betingelser, hvor den ene er at der skal være tale om en begrænsning bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske funktionsnedsættelser.

Den sidste kumulative betingelse udledes af pr. 45:

*"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 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 være omfattet af begrebet >>handicap<< skal begrænsningen muligvis være af lang varighed."*³⁵

Præmisset konstaterer at der i sammenhæng med de to betingelser i pr. 43, skal være tale om en begrænsning, som muligvis er af lang varighed. Denne betingelse åbner op for, at et handicap ikke nødvendigvis skal være af permanent karakter.

³² BEU Alm. Del – bilag 204, s. 16.

³³ Sag C-13/05, pr. 40, og pr. 42.

³⁴ Sag C-13/05, pr. 43.

³⁵ Sag C-13/05, pr. 45.

EUD fastslår også i sagen at der må sondres mellem sygdom og handicap. Dette udspringer af det andet præjudicielle spørgsmål om, hvorvidt sygdom kan anses for en grund der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78.³⁶ Sygdom i sig selv udelukkes for beskyttelsen i direktiv 2000/78 gennem EUD's pr. 57:

*"Følgelig skal det andet spørgsmål besvares med, at sygdom i sig selv ikke kan anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78."*³⁷

Hvis EU ønskede at sidestille sygdom med handicap, ville "sygdom" være indsat som et beskyttelseskriterium i direktiv 2000/78. Direktivet har derfor ikke haft til hensigt, at sygdom i sig selv skulle kunne beskyttes imod forskelsbehandling.³⁸ Sagen viser derfor, at der i ved anvendelsen af forbuddet mod forskelsbehandling i direktivet, skal skelnes mellem tilstande der udelukkende er sygdom i sig selv, og tilstande der kan klassificeres som et handicap.

EUD tager i sagen ikke stilling til, hvordan der skal skelnes mellem sygdom og handicap. Dette giver de nationale domstole fortolkningsproblemer, når der forekommer situationer med sygdom der senere kan gå hen og medføre et handicap.

EUD afsagde dom i sagen 11. juli 2006, og sammenfattende kan det af sagen udledes at EUD ikke fastlægger nogen form for endelig definition af handicapbegrebet, men at der alene opstilles tre kumulative betingelser for begrebet. Det bemærkes at der er afsagt dom i sagen før vedtagelsen af FN's handicapkonvention, da denne først vedtages i december 2006.

4.4.2. De forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge).

Ring og Werge-sagerne har i praksis fået en afgørende betydning for definitionen af handicapbegrebet. Det er her EUD indfører FN's handicapkonvention som retsgrundlag med forrang for EU-retsakter herunder direktiv 2000/78, som nævnt i afsnittet om overstatlig regulering. Handicapkonventionens beskrivelse af begrebet i art. 1 inddrages i sagen, hvorefter denne beskrivelse lægges til grund ved fortolkningen af handicapbegrebet.

U.2014.1223.SH og U.2015.3301.H lagde ved de danske domstole begge op til de samme spørgsmål vedrørende handicapbegrebets definition. Sagerne omfattede afskedigelse af to personer, hvor den ene havde konstante lænderygssmerter, der ikke var muligt at behandle.³⁹ Den anden havde ved et trafikuheld fået pådraget sig en piskesmældslidelse.⁴⁰ Der blev i forbindelse med sagerne forelagt fire præjudicielle spørgsmål for EUD.

To af de præjudicielle spørgsmål tager udgangspunkt i handicapbegrebet, og disse gennemgås derfor i dette afsnit.

Spørgsmålene vedrørende handicapbegrebet blev behandlet samlet under ét i sagen. Her ønskede den forelæggende ret oplyst om handicapbegrebet i direktiv 2000/78 omfattede enhver person, som på grund af fysiske, mentale eller psykiske skader ikke kan eller kun i begrænset omfang kan udføre sit arbejde i en periode, som opfylder betingelsen vedrørende lang varighed fra Chacón Navas sagens pr. 45. Endvidere ønskede den forelæggende ret

³⁶ Sag C-13/05, pr. 53.

³⁷ Sag C-13/05, pr. 57.

³⁸ Kristiansen, s. 268.

³⁹ U 2014.1223 SH.

⁴⁰ U 2015.3301 H.

oplyst om en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret uhelbredelig eller helbredelig sygdom kan være omfattet af begrebet. Slutligt ønskedes oplyst om karakteren af de foranstaltninger, som en arbejdsgiver skal træffe, er afgørende for, om en persons helbredstilstand er omfattet af handicapbegrebet.⁴¹

EUD har til spørgsmålet om, hvorvidt enhver person, som opfylder de betingelser fremsat i spørgsmålet, er omfattet af handicapbegrebet i direktiv 2000/78's forstand, fastlagt at i overensstemmelse med direktivets art. 3, stk. 1, litra c finder dette anvendelse på alle personer. Spørgsmålet er udledt af de afskedigelsessituationer Ring og Werge har været i, hvor direktivets art. 3, stk. 1 litra c nu finder anvendelse på alle personer for så vidt angår bl.a. afskedigelse.⁴²

Som svar til den sidste del af de to samlede spørgsmål anfører EUD følgende i pr. 47:

”Det følger af de ovenstående betragtninger, at det første og andet spørgsmål skal besvares med, at begrebet »handicap« i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb.”⁴³

Præmisset bygger videre på handicapbegrebet fra Chacón Navas-dommen, hvor der skal sondres mellem sygdom og handicap, således at sygdom kan medføre en funktionsnedsættelse og dermed et handicap.⁴⁴

Kriterierne for vurderingen af, hvornår der foreligger et handicap i direktiv 2000/78's forstand omfatter således:

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

Præmisset indeholder som FN's handicapkonventions art. 1 det miljøbestemte moment, og det kan heraf i vis omfang ses at der gennem de forenede Ring og Werge-sager er skabt overensstemmelse mellem FN's handicapkonvention og den nu EU-retlige fortolkning af handicapbegrebet.

EUD fastslår sidst i pr. 47, at der til definitionen af om der foreligger et handicap ikke må tages udgangspunkt i, om der er behov for en tilpasningsforanstaltning. Det er derfor ikke afgørende om en ansat har brug for en tilpasning, for at kunne omfattes af handicapbegrebet.

⁴¹ Forenede sager C-335/11 og C-337/11, pr. 34.

⁴² Forenede sager C-335/11 og C-337/11, 35.

⁴³ Forenede sager C-335/11 og C-337/11, pr. 47.

⁴⁴ BEU Alm. Del – bilag 204, s. 17.

Tilpasningsforpligtelsen skal således ses som en følge af, at en ansat omfattes af handicapbegrebet, men det må ikke indgå i vurderingen af om der foreligger et handicap.

EUD afsagde dom i sagen 11. april 2013, og dommen har efterfølgende haft stor betydning for dansk retspraksis. Dommen har på samtlige punkter gjort op med forståelsen af handicapbegrebet⁴⁵, og kriterierne til vurderingen af om der foreligger et handicap i lovens forstand anvendes aktivt i dansk retspraksis.

4.4.3. Sag C-354/13 (Kaltoft).

I Kaltoft-sagen, der i Danmark er blevet kendt som ”fedme-sagen”⁴⁶, blev der for EUD forelagt præjudicielt spørgsmål, om hvorvidt fedme kan udgøre et handicap i FBL’s forstand. Den pårørende arbejdstager var svært overvægtig, hvortil pårørende anførte at have gener grundet overvægt. I forbindelse med en afskedigelse, der blev udløst af nedskæringer, gjorde pårørende gældende, at der var tale om ulovlig diskrimination på grund af fedme.

EUD udtalte i Kaltoft-sagen⁴⁷ i pr. 54 følgende om gener:

*”Begrebet >>handicap<< skal forstås således, at det ikke alene omfatter den omstændighed, at det er umuligt at udøve erhvervsmæssig aktivitet, men også omfatter gener for udøvelsen af sådan en aktivitet. En anden fortolkning ville være uforenelig med dette direktivs formål, som bl.a. er, at en handicappet person kan få adgang til eller udøve beskæftigelse...”*⁴⁸

EUD fastslår her at den begrænsning en arbejdstager oplever i arbejdslivet, ikke nødvendigvis er, at vedkommende ikke kan udøve en konkret aktivitet længere. Hvis der er gener ved den konkrete aktivitet, vil dette derfor også medføre en begrænsning for arbejdstageren.

I forhold til fedmens opstående fastslår EUD i pr. 56, at det ikke tillægges betydning om arbejdstageren selv har medvirket til årsagen til handicappet. Dette er sammenholdt med pr. 55, hvor EUD tager fokus på ligebehandlingen, idet direktiv 2000/78 har til formål at sikre ligebehandling. En vurdering af arbejdstagers egen skyld eller medvirken til medførelse af handicappet ville derfor være i strid med formålet i direktivet.⁴⁹ Der henvises i præmisset til Ring og Werge-dommens pr. 40, hvor generaladvokaten i pkt. 32 i forslaget til afgørelse har anført, at det ikke fremgår at direktiv 2000/78 kun omfatter handicap, som er medfødt eller forårsaget af ulykker, og handicap der er forårsaget af sygdom kan derfor ikke udelukkes.⁵⁰

Til spørgsmålet om, hvorvidt fedme udgør et handicap udtalte EUD i pr. 58 og 59, at fedme ikke nødvendigvis efter sin art medfører at der foreligger en begrænsning i arbejdslivet. Med udgangspunkt i kriterierne fra Ring- og Werge-sagen udtalte EUD, at fedme kan udgøre et handicap, hvis det efter omstændighederne medfører en begrænsning af lang varighed for arbejdstageren. Denne begrænsning skal yderligere være til hinder for at arbejdstager kan deltage fuldt og effektivt i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere⁵¹, men fedme i sig selv er ikke et beskyttet kriterium efter direktiv 2000/78 og FBL.

⁴⁵ BEU Alm. Del – bilag 204, s. 17.

⁴⁶ Retten i Kolding d. 31 marts 2016.

⁴⁷ Sag C-354/13.

⁴⁸ Sag C-354/13, pr. 54.

⁴⁹ Sag C-354/13, pr. 55 og 56.

⁵⁰ Forenede sager C-335/11 og C-337/11, pr. 40.

⁵¹ Sag C-354/13, pr. 58 og 59.

Præmisset illustrerer ligeledes at en sygdom eller lidelse godt kan udgøre et handicap i et tilfælde, mens det i et andet ikke kan, fordi der ikke vurderes at være omstændigheder der medfører begrænsninger i forhold til at deltage fuldt og effektivt i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere.

EUD afsagde dom i sagen 18. December 2014. Kriterierne fra Ring og Werge-sagen anvendes i Kaltoft-sagen, og der bygges videre på begrebet således, at en arbejdstagers egen skyld til årsagen for tilstanden ikke må indgå i vurderingen af, om der foreligger et handicap i lovens forstand.

4.4.4. Delkonklusion.

Gennem ovenstående praksis er der skabt nærmere afklaring om, hvordan handicapbegrebet skal fortolkes EU-retligt. Begrebet kan efter praksis udvides til at omfatte skader der ikke er medfødt, sygdom eller en lidelse, såfremt kriterierne i Ring- og Werge-sagen er opfyldt. Årsagen til handicappet må ikke indgå i fortolkningen af begrebet, da dette er i strid med formålet om ligebehandling i direktiv 2000/78.

Da FBL i Danmark skal fortolkes konformt med direktiv 2000/78, skal de danske domstolene derfor ved fortolkningen af handicapbegrebet anvende de vejledende retningslinjer, som EUD har fastslået i praksis.

4.5. Den nationale retstilstand vedrørende handicapbegrebet.

4.5.1. Forskelsbehandlingslovens udspil i praksis.

I juni 1996 blev forskelsbehandlingsloven vedtaget.⁵² Den oprindelige udformning af loven indeholdte ikke handicap som et beskyttelseskriterium, og ligeledes ingen bestemmelse om arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse. I forbindelse med gennemførelsen af direktiv 2000/78, der indeholder de generelle rammer for ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, blev der i december 2004 foretaget en lovændring, hvor handicap blev indsat som et beskyttelseskriterium i FBL.⁵³

Da handicapbegrebet ikke indeholder nogen definition i direktiv 2000/78 eller i FBL, har dette givet anledning til fortolkningsproblemer ved de danske domstole. Tidligere var behovet for tilpasning et kriterium for, at der overhovedet var et handicap. Dette fremgår også i forarbejderne til FBL, da handicap blev indsat som beskyttelseskriterium i 2004. Forståelsen af handicapbegrebet i forarbejderne byggede på at den funktionsnedsættelse arbejdstager har, skal afføde et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre i tilsvarende situation.⁵⁴ EUD tog ved Ring- og Werge-sagen den del af kriteriet ud, og fastslog at det ikke er et kriterium, at der er behov for en foranstaltning.

I dansk ret havde man fortolket kompensationsbehovet som en fysisk foranstaltning, og behov som f.eks. nedsat tid som foranstaltning blev ikke anvendt. Den indskrænkende fortolkning heraf skyldes, at man i Danmark havde blandet kompensationsbehovet sammen med kompensationsprincippet.⁵⁵ Dette skete fordi domstolene anvendte tilgangen fra den social- og arbejdsmarkedsretlige lovgivning i forhold til handicapbegrebet.⁵⁶

⁵² Lov nr. 459 af 12. juni 1996.

⁵³ Lov nr. 1417 af 22. december 2004.

⁵⁴ FT 2004-05, tillæg A, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser § 1, til nr. 2, via Link: https://www.ft.dk/samling/20041/lovforslag/192/20041_192_som_fremsat.htm

⁵⁵ Artikel af Scheibel og Skarum, s. 4, spalte 2.

⁵⁶ Lov nr. 97 af 17. februar 2005.

Kompensationsprincippet er et anerkendt princip i dansk handicappolitik, og princippet anfører hovedsageligt at en person med nedsat funktionsevne skal tilbydes en ydelse, som bedst muligt kompenserer for følgerne.⁵⁷ Den social- og arbejdsmarkedsretlige lovgivning har til formål at opfylde kompensationsprincippet, og de danske domstole har i forhold til kompensationsbehovet henvist til forståelsen af handicapbegrebet heri, trods det faktum at denne lovgivning ikke indeholder nogen egentlig definition af begrebet.

FBL § 2a giver arbejdsgiver pligt til at tilpasse, indholdet af denne pligt er ikke beskrevet i loven, men den kan udgøre mange forskellige slags tilpasninger. Den kan derfor ikke begrænses til fysiske tilbud om tilpasning, for at holde medarbejderen på arbejdspladsen.

De nævnte domme i ovenstående afsnit fra EUD (*Chacón Navas, Ring og Werge, og Kaltoft*), har givet domstolene mere afklaring på, hvordan handicapbegrebet skal fortolkes. Det giver mening, at man lovgivningsmæssigt ikke har givet handicapbegrebet nogen endelig definition, i det handicapbegrebet er i konstant udvikling. En endelig definition af begrebet ville derfor kunne risikere at udelukke enkelte grupper af personer, som ikke kan fungere på lige fod med andre i erhvervslivet grundet en tilstand, som måske ikke er blevet behandlet i forhold til handicapbegrebet endnu. Det kan ikke udelukkes at fremtidig praksis vil definere begrebet yderligere da begrebet er i udvikling, men det vil også resultere i flere retssager.

4.5.2. Praksis vedrørende ikke medfødte handicap.

Før arbejdsgiveren kan pålægges en tilpasningsforpligtelse, er det nødvendigt at statuere om medarbejderen har et handicap eller ej. Arbejdsgiveren har nemlig ikke pligt til at foretage tilpasning efter FBL § 2a, hvis der ikke foreligger et handicap hos medarbejderen.

Nedenfor gennemgås et udvalg af administrativ praksis fra LBN og retspraksis fra de danske domstole i forbindelse med at finde frem til, hvornår der foreligger et ikke medfødt handicap i lovens forstand. Det er nødvendigt at undersøge dette, for at kunne analysere indholdet af tilpasningsforpligtelsen i efterfølgende afsnit. Forpligtelsen kan indeholde fysiske og andre former for tilpasninger, men det er nødvendigt at der foreligger et handicap, før man kan analysere, hvad tilpasningen kan være i en konkret situation. Det udvalgte praksis er hovedsageligt taget fra efter afgørelsen i Ring- og Werge-sagerne fra EUD.⁵⁸ Dette begrundes med at der i forhold til analysen af tilpasningsforpligtelsen, må kigges på nyere vurderinger af handicapbegrebet, for at kunne finde frem til, hvad en tilpasningsforpligtelse kan indeholde i forhold til disse.

Fokusset i gennemgangen forholder sig på de situationer, hvor en lidelse/sygdom går hen og udvikler sig til et handicap, og domstolenes brug af kriterierne fra Ring og Werge-sagerne vil blive beskrevet.

4.5.2.1. Skellet mellem sygdom og handicap.

Sygdom er ikke indsat som et beskyttelseskriterium i FBL.

Hvorvidt en sygdom medfører en funktionsnedsættelse for arbejdstageren, som kan udgøre et handicap i FBL's forstand er oftest vanskeligt at fastslå.

I dansk ret gør det sig i dag gældende at man aktivt efter Ring og Werge-sagerne⁵⁹ tager udgangspunkt i pr. 47 fra EUD i de tilfælde, hvor sygdom kan gå hen og udgøre et handicap. Præmissets kriterier anvendes til afklaring ved mulig årsagsforbindelse mellem sygdom og handicap.

⁵⁷ <https://danskhandicapforbund.dk/da/om-forbundet/principper/#gsc.tab=0>

⁵⁸ Forenede sager C-335/11 og C-337/11.

⁵⁹ Forenede sager C-335/11 og C-337/11.

4.5.2.2. Anvendelse af kriterierne i pr. 47, Ring og Werge-sagerne.

I en sag ved LBN vedrørende en lærer i en specialklasse,⁶⁰ havde arbejdstager 2. December 2014 pådraget sig en arbejdsskade. Skaden blev påført ved en hændelse på arbejdet, hvor den pårørende fik et pludseligt og voldsomt skub i ryggen. Efterfølgende var arbejdstager periodevist sygemeldt. Arbejdsskaden medførte at arbejdstageren fik hovedpine, nakkegener, koncentrations- og hukommelsesbesvær.

Arbejdstageren følte sig udfordret i arbejdet i forhold til at håndtere konflikter i specialklassen, idet personen efter arbejdsskaden led af lydfølsomhed, balanceproblemer og hovedpine.

Af en speciallægeerklæring af 16. Februar 2016 fremgik det at den pårørendes tilstand ikke var blevet bedre, og tilstanden forværres ved belastning og bevægelse.

Tilstanden var i erklæringen beskrevet, som følgende:

”...stærkt indskrænket bevægelighed af nakken i alle retninger, smerteforværring i yderstillinger og kraftig ømhed over samtlige halshvirvler...”⁶¹

Yderligere fremgik det af erklæringen, at det var nødvendigt med varige skånebehov, og sandsynligheden for at arbejdstageren ville kunne håndtere et fuldtidsjob ikke var mulig. Fleksjob blev nævnt som en mere passende mulighed for den pårørende.

LBN fandt at der i sagen var tale om et handicap i FBL's forstand. Sagen viser hvordan kriterierne fra pr. 47 i Ring- og Werge-sagerne anvendes. Der er tale om en opstået skade der udvikler sig til en lidelse for den arbejdstageren, og denne medfører en funktionsnedsættelse. Det miljøbestemte moment har en vis betydning her, idet den pårørendes lidelse ikke kan håndtere en fuldtidsstilling i en specialklasse. I og med der er tale om en specialklasse vil en arbejdsuge være fyldt med flere udfordringer end normalt, og det er derfor nødvendigt at tillægge dette betydning i vurderingen.

Da skaden opstår 2. december 2014, og stadig er tilstede på tidspunktet for afskedigelsen i januar 2017, er kravet om lang varighed også opfyldt.

Der kan ved anvendelse af kriterierne stilles spørgsmål til, hvorvidt sygdommen skal være lægeligt diagnosticeret, og hvor langvarig begrænsningen som følge af sygdommen skal være i relation til vurderingen af om dette kriterium er opfyldt.

4.5.2.3. Kriteriet angående ”lægeligt diagnosticeret sygdom”.

HR har i to nyere domme taget stilling til, om der skal være stillet en diagnose i forhold til sygdom, for at kriteriet kan anses for opfyldt.

I U.2018.830.H⁶² havde en arbejdstager gennemgået en hjerneoperation, der gav pårørende eftervirkninger i form af en invaliderende træthed. Arbejdstagerens lægelige oplysninger indeholdte diagnosen invaliderende træthed, og at denne tilstand i bedste fald var stationær og værste fald progressiv. Samt havde arbejdstageren fremvist et notat fra Hjerneskadecentret til arbejdsgiveren. Notatet beskrev eftervirkninger som følge af en hjerneoperation, og den invaliderende træthed var beskrevet heri. Det var i sagen ikke realistisk at arbejdstageren ville være i stand til, at genoptage et fuldtidsjob det første år. U.2018.853.H⁶³ omhandlede en

⁶⁰ LBN kendelse af 23. Maj 2018.

⁶¹ LBN kendelse af 23. Maj 2018.

⁶² U.2018.830 H.

⁶³ U.2018.853 H.

arbejdstagers knæoperation i forbindelse med en kikkertundersøgelse. Der opstod som følge af operationen eftervirkninger i form af svimmelhed, hovedpine, og koncentrationsbesvær hos medarbejderen, som resulterede i en sygemelding. Medarbejderen havde under forløbet indhentet 7 lægeerklæringer, men ingen af erklæringerne indeholdt nogen diagnose på medarbejderens eftervirkninger.

HR anfører til sagerne at det efter praksis i EUD ikke er en betingelse, at der stillet en diagnose for at der kan foreligge et handicap efter direktiv 2000/78. Denne praksis udspringer af pr. 57 i Daouidi-sagen ved EUD.⁶⁴ Efter dette præmis skal der ved undersøgelsen af den langvarige karakter, lægges samtlige objektive beviselementer til grund for en persons tilstand. Det er derfor ikke afgørende at der lægeligt er stillet en diagnose hos en medarbejder, men det lægelige forløb, samt medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger kan anvendes som bevis hertil.

De eftervirkninger medarbejderne oplever i de ovenstående sager kan derfor godt udgøre et handicap i FBL's forstand, men der lægges vægt på om tilstanden indebærer en langvarig funktionsbegrænsning, og dette bedømmes ud fra de foreliggende omstændigheder.⁶⁵

4.5.2.4. Kriteriet angående lang varighed.

Hvis den pågældende funktionsbegrænsning skal kunne udgøre et handicap, er det afgørende at begrænsningen er af lang varighed. Kriteriet har ikke fastsat nogen tidsmæssige grænser i forhold til, hvornår der er tale om lang varighed. EUD anfører i pr. 55 i Daouidi-sagen, at bedømmelsen af den langvarige begrænsning er overladt til de nationale domstole, idet bedømmelsen er faktuel. Der tillægges fortolkningsbidrag til bedømmelsen af lang varighed i pr. 56.⁶⁶ EUD beskriver her de indicier der kan udgøre holdepunkter i bedømmelsen, som er bl.a.: ”den omstændighed, at den berørte persons manglende arbejdsevne på tidspunktet for den angivelige forskelsbehandling ikke har udsigt til på kort sigt at ophøre inden for et velafgrænset tidsrum, eller, (...), den omstændighed, at den manglende arbejdsevne kan vare ved i betydeligt længere tid, inden den nævnte person er blevet rehabiliteret.”⁶⁷

Vurderingen af kriteriet er taget op i hhv. Kaltoft-sagen⁶⁸ ved BR og Werge-sagen⁶⁹ ved HR. I Kaltoft-sagen var der udgangspunkt i, at medarbejderen gennem en 15-årig ansættelse havde vejet mindst 160 kilo. Selvom medarbejderens fedme i sagen ikke udgjorde et handicap, illustrerer sagen at der er tale om en længere periode. I Werge-sagen havde medarbejderen fået en piskesmældslidelse i december 2003, og dette udviklede sig til sygefravær i november 2004. Praksis viser derfor, at det må komme an på en konkret vurdering af begrænsningens varighed. Men der er ikke i dansk praksis grundlag for, at sætte en grænse for, hvor kort begrænsningen må være.

Er situationen den, at en arbejdstager har følgesygdomme der relaterer sig til samme lidelse, kan sygdomsforløbene ikke uden videre betragtes samlet under ét som en begrænsning af lang varighed.⁷⁰ Et eksempel på sådan en situation tog ØLR stilling til, i en sag om diabetes og

⁶⁴ Sag C-395/15, pr. 57.

⁶⁵ BEU Alm. Del – Bilag 204, s. 22.

⁶⁶ Sag C-395/15, pr. 55 og 56.

⁶⁷ Sag C-395/15, uddrag af pr. 56.

⁶⁸ Retten i Kolding d. 31 marts 2016.

⁶⁹ U.2015.3301 H.

⁷⁰ BEU Alm. Del – Bilag 204, s. 23.

følgesygdom.⁷¹ I sagen havde arbejdstageren i forbindelse med sin lidelse, haft en række sygdommeldinger i forskellige perioder mellem 2010 og 2014, der skyldtes følgesygdomme af diabetes. Sygmeldingerne skyldtes forskellige følgesygdomme, hvor der bl.a. var opbrud af sår, charcotfod, dysreguleret diabetes og blodforgiftning i urinvejene. ØLR udtalte at diabetes ikke i sig selv udgør et handicap efter lovens forstand. Karakteren og forskelligheden af arbejdstagerens sygeperioder, og mellemprioderne hvor arbejdstageren er arbejdsdygtig, gør at følgesygdommene ikke kan anses som et samlet sygdomsforløb.

Dommen fra ØLR viser, at der ved følgesygdomme skal være en mere klar årsagsforbindelse mellem lidelsen og disse. Graden af forskelligheden af følgesygdomme må derfor ikke være særlig stor, hvis sygdomsforløbene skal betragtes som et samlet forløb. Endvidere udledte ØLR i dommen, at det faktum at arbejdstageren på opsigelsestidspunktet (kan også anvendes ved afskedigelsestidspunktet) ville kunne raskmeldes indenfor en periode af tre måneder, ikke opfyldte kravet om lang varighed.

Denne praksis viser, at selvom der ikke er fastsat nogen tidsmæssig grænse for kriteriet om lang varighed, at varigheden sandsynligvis skal udgøre mere end tre måneder for at udgøre et handicap i lovens forstand.

4.2.4.5. Psykiske handicap.

Fortolkningen af handicapbegrebet blev gennem Chacón Navas og Ring- og Werge-sagerne udvidet med indsættelsen af mentale og psykiske skader. Ældre praksis viser at domstolens snævre fortolkning af handicapbegrebet, medførte at psykiske skader ikke blev tillagt særlig betydning. Eksempelvis har VLR i en sag før Ring og Werge-sagerne taget stilling til, hvorvidt posttraumatisk stress syndrom (PTSD) kunne anses som et handicap i FBL's forstand, hvilket ikke var tilfældet.⁷² Sagen omhandlede en arbejdstager, der ifølge lægelige oplysninger havde fået posttraumatisk stress syndrom, efter at arbejdstageren havde været fængslet og fået tvangsfjernet sine børn.⁷³ VLR begrundede beslutningen med at medarbejderens funktionsnedsættelse, som alene skulle kompenseres med nedsat tid, ikke kunne udgøre et handicap efter lovens forstand. VLR henviser i sagen til den i forarbejderne anførte forståelse af handicapbegrebet i praksis, som på daværende tidspunkt i 2007 er, at funktionsnedsættelsen skal afføde et kompensationsbehov, før det kan udgøre et handicap.

Da kompensationsbehovet i Danmark blev fortolket til at angå fysiske foranstaltninger giver det mening, at VLR ikke anså medarbejderens PTSD som et handicap i lovens forstand. Havde sagen fundet sted efter Ring- og Werge- sagerne, ville den sandsynligvis have fået andet udfald ved domstolene end beskrevet (*de lege ferenda*).

LBN har i nyere tid taget stilling til en lignende situation, hvor der var tale om posttraumatisk belastningsreaktion.⁷⁴ Sagen omhandlede en arbejdstager, der på en tidligere arbejdsplads havde været udsat for to overfald. Arbejdstageren havde fået stillet diagnosen posttraumatisk belastningsreaktion, efter at have haft psykiske gener i et år. Det var lægeligt beskrevet at arbejdstageren var betydeligt præget af sygdommen, og havde en vedvarende risiko for at blive retraumatiseret. LBN fandt at medarbejderen havde et handicap i FBL's forstand.

⁷¹ ØLR dom af 6. december 2016.

⁷² B-2722-06, dom af 1.10.2007.

⁷³ Nielsen, s. 132.

⁷⁴ LBN kendelse af 20. januar 2016.

Kriterierne fra Ring og Werge-sagerne skal stadig opfyldes ved psykiske skader, men det er jf. Daouidi-dommen ikke en betingelse at der er stillet en lægelig diagnose. Diagnosen for psykiske skader er derfor heller ikke afgørende for, vurderingen af om der foreligger et handicap. Dette gør plads til de tilfælde, hvor man lægeligt i forløbet kan have svært ved at vurdere en persons tilstand, og derfor ikke kan tage stilling til fremtidige prognoser herfor. Sådanne tvivlstilfælde kan eksempelvis opstå, når en arbejdstager eksempelvis har symptomer på enten en depression eller anden lidelse, men graden heraf kan ikke vurderes, og det er måske derfor ikke muligt at stille diagnosen endnu.

LBN har i to sager taget stilling til nogle tilfælde af depression. Den første sag⁷⁵ drejer sig om en arbejdstager, der på grund af depression havde været sygemeldt i 2 år. Arbejdstagerens fremøde havde ved tilbagekomsten været ustabil. LBN fandt at der ikke var tale om et handicap, idet der blev lagt vægt på at depressionen med rette behandling, ville kunne forventes at blive bedre inden for få måneder. Den anden sag⁷⁶ drejer sig om afskedigelse af en arbejdstager, der havde anoreksi og depression. Arbejdstageren havde haft anoreksi i mange år, og kunne varetage arbejdet uden skånehensyn. Arbejdstagers helbredsmæssige tilstand blev forværret med en depression, og dette resulterede i en længerevarende sygemelding. Forud for afskedigelsen oplyste flere sundhedspersoner, at arbejdstagerens tilstand var blevet bedre, og at arbejdstager igen var arbejdsdygtig. LBN fandt at der på afskedigelsestidspunktet ikke var funktionsbegrænsninger af sådan en karakter og varighed, som kunne udgøre et handicap i FBL's forstand.

Afgørelserne fra LBN viser, at der ved bedømmelsen af depression lægges vægt på den fremtidige prognose, og udsigt til bedring med rette behandling af depression. Ligeledes indgår graden af depressionen på afskedigelsestidspunktet også i bedømmelsen. Er arbejdstageren i bedring og arbejdsdygtig, vil kriterierne for funktionsbegrænsning og lang varighed ikke længere være opfyldt. Kriteriet angående lang varighed afskæres idet arbejdstagers tilstand er bedre og det konstateres at der er arbejdsdygtighed. Den fremtidige udsigt giver derfor ikke lægeligt holdepunkter for, at arbejdstagerens depression skulle forværres.

De to afgørelser fra LBN giver ikke arbejdstagerne medhold, men det kan ikke udelukkes at depression af en stærkere karakter, der med lægelige holdepunkter ikke lover fremtidig fuld arbejdsdygtighed, ville kunne udgøre et handicap i FBL's forstand.

Depression er kun en af flere psykiske lidelser, hvor grænsen kan være svær at afklare i forhold til, hvornår der foreligger et handicap efter loven. Praksis fra LBN viser at bl.a. angst, stress, og kroniske belastningsreaktioner er blevet prøvet ved nævnet. Det bemærkes i forhold til disse psykiske lidelser, at der i praksis ses at de er periodevise (med forskellig varighed) og at de udløses af en omstændighed. Nedenfor gennemgås en afgørelse fra LBN, som tager udgangspunkt i stress.

LBN har i en afgørelse, der angår en stress-ramt arbejdstager, fundet at stress ud fra en vurdering af kriterierne ikke udgjorde et handicap i FBL's forstand i det konkrete tilfælde. Sagen⁷⁷ omhandlede en arbejdstager, der grundet psykiske gener, som følge af stress, havde været sygemeldt i 3,5 måned. Arbejdstager var funktionæransat, og blev afskediget med

⁷⁵ LBN kendelse af 25. juni 2014.

⁷⁶ LBN kendelse af 7. februar 2018.

⁷⁷ LBN kendelse af 24. Oktober 2019.

henvisning til 120-dages reglen i funktionærloven.⁷⁸ Arbejdstagers stress udbrud skyldtes en ændring af arbejdstiderne – tiderne i denne situation omhandlede arbejdsdage -, hvortil arbejdstagers praktiserende læge løbende foretog vurderinger af arbejdstagers tilstand. Arbejdstageren oplyste i sagen, at stress havde fulgt arbejdstageren i en længere årrække, og den kunne nemt udløses igen ved sådanne ændringer, da arbejdstager er meget følsom efter tidligere stress udbrud, og hurtigt frygter et nyt udbrud. Arbejdstageren oplyste yderligere om i sagen, at arbejdstager gennem mange år havde haft den samme vagtplan af hensyn til stressbelastningen.

LBN anførte følgende bemærkninger til sagen (arbejdstager er klager):

- *”Klagers oplysning om, at hun i en længere årrække havde haft den samme vagtplan af hensyn til stressbelastning, ses ikke underbygget af de fremlagte oplysninger.*
- *Vurderingen af, om tilstanden på afskedigelsestidspunktet medførte en begrænsning af lang varighed, må herefter bero på en prognose.*
- *Der forelå ikke på afskedigelsestidspunktet en prognose, der indebærer, at klager ville få begrænsninger, der måtte anses at have lang varighed.*
- *Statusattesten ”...” angav forsat sygemelding i to til tre måneder med løbende revurdering. Klager kunne ifølge den lægelige vurdering genoptage arbejdet som før sygemeldingen, når hun var klar hertil.*
- *På denne baggrund vurderer nævnet, at klager ikke har godtgjort, at hun på afskedigelsestidspunktet havde sådanne langvarige begrænsninger i sin mulighed for at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere, at hun som følge af sine psykiske gener på grund af stress havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.”⁷⁹*

Selvom afgørelsen ikke finder at der foreligger et handicap i FBL’s forstand, udelukker det ikke at stress i en situation, som eksempelvis opfylder LBN’s bemærkninger i sagen, kan udgøre det, hvis en prognose lover et længerevarende forløb med begrænsninger.

Det interessante i afgørelsen er LBN’s første bemærkning om, at arbejdstagerens oplysning vedrørende at have haft samme vagtplan i en længere årrække af hensyn til stressbelastning, ikke var underbygget af de fremlagte oplysninger.

Der opstår herigennem to spørgsmål, 1) ville afgørelsen have givet et andet udfald, hvis disse oplysninger var underbygget, og 2) hvis en vagtplan er foretaget af hensyn til stressbelastning gennem en længere årrække, foreligger der så en form for konstant beskyttelse af stress som handicap i ansættelsesforholdet?

Det første spørgsmål må besvares med et nej, da LBN bygger begrundelsen på den manglende prognose der ikke indebar langvarige begrænsninger. Det andet spørgsmål kan stilles op i scenariet, hvor arbejdstager forinden sin ansættelse har haft svære problemer med stress, og at der ved ansættelsesforholdets opstående er indgået aftale om skåne hensyn til stressbelastning. I dette tilfælde må der henvises til de mellem arbejdsgiver og arbejdstager aftalte ansættelsesvilkår. Hvis der på et senere tidspunkt foretages en ændring af disse vilkår, må der herefter ligeledes foretages en vurdering af om arbejdstagers tilstand på tidspunktet for ansættelsesvilkåret ændring udgør et handicap. En antagelse om mulig udløsning af stress kan

⁷⁸ FUL § 5, stk. 2 – 120-dages reglen betyder, at hvis en funktionær indenfor en periode af 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under 120 sygedage, kan funktionæren afskediges med 1 måneds varsel.

⁷⁹ LBN kendelse af 24. Oktober 2019, s. 22.

ikke udgøre et handicap, da det ikke kan begrundes i kriterierne fra Ring og Werge-sagerne. Endvidere ses det oftest at en lidelse som stress er en periodevis og ikke en konstant tilstand, og der kan således ikke foreligge en form for konstant beskyttelse i ansættelsesforholdet.

4.2.4.6. Delkonklusion.

Der er ved indførelsen af handicap i FBL som beskyttelseskriterium i 2004, til de af EUD fastslået kriterier fra Ring og Werge-sagerne i 2013 vedrørende handicapbegrebet, en mellemperiode, hvor der har været fortolkningstvivil ved de danske domstole. Domstolenes snævre fortolkning af begrebet i denne periode kan have medført, at Danmark på praksis området er lidt bagefter, når det kommer til bedømmelsen af ikke medfødte handicap.

Kriterierne fra Ring og Werge-sagerne er retskildemæssigt de bedste fortolkningsbidrag til handicapbegrebet, og hjælper domstolene til vurderingen af, hvornår sygdom, psykiske eller mentale lidelser kan gå hen og udgøre et handicap. Der gøres i dansk praksis aktivt brug af kriterierne, men der vil i forbindelse med handicapbegrebets konstante udvikling stadig opstå fortolkningstvivil. Det bemærkes ud fra gennemgangen af dansk praksis vedrørende ikke medfødte handicap, at der ikke kan opstilles udtømmende lister over, hvilke sygdomme, psykiske eller mentale lidelser der kan udgøre et handicap i FBL's forstand – dette afhænger af vurderingen ud fra kriterierne.

5. Vurdering af Danmarks anvendelse af handicapbegrebet.

Det er blevet fastslået, at medlemsstaternes nationale lovgivere selv skal konkretisere, hvordan de fastlagte krav i direktiv 2000/78 nås. De nationale lovgivere skal derfor selv konkretisere anvendelsen af handicapbegrebet heri. Begrebet har gennem dommene Chacón Navas, Ring og Werge, og Kaltoft fra EUD, fået vejledende kriterier til bedømmelse af, hvornår der foreligger et handicap i direktivets forstand.

I dette afsnit foretages der en vurdering af den danske tilgang til handicapbegrebet, ved anvendelsen af kriterierne. Dette gøres med henblik på at klarlægge om der egentlig anvendes en snæver eller bred fortolkning af handicapbegrebet ved de danske domstole efter Ring og Werge-sagerne. Vurderingen foretages gennem en komparativ opstilling af Danmark, Sverige og Englands anvendelse af begrebet, hvor fokuset er på fortolkningen af *begrænsning* og *lang varighed*. I forhold til England tager specialet udgangspunkt i situationen som den er nu, det er dog uvist om brexit vil påvirke anvendelsen af handicapbegrebet. Disse virkninger ligger i så fald udenfor specialets område.

I Danmark er det ved anvendelsen af handicapbegrebet fastslået gennem ovenstående analyse, at handicappet skal medføre en begrænsning i arbejdslivet. Denne begrænsning er ikke konkretiseret, da begrænsningen vurderes ud fra situationen. Ligeledes er kriteriet om at denne begrænsning skal være af lang varighed heller ikke konkretiseret, men dansk retspraksis viser, at varigheden nok skal udgøre mere end 3 måneder.

I England følger det af deres Equality Act⁸⁰, at der ved en begrænsning skal være en betydelig negativ indflydelse på evnen til, at udføre normale daglige aktiviteter. Equality acts beskrivelse heraf tager bl.a. udgangspunkt i, hvor lang tid det tager for en person med handicap, at udføre en almindelig daglig aktivitet, og hvor lang tid det i almindeligvis

⁸⁰ Equality act, 2010, s. 14.

forventes at aktiviteten vil tage.⁸¹ Kriteriet om lang varighed har i engelsk ret fået en minimumsbegrænsning, hvorefter den langvarige nedsættelse skal udgøre 12 måneder.⁸²

Da Danmark ikke har konkretiseret begrænsningen, er der i princippet en bred fortolkning heraf. Til forskel for den brede fortolkning i England er, at der i Danmark skal være tale om en begrænsning i arbejdslivet. Den brede fortolkning i England vedrørende begrænsningen åbner op, for mange flere handicaprelaterede situationer på arbejdsmarkedet. Spørgsmålet er bare om dette i et ansættelsesretligt perspektiv er nødvendigt. Fortolkningen begrænses dog af kriteriet om lang varighed, der i engelsk ret skal udgøre 12 måneder. Her har Danmark igen ikke konkretiseret sig. Dette viser at dansk og engelsk rets fortolkning af begrebet sammenlignet med hinanden er forholdsvis bred. Begge indeholder nogle begrænsninger, hvor den største begrænsning ses ved engelsk ret angående kriteriet om lang varighed.

I Sverige arbejdes der med den anvendelse, hvor en begrænsning heller ikke konkretiseres. Forskellen mellem Danmark og Sverige er her, at man i svensk lovgivning ved fortolkningen inddrager fremtidige forventelige begrænsninger.⁸³ Forskellen synes dog ikke at have den store betydning, i det begrænsning ikke er konkretiseret i dansk ret, hvorfor de danske domstole i princippet egentlig kan vælge, at lægge fremtidige begrænsninger til grund for fortolkningen af begrebet.

Ved den svenske anvendelse af varighedskriteriet arbejdes der med, at den fortolkning er overladt til den juridiske afgørelse.⁸⁴ *Andreas Inghammar* har gennem sin komparative analyse i bogen ”*Funktionshindrad – med rätt till arbete*”, anført at det gennem andre arbejds- og socialretlige handicapdefinitioner er rimeligt at antage, at begrænsninger kan forventes at udgøre i hvert fald 12 måneder.⁸⁵ Endvidere er det dog ikke yderligere konkretiseret, hvorfor der ikke den store forskel for anvendelsen af kriteriet *lang varighed*.

5.1. Delkonklusion.

Vurderingen af, om man i dansk ret ved anvendelsen af handicapbegrebet har en snæver eller bred tilgang hertil, må jf. ovenstående afsnit siges at være bred.

Danmark har ikke konkretiseret *begrænsning* og *varighedskriteriet*, hvilket giver domstolene mulighed for en bredere fortolkning ved anvendelsen af handicapbegrebet. Danmark har også, i forhold til den brede eller snævre tilgang, udviklet siden Ring og Werge-sagerne.

6. Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

6.1. Centrale punkter i forskelsbehandlingsloven.

Med henblik på analysen af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse, er det nødvendigt klarlægge de centrale punkter i forskelsbehandlingsloven. Der tænkes hhv. på, hvem der er omfattet af FBL, og hvornår der foreligger forskelsbehandling i lovens forstand.

Der er i FBL angivet pligt- og rettigheds-subjekter.⁸⁶ Disse fremgår af lovens § 2, hvor arbejdsgiveren anføres som pligt-subjektet, idet arbejdsgiveren ikke må forskelsbehandle. Lønmodtageren (arbejdstageren) anføres som rettigheds-subjekt, da forskelsbehandlingen kan udøves mod lønmodtageren. EUD har i sag C-303/06 (Coleman) fastslået at direktiv 2000/78

⁸¹ Equality act, 2010, s. 15.

⁸² Equality act, 2010, s. 27.

⁸³ Nielsen, Den retlige regulering af handicapdiskrimination, s. 426.

⁸⁴ Inghammar, s. 349.

⁸⁵ Inghammar, s. 349.

⁸⁶ Link: <http://www.horten.dk/~media/Artikler/Handicap%20-%20bog%20-%20opslag.pdf>

ikke begrænser omfanget af forbuddet mod forskelsbehandling, forstået således at man ikke selv skal have et handicap, men at man også omfattes, hvis man yder hovedparten af den pleje, som en anden person (herunder arbejdstagers barn) med et handicap har brug for. Forskelsbehandlingen skal dog stadig ligge i handicappet.⁸⁷

Forbuddet mod diskrimination omfatter også løn- og arbejdsvilkår, jf. FBL § 2, stk. 1. Da FBL er beskyttelsespræceptiv omfatter den således både de løn- og arbejdsvilkår, der er fastlagt ved aftale mellem arbejdsgiver og arbejdstager, men også de vilkår arbejdsgiver selv har fastlagt.⁸⁸

Der sondres i lovens § 1, stk. 1 mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. Denne sondring er vigtig, idet indirekte forskelsbehandling – kontra direkte – kan legitimeres. Dette fremgår af bestemmelsens stk. 3.

Den ovenævnte sondring sker i § 1, stk. 2 og stk. 3

Direkte forskelsbehandling sker, når medarbejderen behandles ringere på grund af sit handicap, end en anden ville blive behandlet i tilsvarende situation.⁸⁹ Som udgangspunkt er direkte forskelsbehandling altid ulovlig. Et eksempel herpå ville være den situation, hvor arbejdsgiveren afskediger arbejdstageren på grund af arbejdstagerens handicap. Ved sygdomsrelaterede handicap illustreres dette bedst med den situation, hvor arbejdsgiveren afskediger arbejdstageren efter et længerevarende sygdomsforløb. Vurderes det, at der på afskedigelsestidspunktet var tale om et handicap, har arbejdsgiveren således ikke opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, og der foreligger direkte forskelsbehandling. Det skal understreges, at der ved afskedigelse skal foreligge et handicap på afskedigelsestidspunktet, for at der kan være tale om direkte forskelsbehandling efter loven.

Indirekte forskelsbehandling sker, ”når en bestemmelse, et kriterium eller praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer med handicap ringere end andre personer”.⁹⁰

Modsat direkte forskelsbehandling, der som udgangspunkt altid er ulovlig, kan indirekte forskelsbehandling legitimeres hvis den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.⁹¹ Et eksempel på indirekte forskelsbehandling ses i U.2015.2625.S,⁹² hvor en arbejdstager, der var ansat som planlægger i en kommune, på grund af sit handicap kun kunne arbejde på deltid. Kommunen havde en praksis, som sagde at man ikke beskæftigede planlæggere på deltid. Medarbejderen blev derfor stillet ringere end andre personer, fordi medarbejderen på grund af sit handicap ikke kunne varetage en fuldtidsstilling.

6.2. Forskelsbehandlingslovens § 2a.

I gældende dansk ret (*de lege lata*) har lovgiver ikke anført, hvad foranstaltningerne i FBL § 2a kan indeholde. I forbindelse med at handicapbegrebet udvikles, kan man sige at tilpasningsformerne også udvikler sig, og det ville derfor være forkert af lovgiver, at angive en indskrænkende beskrivelse af foranstaltningerne i bestemmelsen. Det fremgår af bestemmelsen, at tilpasningen må vurderes efter de konkrete behov. Dette udspringer på linje

⁸⁷ Sag C-303/06, pr. 38 og 50.

⁸⁸ FBL § 5 b.

⁸⁹ FBL § 1, stk. 2.

⁹⁰ Uddrag af FBL § 1, stk. 3.

⁹¹ FBL § 1, stk. 3

⁹² U.2015.2625 S.

med direktiv 2000/78 art. 5⁹³, som kræver at der iværksættes foranstaltninger i rimeligt omfang.

Direktiv 2000/78 har i betragtning 20 opregnet muligheder til tilpasningsformer.

*”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 instruktion.”*⁹⁴

Direktivets betragtning 20 er vejledende omkring tilpasningsformerne, og det er således ikke kun disse foranstaltninger der kan gøre sig gældende ved forpligtelsen, da den må vurderes ud fra det konkrete behov. En arbejdsgiver har derfor rig mulighed for at undersøge de konkrete behov bredt til den pågældende situation.

Direktiv 2000/78 betragtning 20 tager fokus på tilpasningsformerne, med henblik på at give fortolkningsbidrag til lovens § 2a. Der nævnes i direktiv 2000/78 ikke noget om tilpasningsforpligtelsen indhold, og det må derfor undersøges ud fra retspraksis, hvad forpligtelsen kan indeholde. Det er angivet i FBL § 1, hvilke beskyttelseskriterier loven gør sig gældende for, her er handicap nævnt. Handicap nævnes yderligere i forbindelse med FBL § 2a. Derfor kan det konstateres, at der skal foreligge et handicap før der kan blive tale om en tilpasningsforpligtelse. Det er blevet fastslået, at kriterierne fra Ring og Werge-sagerne skal være opfyldt, før sygdom, psykiske eller mentale lidelser kan udgøre et handicap i FBL's forstand. Når det vurderes at en medarbejder har et handicap bliver arbejdsgiveren omfanget af tilpasningsforpligtelsen i FBL § 2a. Dette lægger bl.a. op til spørgsmålene om, hvornår forpligtelsen indtræder, idet arbejdsgiveren måske ikke kender til medarbejderens handicap, og hvornår forpligtelsen er opfyldt.

Direktiv 2000/78 bemærker dog to ting, som begrænser tilpasningsforpligtelsen. Den ene er, at der i direktivets art. 5 (og i FBL § 2a) er indført at denne forpligtelse ikke må udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren. Den anden er bemærket i direktivets betragtning 17, der siger at der med forbehold for forpligtelsen til at foretage tilpasninger, kræves at med medarbejderen er kompetent, egnede og disponibel.⁹⁵

6.3. Generelt om analysen af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

Det skal analyseres hvad indholdet af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse i FBL § 2a er, og hvad der med rimelighed kan forventes af arbejdsgiveren hertil.

Analysen af tilpasningsforpligtelsens indhold foretages efter en treleddet undersøgelse heraf, hvor der inddrages dansk praksis på området. Det skal (1) fastslås, hvornår arbejdsgiverens viden eller burde viden om medarbejderens handicap, medfører forpligtelsens indtræden. Dansk retspraksis viser at det er en forudsætning, at arbejdsgiveren er gjort bekendt med medarbejderens handicap, før forpligtelsen indtræder.

Når dette er fastslået skal det (2) undersøges, hvornår arbejdsgiveren kan anses for at have opfyldt forpligtelsen.

Herefter (3) skal udtrækningen af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse i forhold til arbejdsgiverens subjektive forhold undersøges.

⁹³ 2000/78/EF, art. 5.

⁹⁴ 2000/78/EF, betragtning (20).

⁹⁵ 2000/78/EF, betragtning (17).

6.4. Arbejdsgiverens viden eller burde viden.

Det ses oftest ved de psykiske, mentale eller sygdomsrelaterede handicap at det er svært for arbejdsgiveren, at vide om arbejdstagerens tilstand udgør et handicap. Arbejdsgiverens viden eller burde viden har betydning for, hvornår forpligtelsen indtræder. I sådan en situation må sagens samlede forløb derfor tages i betragtning.

Nedenfor gennemgås retspraksis omkring arbejdsgiverens viden og burde viden. Det skal bemærkes, at det er uden betydning for bedømmelsen af om der foreligger et handicap, at arbejdsgiveren ved eller burde vide, at en arbejdstagers tilstand har udviklet sig til et handicap. Dette ses også i nedenstående dom U.2015.3301.H, men der vil i forhold til analysen af tilpasningsforpligtelsen, kun blive trukket de punkter ud af retspraksis, som hjælper til fortolkning af forpligtelsens indhold.

Det skal yderligere bemærkes at dommen U.2015.3827 H (Skibby Supermarked), vil blive brugt i 1 og 2 led af undersøgelsen. Dommen gennemgås derfor ikke fuldt ud i første led af undersøgelsen, men gennemgås i det omfang den tager stilling til arbejdsgiverens viden eller burde viden. Der er således trukket enkelte punkter ud af dommen.

6.4.1. U.2015.3301 H (Werge).

Efter EUD ved dom i Ring og Werge-sagerne foretog nærmere afklaring af handicapbegrebet i forhold til sygdom, tog HR i Werge-sagen stilling til spørgsmålet om arbejdsgiverens viden i forhold til handicap. Sagen omhandlede en arbejdstager (Werge) ved Pro Display, der som følge af en trafikulykke havde pådraget sig en piskesmældslæsion.

Piskesmældslæsionen førte først til en sygemelding i 3 uger, hvorefter medarbejderen arbejdede fuldtid i 10 mdr. Efterfølgende blev arbejdstageren deltidssygemeldt, og til sidst fuldtidssygemeldt. Arbejdstager blev opsagt 21. april 2005 med henvisning til 120-dagesreglen i funktionærlovens § 5, stk. 2.

HR anførte på baggrund af dommen fra EUD, at arbejdstageren havde et handicap. Der var i sagen tale om en funktionsbegrænsning, da arbejdstageren grundet piskesmældslæsionen havde nakkesmerter, hovedpine, hukommelses- og koncentrationsbesvær mm. Pro Display var bekendt med, at arbejdstageren havde været udsat for en trafikulykke, og bekendt med at arbejdstageren nu havde svært ved at varetage arbejdsopgaverne fuldt ud. Dette fremgår af en mail i sagen, der er sendt ud til de andre ansatte ved Pro Display. Mailen opfordrer de andre ansatte til, at være behjælpelige med arbejdsopgaverne mens deltidssygemeldingen står på.

Arbejdstager indhentede d. 17. Januar 2005 lægeerklæring ved egen læge, og denne blev ikke tilsendt til Pro Display. Der var under sygdomsforløbet løbende mailkorrespondance mellem medarbejderen og Pro Display. En mail fra medarbejderen 17. januar 2005 beskriver følgende for Pro Display:

”... I fredags var jeg hos en speciallæge som desværre ikke kan sige om jeg får det bedre eller dårligere, men han kunne oplyse mig om at når man har piskesmæld og slået sin nakke som jeg har gjort, så er det naturligt at kroppen reagerer som min gør, han kan desværre ikke fortælle mig hvad jeg skal gøre for at få det bedre, men han mener at jeg må prøve mig frem...”⁹⁶

⁹⁶ U.2015.3301 H, s. 2, spalte 2.

Forinden afskedigelsen havde medarbejderen d. 4. april 2005 fået en speciallægeerklæring, som beskrev forværringen af symptomerne, og angav at arbejdstageren i en årrække ville have behov for medicinsk behandling. Endvidere blev det bemærket at det var sandsynligt, at arbejdstager på et senere tidspunkt ville kunne varetage et erhvervsarbejde igen, men at dette formentlig ville være på nedsat tid eller fleksjob. Speciallægeerklæringen blev heller ikke sendt til Pro Display.

HR fandt ud af fra en samlet vurdering af forløbet, at det ikke var godtgjort, at Pro Display på tidspunktet for afskedigelsen vidste eller burde vide, at medarbejderens sygdom havde medført et handicap.

Det kan ud fra sagens samlede forløb konkluderes, at arbejdsgiveren ikke har haft mulighed for at vide, at der forelå et handicap hos arbejdstager. Arbejdsgiveren kender til de forhold, at arbejdstageren har været ude for en trafikulykke, og har pådraget sig en piskesmældslæsion med efterfølgende gener heraf. Der er tale om meget begrænset information, hvilket også er tilfældet med arbejdstagerens videre forløb, idet hverken læge- eller specialelægeerklæringen formidles videre til arbejdsgiveren. Fra et arbejdsgiverssynspunkt er det svært at tage sine foranstaltninger for ikke at tilsidesætte tilpasningsforpligtelsen, hvis man ikke er bekendt med at en arbejdstagers sygdom har udviklet sig til et handicap.

Det kan derfor udledes af dommen (*ratio decidendi*), at tilpasningsforpligtelsen i FBL § 2a forudsættes af, at arbejdsgiveren ved eller burde vide, at arbejdstagers sygdom har udviklet sig til et handicap. Da dommen er afsagt ved HR har den præjudikatværdi, og forudsætningen heri vil derfor kunne lægges til grund i fremtidige sager (præcedens), og hjælpe til fortolkning af tilpasningsforpligtelsen ved domstolene i lavere instanser.

Dommen viser ligeledes at der foretages en grundig vurdering af de faktiske omstændigheder, for at kunne vurdere om arbejdsgiveren har tilpasningspligt efter FBL § 2a. Her kan det ud fra ovenstående konkluderes, at der lægges vægt på lægelige oplysninger, der er indsendt til arbejdsgiveren. Herunder arbejdstagers ”valgte” oplysninger (hvad arbejdstager har fortalt og ikke har fortalt) til arbejdsgiveren i forbindelse med sygefraværssamtaler, og korrespondance mm.

6.4.2. U.2015.3827 H (Skibby Supermarked).

En kvindelig kasseassistent i Skibby Supermarked fik konstateret leddegigt, hvilket medførte en langvarig funktionsnedsættelse, som medførte væsentlige begrænsninger, og hun var derfor omfattet af handicapbegrebet i FBL.

Skibby Supermarked blev orienteret om kasseassistentens leddegigt, og det nødvendige behov for tilpasning hertil. Skibby Supermarked vidste ligeledes, at kasseassistentens deltidssygemelding var begrundet i leddegigten. Som led i at fastholde kasseassistenten i arbejdet, blev der holdt et møde med hhv. en repræsentant fra kommunen, ejeren af Skibby Supermarked, og kasseassistenten, hvor mulighederne for fastholdelse blev drøftet.

I dommen anvendes forudsætningen fra U.2015.3301.H i forhold til arbejdsgiverens viden eller burde viden. I sagen fandt HR at Skibby Supermarked kendte til arbejdstagerens handicap, og i forbindelse med forsøg på tilpasning af arbejdstager fandt HR, at Skibby Supermarked ikke havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse i FBL § 2a.

6.4.3. Bevisbedømmelse vedr. arbejdsgivers viden eller burde viden.

Forudsætningen fra Werge-sagen bygger videre på, at det er arbejdstageren der skal godtgøre, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide at der forelå et handicap, hvilket HR også viser i Skibby Supermarked-sagen.

”Som det fremgår af Højesterets dom af 23. juni 2015, er det en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, at arbejdstageren godtgør, at arbejdsgiveren vidste eller burde, at arbejdstageren var handicappet i lovens forstand.”⁹⁷

Begge sager er afsagt ved HR, derfor har begge præjudikatværdi, og arbejdstageren får således, i medfør af forudsætningen, bevisbedømmelsen for at arbejdsgiveren er bekendt med handicappet.

6.4.4. Bemærkninger til U.2015.3301 H og U.2015.3827 H.

I de to domme finder HR hhv. at den ene arbejdsgiver ikke kunne anses for at have tilsidesat forpligtelsen, og at den anden arbejdsgiver ikke havde opfyldt forpligtelsen.

Det er bemærkelsesværdigt at HR, i forhold til arbejdsgiverens viden eller burde viden, i de to sager anvender ordene *tilsidesat* og *opfyldt*. I Skibby Supermarked-sagen var arbejdsgiveren bekendt med arbejdstagerens handicap, og der forelå således den nødvendige viden for forpligtelsens indtræden. I Werge-sagen var arbejdsgiveren ikke bekendt med handicappet, og kunne ikke anses for at have tilsidesat forpligtelsen, da forpligtelsen ikke var indtrådt.

Dette lægger op til spørgsmålet, om arbejdsgiverens burde viden og forpligtelsens indtræden, medfører tilsidesættelse af forpligtelsen eller om den anses for ikke opfyldt, hvis arbejdsgiver intet foretager sig. Hvis de faktiske omstændigheder havde medført, at arbejdsgiveren burde kende til arbejdstagerens handicap, og derefter forholdt sig passiv omkring dette, ville arbejdsgiveren i så fald have tilsidesat forpligtelsen, idet der ikke gøres et forsøg på at opfylde den? I Skibby Supermarked-sagen forsøger arbejdsgiver at opfylde forpligtelsen, og HR har derfor ved dommen anvendt ordet *opfyldt*.

Der må derfor, fra arbejdsgiverens side gøres et forsøg på at opfylde tilpasningsforpligtelsen, ellers vil den blive anset for at være tilsidesat.

6.4.5. Kort om mulighedserklæringen i sygedagpengelovens § 36a.

Sygedagpengelovens § 36a giver arbejdsgiver ret til at forlange en mulighedserklæring ved kortvarigt, gentaget, og langvarigt sygefravær.⁹⁸ Mulighedserklæringen fungerer som en slags lægeerklæring, hvis formål er at fastholde arbejdstageren på arbejdspladsen.

Erklæringen består af to dele, hvor første del, der er nævnt i bestemmelsens stk. 2⁹⁹, udarbejdes af arbejdsgiveren og arbejdstageren i fællesskab. Denne del skal beskrive arbejdstagerens funktionsnedsættelser, påvirkede jobfunktioner og eventuelle skåneinitiativer. Den anden del, bestemmelsens stk. 3¹⁰⁰, udarbejdes af arbejdstagerens læge, og er baseret på en samtale med arbejdstageren omkring første del.

⁹⁷ U.2015.3827 H, s. 14, 1 spalte.

⁹⁸ Sygedagpengeloven § 36a, stk. 1.

⁹⁹ Sygedagpengeloven § 36a, stk. 2.

¹⁰⁰ Sygedagpengeloven § 36a, stk. 3.

Lægen foretager herefter en vurdering af arbejdsgiverens og arbejdstagerens beskrivelse af funktionsnedsættelsen og arbejdsmulighederne, og denne vurdering indgår i erklæringen sammen med lægens forslag til skåneinitiativer og sygeperiodens varighed.

Mulighedserklæringen har fokus på sygdomsforløbet, og dokumentér hvorfor en arbejdstager ikke er fuldt ud arbejdsdygtig ved sygdomsfraværet. Erklæringen kan ved eventuel tvivl omkring en arbejdstagers sygdom og begrænsninger, være vedlejende for arbejdsgiveren. Mulighedserklæringen åbner i den forstand op, for en mere samarbejdsvenlig tilgang mellem arbejdsgiver og arbejdstager, hvis tilstanden udvikler sig til handicap.

Det er efter en objektiv fortolkning af bestemmelsens stk. 1, arbejdsgiver der skal tage initiativ til mulighedserklæringen, da det er ham/hende der kan forlange den. Arbejdsgiveren kan med erklæringen hjælpes på vej til, at træffe de foranstaltninger der må være for at opfylde tilpasningsforpligtelsen. Det ville derfor ved tvivlstilfælde ved en arbejdstager, være et smart træk for arbejdsgiver at forlange erklæringen.

6.4.6. Delkonklusion.

Undersøgelsens første led viser at det er nødvendigt, at give arbejdsgiverne en rimelig mulighed for at opfylde tilpasningsforpligtelsen, før man kan anse dem for at have tilsidesat forpligtelsen. Det begrundes derfor forudsætningen fra U.2015.3301.H, om arbejdsgiverens viden eller burde viden.

Tilpasningsforpligtelsen indtræder ikke før arbejdsgiveren ved eller bør vide, at der foreligger et handicap ved arbejdstageren. Ved tvivlstilfælde herom kan arbejdsgiveren indhente en mulighedserklæring, men dette er ikke et krav. Arbejdstageren har bevisbedømmelsen for, at det er godtgjort at arbejdsgiveren var bekendt med at der forelå et handicap.

6.5. Opfyldelse af tilpasningsforpligtelsen.

6.5.1. U.2015.3827 H (Skibby Supermarked fortsat).

Dommen er indholdsmæssigt beskrevet i forrige afsnit, og vedrører en situation, hvor arbejdsgiver ikke opfyldte tilpasningsforpligtelsen efter FBL § 2a.

Arbejdstager kom med forslag til, hvad hun ellers kunne lave af arbejdsopgaver, når hun nu var begrænset ved kasseassistent området.

Et af forslagene var at hun kunne stå for supermarkedets bogføring, som blev afvist af arbejdsgiveren. HR gav arbejdsgiveren medhold i dette, da den ansatte ikke var kompetent egnet til stillingen, idet denne ville kræve en uddannelse og erfaring som bogholder.

Arbejdstager kom ligeledes med forslag om, at hun kunne overtage behandling af fakturaer, prissætning og skiltning fra lederne af alle supermarkedets afdelinger. HR fandt her at indholdet af tilpasningsforpligtelsen ikke omfattede at arbejdsgiveren skulle oprette en ny administrativ stilling og tilbyde den til den ansatte. Det ville altså gå ud over, hvad der kan anses for rimeligt her.

Arbejdsgiver havde som forsøg på opfyldelse af forpligtelsen tilbudt den arbejdstager en stilling, som leder af kasse og kiosk. Stillingen ville dog indebære stor belastning ved kassens betjening og opstilling af varer i kiosken, hvilket den ansatte ikke ville kunne holde til grundet sit handicap. Højesteret fandt her at arbejdsgiver ikke havde truffet hensigtsmæssige foranstaltninger ved at tilbyde denne stilling. Arbejdsgiveren opfyldte derfor ikke sin tilpasningsforpligtelse, hvilket var pålagt ham jf. FBL § 2a.

Det kan udledes af dommen at arbejdsgiveren skal være mere påtænkelig ved tilbud af andre arbejdsområder. Selvom arbejdsgiveren ikke havde pligt til at efterkomme den ansattes forslag, så var han bekendt med hendes leddegigt og det faktum at hun ikke kunne varetage opgaven som kasseassistent længere på grund af det. Et tilbud om at blive kasse- og kioskleder ville medføre samme arbejdsområder for arbejdstageren, som arbejdsgiveren burde have haft med i overvejelsen og herefter have undersøgt mulighederne nærmere, da der skulle træffes de hensigtsmæssige foranstaltninger. I et givent omfang vil man kunne sige, at der foreligger indirekte forskelsbehandling fra arbejdsgiverens side i denne situation, hvis denne ikke har gjort nok for at tilpasse arbejdspladsen i den pågældende situation jf. FBL § 2a.¹⁰¹

Dommen udleder en forudsætning om, at arbejdsgiver i medfør af tilpasningsforpligtelsen er underlagt en undersøgelsespligt. Forudsætningen udgår af dommens præjudikatværdi, da den er afsagt ved HR.

6.5.2. Ø.L.D. 28. Februar 2020.

En nyere sag fra LR¹⁰² viser, at når arbejdsgiver i undersøgelsen har udtømt mulighederne, og det konstateres, at det ikke er muligt med skånebehov ved arbejdets udførelse, kan det ikke forventes at tilpasningsforpligtelsen medfører en pligt til, at samle opgaver fra andre afdelinger og teams.

Sagen omhandlede en lægesekretær, der som følge af sit handicap bl.a. fik begrænsninger med hørelsen. Arbejdsgiver udtømte mulighederne for tilpasningsformerne, men da arbejdet primært bestod i hørekrævende funktioner, herunder telefonisk betjening og kontakt med patienter, var det således ikke muligt at finde frem til en løsning.

LR anfører under henvisning til, at arbejdsgiver har udtømt sine muligheder, at arbejdsgiver ikke har undladt at opfylde tilpasningsforpligtelsen. Endvidere ses det i dommen, at tilpasningsforpligtelsen ikke udstrækkes til, at arbejdsgiver skal hente arbejdsopgaver fra andre afdelinger, for herefter at samle dem til en ny arbejdsstilling. Det bemærkes at arbejdsgiver i dommen er Region Sjælland, hvorfor det ville være en større opgave for arbejdsgiver, at samle arbejdsopgaver fra forskellige afdelinger og teams til en stilling, som lægesekretæren kunne varetage. Havde der været tale om væsentlig mindre virksomhed, så kunne dommen måske have fået andet udfald.

6.5.3. Delkonklusion.

Arbejdsgiveren skal være opmærksom på, om denne har grundigt overvejet og undersøgt mulighederne for de tiltag man kan tage, for opfyldelsen af forpligtelsen. Dette følger af forudsætningen om arbejdsgiverens undersøgelsespligt. Dette vil også indgå i bedømmelsen af om arbejdsgiver har gjort nok for at tilpasse arbejdstageren.

6.6. Arbejdsgivers subjektive forhold.

6.6.1. Beskæftigelsesdirektivets betragtning 21.

Beskæftigelsesdirektivets betragtning 21 indeholder momenter, der skal indgå i vurderingen af, hvornår tilpasninger kan udgøre en uforholdsmæssig bryde for arbejdsgiveren.

¹⁰¹ Kristiansen, s. 270.

¹⁰² Ø.L.D 28. Februar i anke 14. Afd. BS-14028/2018-OLR.

”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.”¹⁰³

Den uforholdsmæssige store byrde er også nævnt i FBL § 2a, men begrænses af om byrden kan lettes i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger.¹⁰⁴ Ved denne vurdering af en urimelig byrde vil det være relevant at kigge på virksomhedens størrelse i forbindelse med omkostninger til tilpasningsforpligtelsen.

6.6.2. U. 2016.2463 H.

Dommen¹⁰⁵ omhandler en ingeniør, som grundet sygdom efter en trafikulykke, havde pådraget sig en funktionsbegrænsning, hvilket gjorde at den ansatte kun kunne arbejde på nedsat tid ved kommunen. Halvandet år efter ulykken blev medarbejderen opsagt, efter at have været deltidssygemeldt i et år. Kommunen ville ikke ændre medarbejderens stilling til deltid, så hun kunne få nedsat arbejdstiden, der fungerede bedst med hendes funktionsbegrænsning.

HR fandt, at arbejdstageren var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand, og at kommunen var bekendt med arbejdstagers handicap.

Kommunen fik trods ovenstående medhold fra HR, idet man fandt, at tilpasningsforpligtelsen ikke omfattede at kommunen skulle øge bemanningen ved at ansatte en ny fuldtid. HR lagde vægt på, at en deltidsstilling på 20 timer om ugen ikke kunne leve op til kommunens mål med hensyn til serviceniveauet overfor borgerne og virksomheder. Kommunen havde derfor ikke tilsidesat tilpasningsforpligtelsen i FBL § 2a.

Dommen viser at deltid er en mulighed, som opfyldelse af tilpasningsforpligtelsen, men hensynet til arbejdsgiverens side vil have nogen større betydning ved denne, alt efter omfanget af det en arbejdsplads skal præstere som mål udadtil.

Er der tale om en mindre virksomhed kan det ikke forventes, at denne eksempelvis kan opretholde udgifter til en yderligere ansat, hvis tilpasningsformen ender ud i nedsat eller deltid for arbejdstageren. Der vil i så fald være tale om en uforholdsmæssig stor byrde for en arbejdsgiver. Har man modsat en større virksomhed, vil dette måske kunne forventes ud fra tilpasningsforpligtelsen, hvis virksomheden ikke er præget af nogen hensyn, der kan tale imod det.

6.6.3. Delkonklusion.

Fortolkningsmomenterne til den uforholdsmæssige store byrde i FBL § 2a, findes i direktiv 2000/78 betragtning 21.

Ovenstående praksis har vist at en arbejdsgivers subjektive forhold kan omfatte størrelsen af arbejdspladsen/virksomheden, hvilket i praksis forbindes med virksomhedens/arbejdspladsens finansielle midler. Yderligere kan en arbejdsplads/virksomheds mål udgøre et subjektivt

¹⁰³ 2000/78/EF, betragtning, betragtning (21).

¹⁰⁴ FBL § 2a.

¹⁰⁵ U. 2016.2463.H.

forhold jf. U.2016.2463.H. Betydningen af disse subjektive forhold afhænger dog, af den situation tilpasningsforpligtelsen udspringer af.

6.7. Sammenfatning af analysen.

Gennem undersøgelsens første led følger det af forudsætningen jf. U.2015.3301.H, at en arbejdsgiver skal have viden om en arbejdstagers handicap, før arbejdstager bliver omfanget af tilpasningsforpligtelsen i FBL § 2a. Tilpasningsforpligtelsen indtræder således ikke før, at en arbejdsgiver ved at en arbejdstager har et handicap.

Undersøgelsens andet led viser at en arbejdsgiver, når tilpasningsforpligtelsen er indtrådt, yderligere underlægges en undersøgelsespligt jf. U.2015.3827.H, der skal opfyldes før selve tilpasningsforpligtelsen kan anses for opfyldt.

Undersøgelsens tredje led viser at spørgsmålet, hvorvidt en arbejdsgiver subjektive forhold kan lægges til grund afhænger af den situation, som tilpasningsforpligtelsen udspringer af.

7. Konklusion.

Der er i de senere år sket en udvikling i praksis vedrørende handicapbegrebet. Udviklingen er startet i forbindelse med vedtagelsen af FN's handicapkonvention i 2006, hvis beskrivelse udviklede begrebet internationalt, EU-retligt og national retligt. De centrale domme for videreudviklingen af begrebet er *Chacón Navas*, *Ring og Werge*, og *Kaltoft*. Dommene har øget retsrådets forståelse af handicapbegrebet.

Efter *Ring og Werge*-sagerne er der blevet fastsat nogle EU-retlige kriterier, som skal indgå i fortolkningen af, hvornår der foreligger et handicap. Kriterierne anfører følgende: en tilstand der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig/uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning, som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, og som i samspil med forskellige barrierer, kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning i øvrigt er af lang varighed.

De danske domstole arbejder ikke med en konkretisering af, hvad selve begrænsningen skal udgøre, ej heller hvor lang varighed der skal være før dette kriterium er opfyldt. Det vises at der anvendes en bred fortolkningsstil ved de danske domstole, som gavner fortolkningen af, hvornår der i lovens forstand foreligger et handicap, som ikke er medfødt.

Der kan ikke opstilles udtømmende lister over, hvilke handicap der foreligger i henhold til begrebet. FN har i handicapkonventions præambel anført, at handicapbegrebet konstant er i udvikling, hvorfor det ville være forkert at anføre sådanne lister i lovgivningen.

Retspraksis i Danmark vedrørende ikke medfødte handicap viser, at der ved de forskellige afgørelses instanser løbende foretages prøvelser af disse. Praksis viser yderligere at en given tilstand ved fortolkningen af et ikke medfødt handicap, ikke nødvendigvis udgør et handicap, men derved ikke kan udelukkes at udgøre et handicap i en anden situation. Det hele beror på en bedømmelse ud fra de angivne kriterier i *Ring og Werge*-sagerne.

Der skal i medfør forskelsbehandlingsloven foreligge et handicap i lovens forstand, før der kan være en tilpasningsforpligtelse for arbejdsgiver. Dette følger af FBL § 2a.

Det fastslås i specialet, at indholdet af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse efter FBL § 2a har 3 hovedpunkter, hvoraf det første omfatter arbejdsgiverens viden om et foreliggende

handicap hos en arbejdstager. Efter dommen U.2015.3301.H udledes der i henhold til forpligtelsen, en forudsætning om, at arbejdsgiveren ikke bliver omfanget af forpligtelsen, medmindre arbejdsgiver har kendskab til arbejdstagers handicap. Herefter fastslår specialet, at tilpasningsforpligtelsen dermed ikke indtræder, før arbejdsgiver har kendskab til handicappet.

Når tilpasningsforpligtelsen er indtrådt underlægges en arbejdsgiver en undersøgelsespligt jf. U.2015.3827.H. Denne undersøgelsespligt skal være udtømt, før tilpasningsforpligtelsen kan anses for opfyldt. Hvorvidt de af arbejdsgiverens subjektive forhold kan lægges til grund, afhænger af den situation tilpasningsforpligtelsen udspringer af.

Specialet fastslår yderligere at der i takt med at handicapbegrebet udvikles, heller ikke kan opstilles udtømmende lister over, hvilke tilpasningsformer der kan anvendes.

8. Litteraturliste.

Juridisk litteratur, artikler:

Riis & Trzaskowski:

Thomas Riis & Trzaskowski
Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling.
Første udgave fra 2013.

Rytter:

Jens Elo Rytter
Individets grundlæggende rettigheder.
2. udgave fra 2016.

Nielsen:

Ruth Nielsen
Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer.
1. udgave af 2017.

Og

Den retlige regulering af handicapdiskrimination
Net-udgave af lustus Förlag Af 2010.

Schwarz & Hartmann:

Finn Schwarz & Jens Jakob Hartmann
Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven.
1. udgave af 2011.

Kristiansen:

Jens Kristiansen
Grundlæggende arbejdsret
4. udgave af 2016.

Artikel af Scheibel og Skarum
Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb
U.2010B.115

Inghammar:

Andreas Inghammar
Funktionshindrad – med rätt till arbete?
En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige,
England och Tyskland.
Af 2007.

Lovgivning, forarbejder, konventioner m.v.
Forskelsbehandlingsloven

EUC – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

EMRK - Den Europæiske menneskerettighedskonvention.

Beskæftigelsesdirektivet – direktiv 2000/78/EF

FN's handicapkonvention

BEU Alm. Del. Bilag 204.

Funktionærloven

Equality act 2020

Sygedagpengeloven

Lov nr. 1417 af 22. december 2004

Lov nr. 459 af 12. juni 1996 om forskelsbehandling. (Historisk)

Lov nr. 97 af 17. februar 2005.

International og national praksis og udtalelser, fra domstole og nævn:

EU:

Sag C-543/14

Sag C-540/03

De forende sager C-335/11 og C-337/11

Sag C-13/05

Sag C-354/13

Sag C-303/06

Sag C-395/15

National:

UfR 1998.800 H
U 2006.770 H
FOB.1995.46
U 2014.1223 SH
U 2015.3301 H
U.2015.2625 S
U.2015.3301 H
U.2015.3827 H
Retten i Kolding d. 31 marts 2016
B-2722-06, dom af 1.10.2007
LBN kendelse af 7. februar 2018.
LBN kendelse af. 25. juni 2014.
LBN kendelse af 20. januar 2016.
LBN kendelse af 24. Oktober 2019
LBN kendelse af 23. Maj 2018
Ø.L.D 28. Februar i anke 14. Afd. BS-14028/2018-OLR
U. 2016.2463.H
U.2018.853 H
U.2018.830 H

Links:

<https://danskhandicapforbund.dk/da/om-forbundet/principper/#gsc.tab=0>

https://www.ft.dk/samling/20041/lovforslag/192/20041_192_som_fremsat.htm

9. Bilag 1.

Forkortelser:

Art. – Artikel
BR - Byretten
EU – Den Europæiske Union
EUD – EU-domstolen.
FBL – Forskelsbehandlingsloven.
FN – Forende Nationer
HR - Højesteret
ILO – International Labour Organization
LBN - Ligebehandlingsnævnet
Pr. – Præmis
U – Ugeskrift for retsvæsen
VLR/VL – Vestre Landsret
ØLR – Østre Landsret.