

Forskelsbehandlingslovens beskyttelse af ansatte i fleksjob

Juridisk kandidatspeciale

Aalborg Universitet

Udarbejdet af:

Mathilde Hamborg Sørensen
10. semester, Jura
Studienr.: 20173084

Vejleder:

John Klausen

Afleveringsdato:

19. maj 2022

Antal anslag:

143.287

Abstract

The flexijob scheme gives people with disabilities the opportunity to become an incorporated part of the Danish labour market. The scheme has been a success since its introduction in 1998, which is why there are 90,275 people in flexijobs and further 14,147 people receiving unemployment benefits today in March 2022. As a consequence of the limited ability to work, employees in flexijobs have a number of considerations and often reduced working hours included in their flexijob. The scheme results in the flexijob employees being exposed to discrimination in several cases. However, an attempt has been made to resolve the vulnerable position of employees in flexijobs through the rules in the Danish Discrimination Act

Based on this problem, this master thesis has investigated the protection of people in flexijobs under the Danish Discrimination Act. By using the judicial dogmatic method, the thesis has clarified the legal position of people in flexijob.

Initially, the thesis has explained the relevant rules regarding the law associated with flexijob and the rules in the Danish Discrimination Act which have been found relevant to the overall thesis statement of this paper.

The paper has furthermore analyzed the different kinds of discrimination a person with flexijob can face on the labour market. Through this analysis the discrimination has been characterized within three different situations – the time before employment, the time in employment and the event of a redundancy. Case law and verdicts with relevant material and information have been examined and analyzed to shed light on different issues that might occur with an flexijob employment in the three situations described above.

Problems that can occur in connection with the employer's obligation to make reasonable accommodation for people with disabilities as stated in the Danish discrimination act § 2a, have also been analyzed and explained.

Based on the analysis of this thesis, it has been concluded that the protection provided by the Danish Discrimination Act to disabled employees in flexijobs is characterized by a lack of clarity. The diverse case law testifies that people in flexijobs today still are being discriminated in the workplace. The thesis has highlighted several issues in the interplay between the flexijob scheme and the rules of the Danish Discrimination Act. It has turned out that the interpretation of the rules of the Danish Discrimination Act in practice are difficult for employers to deal with, which is why the Court plays a

crucial role in enforcing any violations. Furthermore, an assessment of whether discrimination occurs in the specific case or not, will always depend on a concrete assessment of the circumstances of the case.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 – Introduktion	5
1.1. Indledning	5
1.2. Problemformulering	6
1.3. Afgrænsning	6
1.4. Metode og retskilder:.....	7
Kapitel 2 – Fleksjobordningen.....	9
2.1. Fleksjobordningens historie og udvikling:	9
2.2. Visitationen til fleksjob	10
2.3. Visitationsbetingelser for tilkendelse af fleksjob	11
2.3.1. Varighedskriteriet.....	11
2.3.2. Væsentlige begrænsninger	13
2.4. Fleksjob til personer, der aktuelt har en meget begrænset arbejdsevne.....	15
2.5. Løn og arbejdsvilkår i fleksjobbet.....	15
2.5.1. Overenskomstdækkede og ikke-overenskomstdækkede områder	16
Kapitel 3 – Forskelsbehandlingsloven.....	19
3.1. Forskelsbehandlingslovens internationale og europæiske baggrund	19
3.1.1. Beskæftigelsesdirektivets beskyttelse af handicappede	20
3.1.2. FN's handicapkonvention	21
3.2. Forbud mod forskelsbehandling	23
3.2.1. Direkte forskelsbehandling	23
3.2.2. Indirekte forskelsbehandling	24
3.2.3. Bevisbyrden	25
3.3. Handicapbegrebet:.....	26
3.3.1. C-13/05 (Chacón Navas-sagen)	26
3.3.2. De forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge-sagerne)	27
3.3.3. C-395/15 (Daouidi-sagen).....	29
3.3.4. C-354/13 (Kaltoft-sagen)	31
3.3.5. Sammenfatning om handicapbegrebet:	32
3.4. Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse i forskelsbehandlingslovens § 2 a:	33
3.4.1. Passende foranstaltninger:.....	34
3.4.2. Urimelig byrde:.....	34
3.4.3. Relevant viden:	36
3.4.4. Kompetent egnet og disponibel:.....	38
Kapitel 4 – Forskelsbehandling af fleksjobbere før ansættelsen, under ansættelsen og ved ansættelsens ophør: .	39
4.1. Forskelsbehandling før ansættelsen:.....	39
4.1.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 7100175-12 - Alarmoperatøren	40

4.1.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-41760 – Pædagogen1	41
4.1.3. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 18-69701 – It-medarbejderen	41
4.1.4. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-27119 - Ingeniøren.....	41
4.1.5. Delkonklusion	42
4.2. Forskelsbehandling under ansættelsen	43
4.2.1: Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 2500023-10 – SOSU-assistenten.....	43
4.2.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 7100592-12 – Advokatsekretæren.....	44
4.2.3. Delkonklusion	45
4.3: Forskelsbehandling ved ansættelsens ophør.....	47
4.3.1. Fleksjobbets nedsatte arbejdstid.....	47
4.3.1.1. U 2014.3592 H - Social- og sundhedsassistenten	47
4.3.1.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 2017-6810-34074 - Vejlederen	48
4.3.1.3. Delkonklusion.....	49
4.3.2. Fleksjobbets manglende fleksibilitet.....	50
4.3.2.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-47260 – Pædagogen2.....	51
4.3.2.2: Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-13033 - Ordblindeunderviseren	52
4.3.2.3. Delkonklusion.....	52
Kapitel 5 -Tilpasningsforpligtelsen i forhold til fleksjobordningen	53
5.1. Nedsat arbejdstid som tilpasningsforanstaltning	53
5.2. Er tilbud om fleksjob tilstrækkeligt til at opfylde arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse?.....	55
5.2.1. Vestre Landsrets dom U 2010.1748 V – Advokatsekretæren	55
5.2.2. Østre Landsrets dom U 2010.2303 Ø – Cafémedarbejderen.....	56
5.2.3: Delkonklusion:.....	57
5.2.4. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-18141 – Den fuldmægtige.....	58
5.2.5. Delkonklusion	59
5.3. Hvornår er arbejdsgiver forpligtet til at tilbyde et fleksjob?.....	60
5.3.1. Østre Landsrets dom U 2020.1799 - Lægesekretæren	60
5.3.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-34996 - Pædagogmedhjælperen	62
5.3.3. Delkonklusion	62
5.4. Er arbejdsgiver forpligtet til at afvente afgørelse om eventuelt fleksjob?	64
5.4.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 18-6273 - Socialrådgiveren	64
5.4.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 2017-6810-42946 - Specialklasselæreren.....	65
5.4.3. Delkonklusion	66
Kapitel 6 – Sammenfatning.....	67
Kapitel 7 – Litteraturliste.....	70

Kapitel 1 – Introduktion

1.1. Indledning

Fleksjobordningen giver mennesker med begrænsninger i arbejdsevnen muligheden for at blive en integreret del af det danske arbejdsmarked. Ordningen har siden dens indførelse i 1998 været en succes, hvorfor der i dag i marts 2022 er 90.275 personer i fleksjob og yderligere 14.147 personer, der modtager ledighedsydelse.¹ Ansatte i fleksjob har som konsekvens af deres begrænsede arbejdsevne en række skånehensyn og ofte nedsat arbejdstid indeholdt i fleksjobbet. Konstruktionen indebærer, at fleksjobbere ofte er mere udsatte end andre ansatte, når arbejdsgiver eksempelvis skal spare og dermed afskedige personale på arbejdspladsen.

Fleksjobberes udsatte position er dog forsøgt løst gennem blandt andet reglerne i forskelsbehandlingsloven. Loven beskytter ansatte mod forskelsbehandling på grund af en række beskyttelseskriterier, herunder handicap. I praksis vil fleksjobberes varige lidelser næsten altid opfylde kriterierne for at være omfattet af lovens handicapbegreb. Loven forpligter arbejdsgiver til ikke at forskelsbehandle handicappede ansatte ved ansættelsen, under ansættelsen og ved ansættelsens ophør, ligesom arbejdsgiver også har en forpligtelse til løbende at tilpasse arbejdet til en handicappet medarbejder. En forpligtelse der i sidste ende kan koste dyrt, da arbejdsgiver kan blive pålagt et krav om godtgørelse, hvis lovens regler tilsidesættes.

Forskelsbehandlingslovens regler har imidlertid vist sig at være vanskelige for arbejdsgiver at håndtere, hvorfor Domstolene og særligt Ligebehandlingsnævnet behandler en lang række sager herom årligt. De mange sager er udtryk for, at der i det praktiske liv fortsat er tvivl om håndteringen og udstrækningen af forskelsbehandlingslovens regler, ligesom den manglende klarhed på området har betydet, at særligt handicappede ansatte i fleksjob stadig oplever forskelsbehandling på arbejdspladsen. Det er herunder således interessant at undersøge, i hvilket omfang ansatte i fleksjobordningen er beskyttet af forskelsbehandlingslovens regler.

¹ Nøgletal fra Jobindsats. Lokaliseret d. 10.5.2022 på <https://www.jobindsats.dk/>

1.2. Problemformulering

På baggrund af ovenstående, vil dette speciale fokusere på den beskyttelse, som forskelsbehandlingsloven giver fleksjobvisiterede personer, hvorfor specialet vil besvare følgende problemformulering:

I hvilket omfang beskytter forskelsbehandlingslovens regler ansatte i fleksjob og fleksjobvisiterede, der søger fleksjob?

1.3. Afgrænsning

Når problemformuleringen skal besvares, bør det bemærkes, at fleksjob består af en række aspekter inden for både det ansættelsesretlige og socialretlige område. Specialet vil fokusere på det ansættelsesretlige område i form af den ansattes beskyttelse under forskelsbehandlingsloven. Det socialretlige område berøres kortvarigt i specialets redegørende del og vil endvidere alene berøres, såfremt det har en sammenhæng med de arbejdsgiverforpligtelser, som forskelsbehandlingsloven foreskriver. Specialet vil derfor kun redegøre for de dele af fleksjobansættelsen, der findes relevante for besvarelse af specialets problemformulering. Rehabiliteringsteamets og jobcenterets rolle nævnes af samme grund kun kort under beskrivelsen af visitationen til fleksjob, ligesom flekslønstilskuddet kun gennemgås overfladisk, da beregningen af tilskuddet ikke findes relevant for denne afhandling.

Specialet tager endvidere kun udgangspunkt i forskelsbehandlingslovens regler, hvorfor andre relevante ansættelsesretlige lovgivninger, som eksempelvis deltidsloven og funktionærloven ikke behandles i nærværende fremstilling. Der redegøres kun for de lovregler i forskelsbehandlingsloven, der findes relevante i forhold til forskelsbehandling af ansatte i fleksjob og ansatte der afventer fleksjob, hvorfor afhandlingen primært tager afsæt i lovens §§ 1, 2, 2a og 7a.

I specialets kapitel 4 inddeles den forskelsbehandling, som en ansat i fleksjob kan møde i tre dele herunder: før ansættelsen, under ansættelsen og ved afskedigelsen. Herunder vil kun udvalgte domme og afgørelser blive gennemgået med henblik på at belyse, hvilke særlige problemstillinger en fleksjobansættelse giver anledning til før ansættelsen, under ansættelsen og ved afskedigelsen.

I specialets kapitel 5 behandles arbejdsgivers tilpasningsforpligtelses sammenspil med fleksjobordningen. Her behandles også kun udvalgte domme og afgørelser med henblik på at belyse, hvilke særlige problemstillinger arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse giver anledning til for ansatte i fleksjob eller ansatte, der afventer fleksjob.

Slutteligt er det vigtigt at bemærke, at ansatte i fleksjob kan arbejde inden for både det offentlige og private område. Specialet sonderer dog ikke mellem private og offentlige arbejdsgivere i de udvalgte domme og afgørelser.

Afgrænsningen af specialet er foretaget med henblik på at belyse specialets problemformulering bedst muligt. Der er derfor udvalgt problemstillinger, der er centrale for beskyttelse af den fleksjobvisiterede og for arbejdsgivers forpligtelser efter forskelsbehandlingsloven.

1.4. Metode og retskilder:

I specialet anvendes den retsdogmatiske metode til at belyse ovenstående problemformulering. Metoden anvendes med det formål at udlede den gældende retstilstand på området, herunder ved en analyse, systematisering og beskrivelse af allerede gældende ret.² Til besvarelse af specialets problemformulering anvendes endvidere forskellige retskilder, som tilsvarende har forskellig retskildemæssig værdi.

Indledningsvist vil specialet redegøre for relevante bestemmelser i beskæftigelsesindsatsloven og forskelsbehandlingsloven. Retstildegruppen *loven* har som udgangspunkt forrang for andre retskilder³, hvorfor den udgør et vigtigt bidrag til fortolkning af specialets problemformulering. For at fastlægge den gældende retstilstand på området, inddrages endvidere forarbejderne til de nævnte love. Loves forarbejder anses ikke for at være selvstændige retskilder, men må alt andet lige kunne indgå som et bidrag til at forstå hensigten bag retsreglerne i de pågældende love.⁴ Specialet benytter sig i den forbindelse af fortolkningstyperne: *ordlydsfortolkning* og *subjektiv fortolkning*. Ordlydsfortolkning er udgangspunktet for alt fortolkning og tager udgangspunkt i ordenes betydning i konteksten uden inddragelse af yderligere kilder.⁵ Den subjektive fortolkning tager derimod udgangspunkt i lovgivers hensigt med den konkrete lovbestemmelse for at finde frem til dennes formål.⁶

Det er endvidere vigtigt at holde sig for øje, at arbejdsretten, herunder forskelsbehandling, generelt er intensivt reguleret i den internationale ret og især i EU-retten⁷, hvorfor den danske retstilstand

² Munk-Hansen, Carsten; *Den juridiske løsning*, 1. udgave 2017, s. 85.

³ Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 289.

⁴ Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 298.

⁵ Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 261.

⁶ Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 299.

⁷ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 31.

uløseligt er forbundet med den EU-retlige fortolkning heraf. Specialet inddrager derfor også en række EU-retlige retskilder, ligesom afgørelser fra EU-Domstolen inddrages til at belyse retstilstanden på området for lovens handicapbegreb og tilpasningsforpligtelse. De danske retskilderne skal qua den omfattende regulering på det EU-retlige område, fortolkes EU-konformt. Dette betyder, at de danske retskilder i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten og dennes praksis. Der er dog ikke pligt til fortolkning *contra legem*, hvorfor en EU-konform fortolkning ikke kræves, hvis en dansk lovbestemmelses ordlyd står i klar modstrid til en EU-retslig lovbestemmelse.⁸

En analyse af retspraksis udgør endvidere en væsentlig bestanddel af specialet, hvorfor specialet i kapitel 4 og 5 vil analysere retspraksis af forskellig retskildemæssig værdi. Den domstolsskabte retspraksis udgør en betydningsfuld del af retsskabelsen i dansk ret⁹, hvorfor specialet inddrager retspraksis fra de civile domstole herunder afgørelser fra både landsretten og Højesteret. Domme kan have retsskabende virkning for andre borgeres retsstilling under lignende omstændigheder, hvorfor domme anses for en retskilde i dansk ret. Det har endvidere betydning, hvilken instans der har afsagt den pågældende afgørelse. Det følger heraf, at jo højere en instans sagen behandles på, desto større retskildemæssig værdi tillægges sagen. En dom kan ikke forpligte en højere domstol, hvorfor landsretten eksempelvis ikke vil være bundet af en afgørelse afsagt i byretten.¹⁰

Specialet inddrager endvidere administrativ praksis i form af afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet til at belyse områder, hvor der ikke foreligger retspraksis fra domstolene. Administrativ praksis har mindre retskildemæssig værdi, da denne ikke normalvis er bindende for domstolene.¹¹ Dog vil Ligebehandlingsnævnets afgørelser kunne indgå som et vigtigt fortolkningsbidrag, da der på visse områder ikke forelægger relevant domstolspraksis. Inddragelsen af afgørelser fra både domstolene og Ligebehandlingsnævnet er således truffet med henblik på, at kunne belyse retstilstanden for ansatte i fleksjob på forskelsbehandlingslovens område bedst muligt.

Sluttelig inddrages også relevant retslitteratur til at belyse specialets problemformulering. Retsslitteratur anses ikke for at have retskildemæssig værdi, da retslitteratur savner legitimitet til at fastlægge ret. Dog anvender specialet retslitteraturen som et fortolkningsbidrag, da en forfatters anerkendte metodiske arbejde kan bidrage til argumentationen i en konkret sag.¹²

⁸ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 71.

⁹ Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 316.

¹⁰ Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 320-324.

¹¹ Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 332.

¹² Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, 2018, s. 372-374.

Kapitel 2 – Fleksjobordningen

2.1. Fleksjobordningens historie og udvikling:

Fleksjobordningen er møntet på personer med varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen, der ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 116, stk. 1. Ordningen blev indført i 1998 med ønsket om at udvikle et rummeligt arbejdsmarked, hvor også personer med nedsat arbejdsevne kunne gøre en indsats under fleksible vilkår.¹³

I 2001 foretog man en række ændringer af fleksjobreglerne, da en ny reform af førtidspensionssystemet blev vedtaget. Ændringerne havde til formål at tilvejebringe en klar grænse mellem fleksjobordningen og førtidspensionsordningen. Ønsket var at personer, der havde en arbejdsevne som muliggjorde en tilknytning til arbejdsmarkedet, også reelt fik mulighed for at bruge sine kompetencer gennem et arbejde.¹⁴ Indsatsen skulle således være aktivrettet og man præciserede derfor blandt andet, at mulighederne for beskæftigelse på ordinære vilkår skulle være afprøvet, førend der kunne gives tilbud om et fleksjob.¹⁵

Fleksjobordningen blev igen justeret i 2006. I forbindelse med forhandlingerne om kommunernes økonomi i 2005 nedsattes en arbejdsgruppe med repræsentanter fra Kommunernes Landsforening, Finansministeriet, Beskæftigelsesministeriet, Socialministeriet og Økonomi- og Erhvervsministeriet, der skulle undersøge en række problemfelter i fleksjobordningen. Gruppen afleverede en rapport, hvori det fremgik, at der især var problemer i form af en usikker visitationspraksis i kommunerne og en meget høj ledighed blandt fleksjobvisiterede personer.¹⁶ Justeringen betød, at kravene til dokumentationsgrundlaget for afgørelser om tilkendelse af fleksjob blev præciseret. Desuden gav ordningen kommunerne et øget økonomisk incitament til at tilvejebringe mere fyldestgørende dokumentation. Forelå der ikke tilstrækkelig dokumentation for afgørelse om tilkendelse af fleksjob, ville kommunen ikke få refusion fra staten i 3 år.¹⁷

¹³ L270, samling 1996-97, Almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 5711.

¹⁴ L136, samling 2000-01, Almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 3088.

¹⁵ L136, samling 2000-01, Almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 3088.

¹⁶ L233, samling 2005-06, Almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 7749.

¹⁷ L233, samling 2005-06, almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 7750

Senest vedtog et bredt flertal i folketinget i 2012 en fleksjob- og førtidspensionsreform, der trådte i kraft den. 1. januar 2013. Grundlæggende var ønsket bag reformen at nytænke fleksjob- og førtidspensionsordningerne. Man ønskede at komme væk fra et system, hvor personer fik tilkendt varig og passiv forsørgelse, i stedet for at få hjælp til at bane vejen for en plads på arbejdsmarkedet. Reformens hensigt var således, at flest mulige skulle få tilknytning til arbejdsmarkedet og dermed opnå adgang til at forsørge sig selv.¹⁸

Med reformen blev adgangen til førtidspension blandt andet begrænset for personer under 40 år. Desuden blev der indført ressourceforløb, som skulle sikre en tværfaglig indsats for at hjælpe personer i beskæftigelse og uddannelse. Endvidere blev fleksjobordningen præciseret, således at også en person med en meget lille arbejdsevne kunne få tilkendt fleksjob i stedet for førtidspension, ligesom reglerne om arbejdsgivers tilskud blev omlagt, således at arbejdsgiver kun skal betale for den arbejdsindsats, der ydes.¹⁹

Der vil nedenfor blive gennemgået en række af de regler i fleksjobordningen, der findes interessante for besvarelse af specialets problemformulering, herunder regler, som blev indført med fleksjobreformen i 2013.

2.2. Visitationen til fleksjob

En afgørelse om fleksjob træffes på grundlag af rehabiliteringsplanens forberedende del, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 118. Rehabiliteringsplanens forberedende del skal benyttes af rehabiliteringsteamet, der på baggrund af denne udarbejder en begrundet indstilling om, hvorvidt en person opfylder betingelserne for tilkendelse af fleksjob²⁰. Kommunen og borgeren udarbejder den forberedende del i fællesskab og med udgangspunkt i oplysninger, som kommunen allerede har samt borgerens egen vurdering af sagen. I planen beskriver blandt andet personens uddannelsesmæssige ressourcer, personlige ressourcer, fremtidige ønsker til job og uddannelse, helbredsituation m.v.²¹ For at en person kan blive visiteret til fleksjob, skal rehabiliteringsplanen indeholde dokumentation for at:

”1) Personens ressourcer og udfordringer er fuldt afklarede i forhold til uddannelse og beskæftigelse.

¹⁸ L53, samling 2012-13, almindelige bemærkninger til lovforslaget, s. 24.

¹⁹ Klausen, John; *Retten til fleksjob*, Juristen nr. 2, 2014, s. 65 ff.

²⁰ Bekendtgørelse nr. 2408 af 13. december 2021, § 2, stk. 3, nr. 1.

²¹ Bekendtgørelse nr. 2408 af 13. december 2021, § 3.

- 2) *Alle relevante indsatser efter denne lov samt andre foranstaltninger har været afprøvet for at bringe eller fastholde den pågældende i ordinær beskæftigelse.*
- 3) *Personens arbejdsevne anses for varigt og væsentligt begrænset og kan ikke anvendes til at opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår.*
- 4) *Personen har været ansat under de sociale kapitler m.v. i mindst 12 måneder, hvis personen skal ansættes i fleksjob på den hidtidige arbejdsplads, jf. § 119.”²²*

Det er kommunen, der træffer afgørelse i sagen. Afgørelsen træffes på baggrund af rehabiliteringsteamets indstilling samt oplysninger i rehabiliteringsplanens forberedende del.²³

2.3. Visitationsbetingelser for tilkendelse af fleksjob

Fleksjob er en ordning for personer, der ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår. Det er en betingelse for tilkendelse af fleksjob, at en person har varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 116, stk. 1. Begrænsningerne skal være af en sådan karakter at vedkommende hverken nu eller i fremtiden kan komme til at arbejde på ordinære vilkår. Vurderingen af begrænsningerne skal desuden bero på en samlet bedømmelse af alle sagens oplysninger, herunder en bedømmelse af de modsatrettede oplysninger, der taler for eller imod, at den pågældende person opfylder visitationsbetingelserne for fleksjob.²⁴

2.3.1. Varighedskriteriet

En person skal, for at være berettiget til fleksjob, have varige begrænsninger i arbejdsevnen. Varighedskriteriet blev omtalt i forarbejderne til justeringen af reglerne om fleksjob i 2001. Med præciseringen skulle mulighederne for revalidering, arbejdsprøvning og eventuelt forsøg på omplacering til udstøttet beskæftigelse være afprøvede inden tilkendelse af et fleksjob.²⁵

Ifølge bemærkningerne skal kommunen ved vurderingen af varighedskriteriet skønne over den aktuelle tilstand og den fremtidige mulighed for, at en person kan udvikle arbejdsevnen. Der skal derfor ses bredt på nuværende og fremtidige beskæftigelsesmuligheder. Vurderingen er ikke begrænset til,

²² Beskæftigelsesindsatslovens § 118, stk. 2.

²³ Bekendtgørelse nr. 2408 af 13. december 2021, § 7, stk. 4.

²⁴ L53, samling 2012-13, almindelige bemærkninger til lovforslaget pkt. 2.2.1.2, s. 35-36.

²⁵ L136, samling 2000-01, almindelige bemærkninger til lovforslaget pkt. 2., spalte 3090.

hvad personen tidligere har beskæftiget sig med eller til, hvad den pågældende selv har af beskæftigelsesønsker.²⁶

Endvidere har det betydning for vurderingen, hvor tidligt i livet spørgsmålet om fleksjob opstår. De varige begrænsninger skal i princippet kunne række helt frem til folkepensionsalderen. Dette betyder også, at varighedskriteriet kan være sværere at opfylde for en person, der har mange år tilbage på arbejdsmarkedet. De sociale og arbejdsmæssige forhold kan nå at ændre sig væsentligt, hvis vedkommende har mange arbejdsår tilbage, ligesom der vil være en større usikkerhed forbundet med udviklingen af fremtidige behandlingsmuligheder.²⁷

Behandlingsmulighederne er også relevante at undersøge, når det skal vurderes om en persons arbejdsevne er varigt nedsat. De skal kunne forbedre arbejdsevnen, samt være realistiske og kunne gennemføres uden fare for liv og førlighed, førend disse indgår i varighedsvurderingen.²⁸ Behandlinger der ikke kan forbedre arbejdsevnen, har derfor ingen betydning, ligesom behandlinger med kun ringe eller kortvarig effekt heller ikke har betydning for varighedskriteriet. Bedømmelsesgrundlaget må desuden ikke indeholde behandlinger, hvis eventuelle bivirkninger udligner den effekt, som den pågældende behandling kan tilbyde.²⁹ Der skal ved varighedsvurderingen således alene indgå de behandlingsmuligheder, der er relevante i det konkrete tilfælde. Et eksempel på et tilfælde, hvor behandlingsmulighederne ikke var relevante for den pågældende begrænsning i arbejdsevnen, forelå i Ankestyrelsens principafgørelse 10-11 om tilkendelse af førtidspension. Afgørelsen handlede om en begrænsning i arbejdsevnen på grund af overvægt. I afgørelsen kunne Ankestyrelsen ikke lægge vægt på, at der var behandlingsmuligheder for overvægt, da der ikke forelå konkrete oplysninger om forslag til et realistisk vægttab. Endvidere kunne behandlingsmuligheder i form af et operativt indgreb for vægttab heller ikke tages med i vurderingen, da den overvægtige ikke ønskede at medvirke til et sådant indgreb.

Der er endvidere relevant for vurderingen af varighedskriteriet, at der i dag er blevet indsat en bestemmelse i beskæftigelsesindsatslovens § 118, stk. 3.³⁰ En person kan herefter afvise at modtage lægelig behandling i form af operation, lægeordineret medicin og lægebehandling af tilsvarende indgribende karakter, uden denne afvisning har betydning for jobcenterets afgørelse om fleksjob.

²⁶ L136, samling 2000-01, almindelige bemærkninger til lovforslaget pkt. 2, spalte 3090.

²⁷ Klausen, John m.fl.; *Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse*, 3. Udgave, 2020, s. 362.

²⁸ Klausen, John m.fl.; *Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse*, 3. Udgave, 2020, s. 363.

²⁹ Klausen, John m.fl.; *Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse*, 3. Udgave, 2020, s. 363.

³⁰ Lov nr. 1557 27/12/2019 om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats og forskellige andre love.

2.3.2. Væsentlige begrænsninger

Foruden varighedskriteriet er det også betingelse for tilkendelse af fleksjob, at arbejdsevnen er væsentligt nedsat. Arbejdsevnen kan være begrænset af både fysiske, psykiske eller sociale grunde.³¹ Som angivet ovenfor, anførte forarbejderne til lovforslaget i 2001, at kommunen ved fleksjobtilkendelser skal fokusere på personens muligheder for aktuelt eller i fremtiden at blive i stand til at udvikle arbejdsevnen. Der skal her ses bredt på nuværende og fremtidige beskæftigelsesmuligheder, hvorfor vurderingen desuden ikke er begrænset til den pågældendes tidligere beskæftigelse eller fremtidige beskæftigelsesønsker.³²

Det er ikke muligt at angive præcis, hvornår arbejdsevnen er så væsentligt nedsat, at en person er berettiget til fleksjob. I vurderingen vil blandt andet indgå antallet af arbejdstimer samt med hvilken intensitet en person med nedsat arbejdsevne kan arbejde.³³ Kigger man på udviklingen af fleksjobordningen, kan denne muligvis sige noget om, hvad væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen kan omfatte.

I den første fleksjobordning fra 1998 havde man en tilskudsordning, hvor kommunen ydede tilskud til arbejdsgiveren med 1/3, 1/2 eller 2/3 af lønnen alt efter karakteren af den nedsatte arbejdsevne. Ordningen indebar en grov kategorisering, hvor arbejdsevnen både kunne være nedsat en smule mindre eller mere og stadig være omfattet af den pågældende tilskudssats.³⁴ Muligheden for at arbejdsgiver kunne få tilskud på 1/3 af lønnen, blev dog ophævet i 2001. Med denne ændring blev det yderligere præciseret, at fleksjobordningen kun var for personer med en væsentlig nedsættelse i arbejdsevnen.³⁵ Arbejdsevnen var derfor kun væsentlig nedsat, hvis denne var nedsat med mere end det område, der var dækket af 1/3-tilskuddet i den gamle fleksjobordning. Dette indebar, at en person skulle have en effektiv arbejdsevne på max. 22 timer ugentligt for at være berettiget til et fleksjob.³⁶

Med 2013-reformen blev væsentlighedskriteriet tilføjet i § 69, stk. 1 i den dagældende beskæftigelsesindsatslov. Ifølge forarbejderne til loven svarede tilføjjelsen af kriteriet til den gældende praksis på området og kriterierne for at få tilkendt fleksjob, skulle derfor ikke anses for ændret på trods af tilføjjelsen.³⁷ Der blev desuden under udvalgsbehandlingen af lovforslaget stillet et spørgsmål, der

³¹ L270, samling 1996-97, bemærkninger til § 1, nr. 6, spalte 5715.

³² L136, samling 2000-01, almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2., spalte 3090.

³³ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. pkt. 1.1.

³⁴ Klausen, John; *Retten til fleksjob*, Juristen nr. 2, 2014, s. 67.

³⁵ L136, samling 2000-01, almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 5., spalte 3091.

³⁶ Klausen, John; *Retten til fleksjob*, Juristen nr. 2, 2014, s. 67.

³⁷ L53, samling 2012-13, bemærkninger til § 1, nr. 36 og 40., side 80-81.

berørte, om reformen muliggjorde, at en person kunne blive visiteret til et fleksjob på mere end 18,5 effektive arbejdstimer. Hertil svarede beskæftigelsesministeren blandt andet:

” [...] Der er ikke taget stilling til antal timer i visitationen til fleksjob i den nuværende eller kommende lovgivning. Visitationen afhænger af de konkrete forhold i den konkrete sag, herunder om arbejdsevnen vurderes at være væsentligt og varigt nedsat. [...]”³⁸

Desuden henviste ministeren til Ankestyrelsens principafgørelse N-08-07, hvori Ankestyrelsen vurderede, at en person, der kunne arbejde ca. 22 timer om ugen, var berettiget til et fleksjob. Der er således ikke en fast grænse for, hvor mange timers effektivt arbejde en person skal kunne præstere, før den pågældende ikke har en væsentlig nedsættelse i arbejdsevnen. Visitationen til fleksjob afhænger af den konkrete sag og det er derfor ikke muligt at angive en helt klar grænse for antallet effektive arbejdstimer. Dog må det formodes, at grænsen for effektive arbejdstimer ligger tæt på de 22 timer, som både blev påpeget i fleksjobordningens historiske udvikling, men som også Ankestyrelsen henviste til i sin principafgørelse N-08-07.

Udover antallet af effektive arbejdstimer kan det også indgå i vurderingen af arbejdsevnen, om eventuelle skånehensyn er blevet optimalt tilgodeset i forbindelse med arbejdsprøvning af den pågældende. Endvidere skal en borgers restitueringsmuligheder overvejes. Hvis en person ved varetagelse af et fleksjob bliver meget eller psykisk afkræftet, kan dette have betydning i forhold til vurderingen af, hvor meget den pågældende kan arbejde.³⁹

Vurderingen af om arbejdsevnen er væsentlig nedsat må derfor bero på en række konkrete oplysninger. Antallet af effektive arbejdstimer, skånehensyn samt restitueringsmuligheder er alle hensyn, der bør tages med i vurderingen, når det skal overvejes om en persons arbejdsevne opfylder kriteriet om en væsentlig nedsættelse.

³⁸ Beskæftigelsesudvalget 2012-13 L 53, endeligt svar på spørgsmål 21.

³⁹ Klausen, John; *Retten til fleksjob*, Juristen nr. 2, 2014, s. 70.

2.4. Fleksjob til personer, der aktuelt har en meget begrænset arbejdsevne

Med 2013-reformen blev det muligt for personer med en meget begrænset arbejdsevne at få tilbudt fleksjob, hvis det vurderes, at vedkommendes arbejdsevne inden for en rimelig periode kan udvikles, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 116, stk. 2. Denne mulighed for ”minifleksjob” betød, at fleksjob i dag kan tilkendes til under 10 timer ugentligt.

Bestemmelsen giver således mulighed for, at personer med en aktuel meget lille arbejdsevne kan blive visiteret til fleksjob, hvis der er mulighed for, at arbejdsevnen kan bedres indenfor en rimelig periode. Hvis arbejdsevnen derimod ikke vurderes at kunne forbedres, skal kommunen vurdere om førtidspension vil være en mulighed. Førtidspension vil således stadig kunne tilkendes personer, der kun kan arbejde meget få timer om ugen og personer der er så syge eller har så betydelige funktionsnedsættelser, at arbejdsevnen permanent er meget begrænset.⁴⁰ Når arbejdsevnen skal vurderes, skal kommunen foretage en samlet vurdering af alle sagens oplysninger, herunder sætte de modsatrettede oplysninger op mod hinanden.⁴¹

Ifølge forarbejderne til 2013-reformen blev reglerne om fleksjob lempet med denne regel, hvilket samtidig betød, at reglerne for førtidspension blev skærpet.⁴² Efter reglerne før 1. januar 2013 kunne arbejdsgiver maksimalt modtage tilskud på 2/3 for personer ansat i fleksjob. Dette betød, at personer med varige begrænsninger i arbejdsevnen på over 2/3 ikke kunne visiteres til fleksjob, men i stedet ville få tilkendt førtidspension. Efter de ændrede regler, der fulgte af 2013-reformen, kan personer nu kun tilkendes førtidspension, hvis arbejdsevnen vurderes permanent meget begrænset. Personer med begrænsninger i arbejdsevnen på over 2/3, hvor arbejdsevnen skønnes at kunne forbedres, har derimod mulighed for at blive tilkendt et fleksjob.⁴³

2.5. Løn og arbejdsvilkår i fleksjobbet

Det fremgår af beskæftigelsesindsatslovens § 122, 1. pkt., at arbejdsgivere betaler løn for det arbejde, som en medarbejder ansat i fleksjob udfører. Fleksjobansatte modtager derfor ligesom øvrige ansatte på arbejdsmarkedet kun løn for det arbejde, de reelt udfører. Da ansatte i fleksjob har en nedsat

⁴⁰ L209, samling 2018-19, bemærkninger til § 116, side 308.

⁴¹ L53, samling 2012-13, almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2.2.1.2, s. 35.

⁴² L53, samling 2012-13, bemærkninger til § 11, til nr. 2, s. 129.

⁴³ Klausen, John; *Retten til fleksjob*, Juristen nr. 2, 2014, s. 71.

arbejdsevne, modtager de kompensation for resten af lønnen via et fleksløntilskud fra kommunen, hvorfor den samlede løn reelt består af både løn fra arbejdsgiver og et tilskud fra kommunen, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 122, 2. pkt. Hensigten med denne ordning er, at lønnen således ikke kun fastsættes efter timeantal, men også ud fra et hensyn til arbejdsintensiteten. Med en sådan lønfastsættelse kan fleksjobordningen bedre rumme personer, der også arbejder på mindre intensitet, fordi den lave intensitet ikke bliver en økonomisk byrde for arbejdsgiver.⁴⁴

Denne fleksible lønfastsættelse er en ændring af tidligere retstilstand. Før fleksjobreformens ikrafttræden i 2013 betalte arbejdsgiver den fulde løn til medarbejdere i fleksjob, hvorefter tilskuddet til lønnen blev udbetalt arbejdsgiver. Tilskuddets niveau var afhængig af graden af den nedsatte arbejdsevne og kunne ikke overstige 1/2-delen eller 2/3-dele af lønnen. Følgende ordning er stadig gældende for medarbejdere ansat i fleksjob før 1. januar 2013, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 133, stk. 1 og 2. Medarbejdere omfattet af den gamle fleksjobordning overgår dog til reglerne i den nye fleksjobordning, hvis de påbegynder et nyt fleksjob efter 1. januar 2013.⁴⁵ Påbegyndelse af et nyt fleksjob foreligger ikke ifølge forarbejderne ved ændringer af skånebehov eller timeantal samt ved ændringer i jobbeskrivelsen. Der vil dog altid være tale om et nyt fleksjob, hvis en medarbejder bliver afskediget eller skifter fra én arbejdsgiver til en anden arbejdsgiver.⁴⁶

Den ændrede lønfastsættelsesmodel i fleksjobordningen betyder også, at det er væsentligt at jobcenteret ved tilkendelse af et fleksjob, tager stilling til den fleksjobvisiteredes arbejdsevne, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 122, stk. 2. Denne vurdering danner grundlag for aftalen om fleksjob mellem medarbejderen og arbejdsgiver, således at løn og arbejdstid kan aftales, så det afspejler den nedsatte arbejdsevne.⁴⁷ Jobcenterets fremgangsmåde ved denne vurdering vil dog ikke blive behandlet yderligere i nærværende speciale.

2.5.1. Overenskomstdækkede og ikke-overenskomstdækkede områder

Fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår fastsættes som udgangspunkt efter de kollektive overenskomster, hvis ansættelsen i fleksjob er etableret på et overenskomstdækkende område, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 122, stk. 3. 1 pkt. Udgangspunktet kan dog fraviges, hvis overenskomsterne ikke

⁴⁴ L53, samling 2012-13, almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2.2.2.2., s. 36.

⁴⁵ Klausen, John m.fl.; *Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse*, 3. Udgave, 2020, s. 384.

⁴⁶ L53, samling 2012-13, bemærkninger til § 21., s. 137.

⁴⁷ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. pkt. 8.2.

indeholder bestemmelser, der kan bruges til fastsættelse af løn- og arbejdsvilkår for ansættelse og fastholdelse af person i fleksjob, jf. § 122, stk. 3, 2. pkt. Bestemmelsens mulighed for fravigelser er møntet på at gribe de tilfælde, hvor overenskomsterne ikke har taget højde for den nye fleksjobordning, herunder fordi arbejdsgiveren kun skal betale for det arbejde, der udføres. Dette betyder, at arbejdsgiver i visse tilfælde kun skal betale eksempelvis 50 % af den normale timeløn, fordi arbejdsintensiteten er nedsat.⁴⁸ Fravigelser af overenskomsternes bestemmelser skal derfor alene foretages, hvis disse findes nødvendige for at sikre, at lønniveauet svarer til den fleksjobansattes arbejdsevne. Af samme grund giver bestemmelsen ikke adgang til, at der aftales ringere vilkår alene med den begrundelse, at der er tale om en fleksjobansættelse.⁴⁹ For så vidt angår fleksjobansættelser før fleksjobreformen i 2013, er retsstillingen dog den samme. Fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår på det overenskomstdækkede område var også under den gamle ordning reguleret efter de kollektive overenskomster på ansættelsesområdet, jf. den daværende § 72 i lov om aktiv beskæftigelsesindsats.⁵⁰ Dog indeholdte den dagældende bestemmelse ikke en fravigelsesmulighed, som der nu er givet mulighed for i lovens § 122, stk. 3.

Det følger endvidere om fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår på overenskomstdækkende områder, at en eventuel fravigelsesaftale skal indgås mellem arbejdsgiver og den pågældende medarbejder, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 122, stk. 3, 2. pkt. De faglige organisationer og jobcenteret kan herefter modtage en kopi af aftalen om fleksjob, hvis den fleksjobvisiterede giver samtykke hertil.⁵¹ Følgende ordning må anses for at være problematisk, da jobcenteret og den overenskomstbærende organisation ikke altid har krav på at få ansættelsesaftalen formelt set, som det var tilfældet for den overenskomstbærende organisation under den gamle fleksjobordnings regler, jf. den daværende § 72 i lov om aktiv beskæftigelsesindsats.⁵² Hvis den fleksjobansatte ikke ønsker, at en kopi videregives, har den overenskomstbærende organisation og jobcenteret derfor ikke mulighed for at medvirke til at sikre, at medarbejderens reelle arbejdsevne afspejles i de aftalte fravigelser af overenskomsten.

For medarbejdere i fleksjob som ikke er ansat på et overenskomstdækket område, fastsættes løn- og øvrige arbejdsvilkår efter aftale mellem den fleksjobansatte og arbejdsgiver, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 122, stk. 4, 1. pkt. Det har her betydning for aftalen, om der findes en relevant og sammenlignelig overenskomst på området. På områder hvor der findes en sammenlignelig

⁴⁸ Klausen, John m.fl.; *Socialret – Forsørgelse og Beskæftigelse*, 3. Udgave, 2020, s. 380.

⁴⁹ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. pkt. 8.4.

⁵⁰ Lov 2003-06-10 nr. 419 om en aktiv beskæftigelsesindsats, § 72.

⁵¹ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. pkt. 8.4.1.

⁵² Lov 2003-06-10 nr. 419 om en aktiv beskæftigelsesindsats, § 72.

overenskomst, skal parterne følgelig tage udgangspunkt i dennes bestemmelser om løn- og arbejdsvilkår, jf. beskæftigelseslovens § 122, stk. 4, 2. pkt. Dette betyder dog ikke, at den fleksjobansatte og arbejdsgiver skal følge alle bestemmelser i den sammenlignelige overenskomst. Den fleksjobansatte og arbejdsgiver har stadig mulighed for at aftale fravigelser fra overenskomstens bestemmelser, herunder også fravigelser af andre bestemmelser end dem omhandlende løn- og arbejdsvilkår.⁵³

Der gælder for fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår på både overenskomstdækkede og ikke-overenskomstdækkede områder, at fravigelserne ikke må udgøre forskelsbehandling. Arbejdsgiver er derfor forpligtet til at yde lige løn for det samme arbejde, hvorfor ansatte i fleksjob skal ansættes på mindst samme vilkår, som de øvrige ansatte på arbejdspladsen.⁵⁴ Følgende forpligtelse skal ses i lyset af Forskelsbehandlingslovens regler, hvorfor disse vil blive redegjort for i følgende afsnit.

⁵³ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. pkt. 8.5.

⁵⁴ Beskæftigelsesministeriets Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v. pkt. 8.1 og 8.5.

Kapitel 3 – Forskelsbehandlingsloven

3.1. Forskelsbehandlingslovens internationale og europæiske baggrund

Forskelsbehandlingslovens regler har rødder i både EU- og folkeretten. For bedre at kunne forstå, hvilke forpligtelser forskelsbehandlingsloven pålægger arbejdsgiver gennemgås nedenfor lovens placering i retssystemet og lovens sammenhæng med såvel nationale og internationale retskilder.

Forskelsbehandlingsloven blev vedtaget i Danmark i 1996. Loven implementerede ILO-konvention nr. 111 om forbud mod diskrimination på arbejdsmarkedet⁵⁵ og FN-konventionen om afskaffelse af racediskrimination (CERD) i erkendelse af, at Danmark på daværende tidspunkt ikke levede op til de internationale forpligtelser om forbud mod forskelsbehandling, som vi havde forpligtet os til ved ratificeringen af de to konventioner.⁵⁶

Oprindeligt omfattede forskelsbehandlingsloven kun diskrimination på grund af race, hudfarve, religion, seksuel orientering, politisk anskuelse eller national, social eller etnisk oprindelse, hvorfor beskyttelseskriterierne alder og handicap ikke på daværende tidspunkt var omfattet af loven.⁵⁷

Forskelsbehandling er reguleret intensivt indenfor EU-retten. Det angives eksempelvis i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) artikel 18, at der indenfor traktatens anvendelsesområde er et forbud mod direkte forskelsbehandling. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*” Inden for traktaternes anvendelsesområde og med forbehold af disses særlige bestemmelser er al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt”*⁵⁸

Bestemmelsen beskytter kun kriteriet *nationalitet*. Øvrige beskyttelseskriterier beskrives dog nærmere i traktatens artikel 19, der hjemler indførelsen af EU-retlige regler til bekæmpelse af forskelsbehandling på baggrund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering. Hjemlen i TEUFs artikel 19 er blandt andet anvendt til gennemførelse af direktiv

⁵⁵ ILO – **International Labour Organization** er et særligt organ oprettet under FN, der udelukkende beskæftiger sig med arbejdsretlige spørgsmål. Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven* s. 21.

⁵⁶ L 181, samling 1995-96, Fremsættelsen, spalte 2760.

⁵⁷ Lov nr. 459 af 12/06/1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., § 1, stk. 1.

⁵⁸ Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) artikel 18.

2000/78 om generelle rammebestemmelser for ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, herefter beskæftigelsesdirektivet.

3.1.1. Beskæftigelsesdirektivets beskyttelse af handicappede

Beskæftigelsesdirektivet blev vedtaget den. 27. november 2000 af Europarådet og blev efterfølgende implementeret ved ændringen af forskelsbehandlingsloven i 2004. Forud for 2004 havde man primært fortolket forskelsbehandlingsloven i en folkeretlig kontekst, men efter implementeringen af beskæftigelsesdirektivet var EU-retten nu blevet den dominerende kilde til fortolkning af loven.⁵⁹

Formålet med beskæftigelsesdirektivet er at gennemføre princippet om ligebehandling ved at fastlægge en generel ramme til bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af *religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering*.⁶⁰ Om direktivets anvendelsesområde bestemtes det af artikel 3, stk. 1, at direktivet finder anvendelse både i den offentlige og den private sektor.

Direktivet har således et bredt anvendelsesområde, hvilket også fremgår af beskyttelseskriterierne *tro, alder og handicap* i direktivets artikel. 1. De nye kriterier blev ved direktivets implementering i 2004 tilføjet under forskelsbehandlingslovens beskyttelseskriterier. Forskelsbehandlingsloven omfattede dog allerede på daværende tidspunkt beskyttelseskriterier som: *race, hudfarve, politisk anskuelse eller national, social eller etnisk oprindelse* som ikke var indeholdt i beskæftigelsesdirektivet.⁶¹ Således beskyttede loven allerede inden 2004 en bred vifte af kriterier.

Handicapkriteriet blev indsat i forskelsbehandlingsloven i december 2004.⁶² Med det nye kriterie fulgte også arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, som er indeholdt i beskæftigelsesdirektivets artikel 5. Af ordlyden af artikel 5 bestemmes det at:

” [...] arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til

⁵⁹ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 25 ff.

⁶⁰ Direktiv 2000/78, artikel 1.

⁶¹ Lov nr. 459 af 12/06/1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., § 1, stk. 1.

⁶² L92, samling 2004-05, almindelige bemærkninger til lovforslaget, 1. Indledning.

*uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. [...]*⁶³

Direktivets foreskrevne tilpasningsforpligtelse blev tilføjet i forskelsbehandlingslovens § 2 a.⁶⁴ Baggrunden og indholdet af tilpasningsforpligtelsen er nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 3.4.

3.1.2. FN's handicapkonvention

FN har beskæftiget sig med udformning af regler til beskyttelse af handicappede i over 40 år, herunder hovedsageligt i form af soft law. I 2006 udformede FN dog en bindende folkeretlig traktat, FN-handicapkonventionen, som blev den første menneskeretskonvention, som landene i EU undertegnede. Konventionen er desuden ratificeret af en række lande herunder af Danmark den 24. juli 2009.⁶⁵

FN's Handicapkonvention har til formål, at:

*"[...] Fremme, beskytte og sikre muligheden for, at alle personer med handicap fuldt ud kan nyde alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre, samt at fremme respekten for deres naturlige værdighed."*⁶⁶

Hensigten er således, at personer med handicap kan nyde fuldt udbytte af menneskerettighederne og grundlæggende frihedsrettighederne. Konventionen foreskriver desuden, at deltagerstaterne, skal forbyde enhver diskrimination på grund af handicap og at de skal sikre, at personer med handicap nyder en retlig beskyttelse imod diskrimination af enhver art.⁶⁷

FN's handicapkonvention har således siden ratifikationen i 2009 udstukket en overordnet ramme for arbejdet med handicapområdet i Danmark. Som følge af ratifikationen forpligtede Danmark sig til at indrette sin lovgivning således, at konventionens regler kunne opfyldes.⁶⁸

Danmark mente dog ikke på daværende tidspunkt, at det var nødvendigt at iværksætte en mere generel følgelovgivning for at opfylde konventionens krav om forbud mod forskelsbehandling på grund af

⁶³ Direktiv 2000/78, artikel 5.

⁶⁴ Lov nr. 1417 af 22/12/2004, pkt. 2, § 2 a.

⁶⁵ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 38 ff.

⁶⁶ FN's Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap, artikel 1.

⁶⁷ FN's Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap, artikel 1, stk. 2.

⁶⁸ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 39.

handicap på alle områder, da man i forvejen havde lovgivningen efter konventionens indhold i form af blandt andet lighedsprincippet samt forskelsbehandlingslovens regler.⁶⁹

Efter ratifikationen af handicapkonvention modtog Danmark dog en række anbefalinger fra blandt andet FN's Handicapkomité og Institut for Menneskerettigheder, der mente at Danmark skulle indføre et mere generelt forbud mod forskelsbehandling af handicappede, som også kunne påberåbes udenfor arbejdsmarkedet.⁷⁰ Forslaget blev gennemført den 8. juni 2018.⁷¹ Loven regulerer forskelsbehandling udenfor arbejdsmarkedet, hvilket ikke redegøres yderligere for i dette speciale.

FN's handicapkonvention er desuden blevet selvstændigt ratificeret af EU i 2012.⁷² Ratificeringen i EU har kun øget konventionens betydning for beskyttelse af handicappede i Danmark. Som det fremgik af Daoudi-sagen som redegøres for i afsnit 3.3.3., kan FN's handicapkonvention gøres gældende ved fortolkning af beskæftigelsesdirektivet.⁷³ Desuden skal forskelsbehandlingsloven fortolkes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivet.⁷⁴ Dette betyder at både beskæftigelsesdirektivet, men også forskelsbehandlingsloven må fortolkes i overensstemmelse med handicapkonventionen. FN's handicapkonvention har derfor også haft betydning for EU-Domstolens fortolkning af handicapbegrebet, som redegøres for nedenfor i afsnit 3.3.

⁶⁹ Beslutningsforslag B194, samling 2008-09, Almindelige bemærkninger til artikel 5.

⁷⁰ Lovforslag L221, samling 2017-18, Almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2. s. 3-4.

⁷¹ Lov nr. 688 af 08/06/2018 af om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap.

⁷² Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 38

⁷³ C-395/15, Præmis 41.

⁷⁴ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 33

3.2. Forbud mod forskelsbehandling

Personer i fleksjob har væsentlige og varige begrænsninger i arbejdsevnen, hvorfor de i mange tilfælde vil være beskyttet af forskelsbehandlingslovens regler. Hovedreglen i forskelsbehandlingsreglerne er et forbud mod forskelsbehandling på grund af en række beskyttede kriterier, herunder kriteriet ”handicap”. Det skal derfor altid først afgøres, om en person ansat i fleksjob er omfattet af handicapbegrebet. Handicapbegrebet er ikke et entydigt begreb, hvorfor det også er relevant at gennemgå, hvordan begrebet skal fortolkes. En sådan gennemgang forefindes nedenfor i afsnit 3.3.

Begrebet ”forskelsbehandling” er defineret i forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 1:

”Ved forskelsbehandling forstås i denne lov enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, alder, handicap eller national, social eller etnisk oprindelse.”

Kerneområdet for beskyttelsen mod forskelsbehandling er stillingsansøgere og ansatte i et ansættelsesforhold. Reglerne finder således anvendelse ved både ansættelse, forflyttelse, forfremmelse, afskedigelse eller med hensyn til løn og arbejdsvilkår, jf. forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1. Det er Ligebehandlingsnævnet, der behandler klager over forskelsbehandling, hvorfor en række afgørelser fra nævnet benyttes i nærværende speciale til at belyse konkrete problemstillinger. Begrebet forskelsbehandling omfatter endvidere både direkte og indirekte forskelsbehandling, hvorfor disse begreber vil blive redegjort for nedenfor.

3.2.1. Direkte forskelsbehandling

Direkte forskelsbehandling af en handicappet foreligger, når:

”[...] en person på grund af [...] handicap [...] behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.”⁷⁵

Direkte forskelsbehandling er som udgangspunkt altid ulovlig, uanset om denne kan underbygges af et sagligt formål eller at denne må anses for rimelig eller proportional.⁷⁶ Endvidere antages det, at der ved bedømmelsen af den direkte forskelsbehandling ikke skal lægges vægt på, om denne er sket

⁷⁵ Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2.

⁷⁶ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 112-113.

bevidst eller ubevidst.⁷⁷ Der vil derfor altid være tale om direkte forskelsbehandling, hvis en medarbejder i fleksjob afskediges med direkte henvisning til den pågældendes handicap, ligesom det er uden betydning, at forskelsbehandlingen er sket ubevidst.

3.2.2. Indirekte forskelsbehandling

Indirekte forskelsbehandling af en handicappet foreligger, når:

” [...] en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer [...] med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.”⁷⁸

I modsætning til direkte forskelsbehandling er der ved indirekte forskelsbehandling tale om et kriterium eller en praksis, som umiddelbart fremstår neutral, men som i realiteten fører til forskelsbehandling af en handicappet person. Denne forskelsbehandling kan retfærdiggøres, hvis et kriterium er objektivt begrundet i et sagligt formål og midlerne til opfyldelse af det saglige formål anses for hensigtsmæssige og nødvendige. Midlerne skal således stå i et rimeligt forhold til målet, hvorfor der er tale om en proportionalitetsvurdering.⁷⁹ Dette indebærer, at arbejdsgiver skal undersøge, om målet kan opnås ved andre mindre indgribende metoder.

Proportionalitetsvurderingen skal endvidere ses i sammenhæng med arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse i lovens § 2a. Beskyttelsen af handicappede har nemlig som det eneste beskyttelseskriterie en ekstra beskyttelse i loven i form af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, hvorfor proportionalitetsvurdering i forhold til handicappede må anses for skærpet.⁸⁰ Dette betyder, at arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse også skal være iagttaget, førend han kan løfte beviset for, at der ikke er sket indirekte forskelsbehandling af en handicappet medarbejder. Hvad tilpasningsforpligtelsen generelt indebærer behandles i specialets afsnit 3.4.

⁷⁷ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 114.

⁷⁸ Forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3.

⁷⁹ Nielsen, Ruth; *Dansk Arbejdsret*, 4. Udgave, 2020, s. 243.

⁸⁰ L92, samling 2004-05, bemærkninger til §1, nr. 5.

3.2.3. Bevisbyrden

De foregående afsnit har belyst, hvilke betingelser der skal være opfyldt, før et forhold er omfattet af forskelsbehandlingslovens regler. Det er dog i den henseende interessant at kigge på, hvem der bærer bevisbyrden for, at der er sket forskelsbehandling efter loven.

Det almindelige udgangspunkt i dansk ret er, at der i alle sager gælder en ligefrem bevisbyrde. Dette indebærer, at den der søger et krav gennemført, skal godtgøre, at der er grundlag for et sådant krav.⁸¹ I praksis betyder dette, at det er de ansatte, der skal bevise, hvorfor de eksempelvis er blevet opsagt på et usagligt grundlag. Forskelsbehandlingsloven § 7 a indeholder dog en særlig regel om bevisbyrde. Bestemmelsen, som blev indført i 2004, har følgende ordlyd:

”Hvis en person, der anser sig for krænket, jf. §§ 2-4, påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der udøves direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det modparten at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.”

Reglen anses for at være en såkaldt ”kvalificeret omvendt bevisbyrderegel” eller en regel om delt bevisbyrde.⁸² Den ansatte skal herunder løfte bevisbyrden for, at der foreligger faktiske omstændigheder, der indikerer at en forskelsbehandling har fundet sted. Det påhviler herefter arbejdsgiver at bevise, at en sådan overtrædelse af forskelsbehandlingslovens regler ikke har fundet sted.⁸³ Der er ingen legal definition af, hvilke faktiske omstændigheder, der kan indikere at en forskelsbehandling har fundet sted. Endvidere findes der heller ikke en definition af, hvilke former for bevis, der kan løfte arbejdsgivers bevisbyrde. Det er således op til domstolene at fastlægge, hvornår den ansatte og arbejdsgiver har løftet sin bevisbyrde tilstrækkeligt.⁸⁴

⁸¹ Nielsen, Ruth; *Dansk Arbejdsret*, 4. Udgave, 2020, s. 279.

⁸² Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 184.

⁸³ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 184.

⁸⁴ L40 af 22.10.2003, Bemærkninger til § 1, nr. 12.

3.3. Handicapbegrebet:

Før der kan foretages en vurdering af, om arbejdsgiver har i iagttaget sine pligter efter forskelsbehandlingsloven, er det essentielt at afgøre, om den pågældende medarbejder overhovedet er omfattet af handicapbegrebet. Handicapbegrebet er ikke et entydigt begreb⁸⁵ og det er derfor relevant at gennemgå, hvordan begrebet skal fortolkes. Det er endvidere vigtigt at holde sig for øje, at personer i fleksjob ikke altid vil være omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Der skal altid foretages en vurdering af, om den pågældende er omfattet af begrebet, førend lovens regler kan påberåbes.

Dansk ret har ifølge forarbejderne til forskelsbehandlingsloven opereret med følgende forståelse af handicapbegrebet:

*” For at tale om et handicap eller en person med handicap må der kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation.”*⁸⁶

Denne forståelse svarede til den, Det Centrale Handicapråd gav udtryk for i 2001.⁸⁷ Forståelsen kan dog ikke længere anses for gældende ret.⁸⁸

Handicapbegrebet er desuden ikke nærmere defineret i hverken i forarbejderne til forskelsbehandlingslovens, FN's Handicapkonvention eller i beskæftigelsesdirektivet, hvorfor det i praksis navnlig er EU-Domstolen, der har fastlagt begrebet.⁸⁹ Nedenfor gennemgås derfor en række centrale domme fra EU-Domstolens praksis, der kan være med til at belyse forståelsen af begrebet.

3.3.1. C-13/05 (Chacón Navas-sagen)

Allerede i 2006 udtalte EU-domstolen sig om handicapbegrebets udstrækning. I Chacón Navas-sagen var en kvinde blevet afskediget af sin arbejdsgiver grundet 8 måneders sygefravær. Kvinden anlagde sag ved domstolen i Madrid med krav om genindsættelse i hendes tidligere stilling, da hun mente, at arbejdsgiver havde udsat hende for forskelsbehandling. EU-domstolen blev i forbindelse med sagen

⁸⁵ L92, samling 2004-05, Bemærkninger til § 1, nr. 2.

⁸⁶ L92, samling 2004-05, Bemærkninger til, § 1, nr. 2.

⁸⁷ Det Centrale Handicapråd; *Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir 2001*, s. 2.

⁸⁸ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017 s. 57.

⁸⁹ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 57.

forelagt en række præjudicielle spørgsmål, herunder spørgsmålet om, hvorvidt sygdom er omfattet af beskæftigelsesdirektivets beskyttelse.⁹⁰

I dommen konstaterede EU-domstolen, at handicapbegrebet skulle udvikles som et fælles EU-retsligt begreb. Begrebet skulle som følge af kravene om ensartet anvendelse af EU-retten og af lighedsprincippet, undergives en selvstændig og ensartet fortolkning under hensyntagende til bestemmelsens formål og kontekst.⁹¹ Endvidere udtalte domstolen, at begrebet handicap:

” [...] omfatter en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet.”⁹²

Udover at handicapbegrebet omfatter en begrænsning af arbejdsevnen, skal begrænsningen også muligvis være af lang varighed.⁹³ EU-domstolen anlagde med ordlyden ”muligvis” en forsigtig fortolkning af betydningen af tilstandens varighed i forhold til handicapbegrebet, hvorfor tilstanden kun muligvis skulle have en vis langvarig udstrækning.

Domstolen konstaterede desuden om begrebets sammenhæng med *sygdom*, at begrebets ordlyd bevidst var valgt, således at det adskilte sig fra begrebet *sygdom*. Derfor kunne begreberne handicap og sygdom ikke sidestilles med hinanden.⁹⁴ Sluttelig konstaterede domstolen, at en afskedigelse udelukkende på grund af sygdom, således ikke var omfattet af beskyttelsen af handicappede i beskæftigelsesdirektivets.⁹⁵

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

I 2013 fik EU-domstolen endnu en anledning til at præcisere handicapbegrebet yderligere. Ring og Werge-sagerne handlede om to personer, der efter længerevarende sygdom blev afskediget af deres arbejdsgivere. Den ene person blev afskediget efter at have haft fravær fra arbejdet af flere omgange på grund af lænderygsmerter, der ikke kunne behandles. Den anden person havde i et trafikuheld pådraget sig et piskesmæld, som bevirkede, at vedkommende måtte sygemelde sig i perioder både på fuldtid og deltid. De to personer var blevet opsagt med forkortet varsel i henhold til

⁹⁰ Sag C-13/05, Præmis 25 og 35.

⁹¹ Sag C.13/05, Præmis 40 og 42.

⁹² Sag C 13/05, Præmis 43.

⁹³ Sag C-13/05, Præmis 45.

⁹⁴ Sag C 13/05, Præmis 44.

⁹⁵ Sag C-13/05, Præmis 47.

funktionærlovens § 5, stk. 2 (120-dages reglen).⁹⁶ På vegne af de to personer anlagde deres fagforening sag ved SØ- og handelsretten. De mente, at begge personer var blevet opsagt i strid med forskelsbehandlingsloven, da størstedelen af de ansattes sygedage var begrundet i de lidelser, som ifølge fagforeningen udgjorde handicaps omfattet af loven.

SØ- og Handelsretten forelagde i forbindelse med sagen en række præjudicielle spørgsmål til EU-domstolen⁹⁷, herunder hvorledes beskæftigelsesdirektivets handicapbegreb skulle fortolkes. EU-domstolen henviste i den forbindelse til FN-konventionens beskrivelse af handicappede. FN-konventionens artikel 1, anførte 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.”

Trods henvisningen til FN-konventionens definition af handicap undlod de alligevel i Ring og Werge-sagen at medtage hele ordlyden af konventionens artikel 1. EU-domstolen anførte i præmis 47, at handicapbegrebet:

” [...] 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. [...]”⁹⁸

EU-domstolen skærpede med denne udtalelse fortolkningen af handicapbegrebet. Domstolen fastslog, at begrebet *handicap* omfattede tilstande forårsaget af en lægeligt diagnosticeret funktionsnedsættelse uanset om disse tilstande er helbredelige.

Omkring tilstandens varighed udtalte EU-domstolen sig mere præcist end de havde gjort i Chacón Navas-sagen, hvor de havde fortolket betydningen af tilstandens varighed for handicapbegrebet med stor forsigtighed. Her fastslog de, at handicapbegrebet kun omfattede tilstande, der var af lang

⁹⁶ Det kan aftales ved skriftlig kontrakt i tjenesteforholdet, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren har oppebåret løn under sygdom i 120 dage inden for et tidsrum af 12 måneder.

⁹⁷ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, Præmis 26.

⁹⁸ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, Præmis 47.

varighed. På den måde blev fortolkningen af varigheden i Chacón-Navas-sagen præciseret, således at der efter afsigelsen af Ring og Werge-sagerne ikke var nogen tvivl om, at handicapbegrebet kun omfattede tilstande af lang varighed.

3.3.3. C-395/15 (Daouidi-sagen)

I 2016 berørte EU-domstolen endnu engang kriteriet om handicapbegrebets varighed og herunder også kravet om en lægelig diagnose. Sagen handlede om en køkkenassistent, der i forbindelse med en arbejdsulykke havde fået revet sin albue af led. Skaden resulterede i, at han i mange måneder efter ulykken ikke kunne varetage sit arbejde. Køkkenassistenten blev opsagt allerede 2 måneder efter ulykken. EU-domstolen skulle herefter tage stilling til, om køkkenassistenten havde et handicap omfattet af beskæftigelsesdirektivets beskyttelse. Domstolen henviste også i denne afgørelse til FN-konventionen, hvorefter de anførte, at konventionen ikke definerer begrebet langvarig begrænsning i relation til handicapbegrebet.⁹⁹

EU-domstolen anførte herefter, at den foreliggende ret ved vurderingen af begrænsningens varighed, skulle:

*” [...] lægge samtlige de objektive beviselementer, den råder over, til grund – navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger.”*¹⁰⁰

Kriteriet om at tilstanden skal være lægeligt diagnosticeret, er efter afsigelsen af Daouidi-sagen således blevet væsentligt modificeret. EU-Domstolen udtalte i stedet, at det afgørende ved vurderingen af varighedskriteriet, måtte være om personen kunne føre bevis for sin langvarige begrænsning i arbejdsevnen og ikke om dette bevis forelå i form af en lægelig diagnose.

Dansk ret har desuden i sagerne U 2018.830 H (om træthed) og U 2018.853 H (om svimmelhed) fastslået, at vurderingen af handicapbegrebet må bero på en vurdering af alle sagens omstændigheder.¹⁰¹ I sagerne henviste Højesteret til Daouidi-sagens præmis 57 og fastslog, at en lægelig diagnose ikke er en betingelse for, at en person er omfattet af handicapbegrebet. En person kan godt være

⁹⁹ C-395/15, Præmis 49.

¹⁰⁰ C-395/15, Præmis 57.

¹⁰¹ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 362 ff.

omfattet af begrebet, selvom den pågældende ikke har en lægeattest eller en diagnose fra en læge, der bekræfter en begrænsning i arbejdsevnen. Desuden vil en person med en medfødt eller objektiv konstaterbar begrænsning, som hovedregel altid være omfattet af handicapbegrebet. Dette vil for eksempel være tilfældet ved hørehæmmede eller blinde personer.¹⁰² Dermed er der ikke længere noget krav om, at der skal foreligge en konkret lægelig diagnosticering.

Om en begrænsnings langvarige karakter, anførte EU-domstolen endvidere i Daouidi-sagen, at et indicium for lang varighed, kunne være 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 [...]”*¹⁰³

EU-domstolen anvendte således en prognose-betragtning i dommen¹⁰⁴. Betragtningen er dog ikke med til at fastlægge en faktisk grænse for, hvornår en begrænsning er af langvarig karakter. Dog henviser domstolen i præmis 56 også til punkt 47 i generaladvokatens forslag til afgørelse. Dette er interessant, da generaladvokatens i sit forslag fremkommer en med mere præcis definition af begrebet langvarig. I forslaget punkt 47 angives det, at Mohammed Daouidi's begrænsning er af langvarig karakter:

*”[...] hvis den på grund af eventuelle følgevirkninger kan strække sig over længere tid, end det normalt tager at overvinde en skade som den, han blev påført [...]”*¹⁰⁵

Efter generaladvokatens definition af begrebet langvarig må det antages, at begrænsningen skal vare ud over, hvad der anses for ”normalt” i forhold til den konkrete skade. EU-domstolen har dog ikke i dommen refereret til denne mere præcise definition af begrebet og det er derfor usikkert om generaladvokatens fulde forståelse af begrebet skal tages til følge, når det skal vurderes om en begrænsning i arbejdsevnen er af lang varighed.

¹⁰² Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling med kommentarer*, 1. udgave, 2017, s. 128.

¹⁰³ C-395/15, Præmis 56.

¹⁰⁴ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 350.

¹⁰⁵ Forslag til afgørelse fra Generealadvokaten Y. Bot fremsat den. 26. maj 2016 i Sag C-395/15

3.3.4. C-354/13 (Kaltoft-sagen)

EU-Domstolen har i Kaltoft-sagen berørt betydningen af selvforskyldte begrænsninger i arbejdsevnen for handicapbegrebets udstrækning. Sagen handlede om en svært overvægtig dagplejer, der i mange år havde kæmpet med overvægt. Nogle måneder efter tilbagevenden fra et års orlov, fik dagplejeren kun tre dagplejebørn i stedet for fire, som var sædvanligt. Efter yderligere én måned blev dagplejeren opsagt, da der skulle opsiges en dagplejer i kommunen.

I sagen udtalte EU-domstolen sig om handicapbegrebets beskyttelse af fedme. EU-domstolen anførte blandt andet, at fedme ikke i sig selv kan anses for en begrænsning, der er omfattet af forbudet mod forskelsbehandling i beskæftigelsesdirektivet.¹⁰⁶ I den forbindelse henviste domstolen til Chacón Navas-sagens præmis 57¹⁰⁷, hvori det angives, at sygdom ikke i sig selv kan anses for en grund, der kan sidestilles med de grunde, der er omfattet af beskæftigelsesdirektivet. Betragtningen i Kaltoft-sagen, stemmer desuden overens med Ring og Werge-sagen, hvori det angives at handicapbegrebet ikke kun omfatter handicap, der er medfødt eller som skyldes ulykker.¹⁰⁸ Ifølge Ring og Werge-sagen er den måde, som et handicap er opstået på, således uden betydning for om en person omfattet af handicapbegrebet i beskæftigelsesdirektivet.

I Kaltoft-sagen anførte EU-Domstolen desuden at handicapbegrebet:

*” [...] 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 en sådan aktivitet. [...]”*¹⁰⁹

Endvidere fastslås i dommen, at årsagen til handicappet er underordnet for vurderingen af, om en begrænsning er omfattet af beskæftigelsesdirektivet.¹¹⁰ Dette indebærer at selvforskyldte tilstande som fedme, kan udgøre et handicap i beskæftigelsesdirektivets forstand. Det er således uden betydning for forståelsen af handicapbegrebet, om en person har haft mulighed for at kunne medvirke til handicappets opståen.¹¹¹ Selvom sagen handler om svær overvægt, antages det også, at andre selvforskyldte begrænsninger i arbejdsevnen kan udgøre et

¹⁰⁶ C-354/13, Præmis 37.

¹⁰⁷ C-13/05, Præmis 57.

¹⁰⁸ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, Præmis 40.

¹⁰⁹ C-354/13, Præmis 54.

¹¹⁰ C-354/13, Præmis 55.

¹¹¹ C-354/13, Præmis 56.

handicap i beskæftigelsesdirektivets forstand. Dette kan for eksempel være begrænsninger i form af vansiring eller kraftige tatoveringer.¹¹²

3.3.5. Sammenfatning om handicapbegrebet:

Handicapbegrebet er primært udviklet af EU-domstolen og skal derfor også fortolkes ud fra EU-Domstolens retskilder og praksis. Efter EU-Domstolens praksis omfatter handicapbegrebet fysiske, mentale eller psykiske funktionsnedsættelser, 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. Begrebet har desuden ingen sammenhæng med sygdom, hvorfor afskedigelse udelukkende på grund af sygdom ikke er omfattet af handicapbegrebets beskyttelse.

Varigheden af den pågældende funktionsnedsættelse har desuden betydning for handicapbegrebet. EU-Domstolen har præciseret, at denne nedsættelse skal være af lang varighed. Der er dog ikke krav om, at der foreligger bevis for en lang og varig begrænsning i arbejdsevnen i form af en lægelig diagnose. En person kan godt være omfattet af handicapbegrebet, selvom den pågældende ikke har en lægeattest eller en diagnose fra en læge, der bekræfter den pågældendes handicap. Vurderingen af en begrænsnings varighed vil altid bero på en konkret vurdering. Der skal i denne vurdering lægges vægt på alle sagens omstændigheder, hvorfor den kan indeholde en prognosebetragtning samt en afvejning af lidelsens karakter sammenholdt med den allerede passerede tid.¹¹³

Årsagen til handicapet er desuden underordnet for vurderingen af, om en begrænsning er omfattet af handicapbegrebet. Dette indebærer, at selvforskyldte tilstande som fedme, kan udgøre et handicap, men også begrænsninger i form af vansiring og kraftige tatoveringer kan være omfattet af handicapbegrebet.

Når en person er omfattet af handicapbegrebets beskyttelse, har arbejdsgiver pligt til at iagttage tilpasningsforpligtelsen efter forskelsbehandlingslovens § 2a. Følgende forpligtelse vil blive behandlet nedenfor.

¹¹²Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 347.

¹¹³ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 372.

3.4. Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse i forskelsbehandlingslovens § 2 a:

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse blev indsat i forskelsbehandlingsloven ved lov. Nr. 1417 af 22.12.2004. Bestemmelsen var udtryk for en implementering af beskæftigelsesdirektivets artikel 5.¹¹⁴ Dette fremgår endvidere tydeligt af bestemmelsens ordlyd, som næsten er identisk med direktivets artikel 5. Direktivet beskriver dog indledningsvist, at der kun skal foretages tilpasninger i rimeligt omfang, hvilket ikke fremgår direkte af den danske bestemmelses ordlyd.

Tilpasningsforpligtelsen indebærer en pligt for arbejdsgiver til at undersøge, overveje og/eller afprøve potentielle tilpasningsforanstaltninger. Denne undersøgelses-, overvejelses- og afprøvningspligt skal arbejdsgiver foretage med henblik på at afklare om en potentiel tilpasningsforanstaltning er egnet, mulig og/eller proportional i den konkrete situation.¹¹⁵

Forpligtelsen har betydning, når det skal vurderes, om der foreligger en ulovlig forskelsbehandling i lovens forstand. Formålet med bestemmelsen er at sikre, at handicappede personer får adgang til arbejdsmarkedet, kan bibeholde en ansættelse og kan udvikle sig i sin stilling på samme vilkår som andre kolleger, der ikke har et handicap.¹¹⁶ Arbejdsgiver er derfor pligtig til at tilpasse arbejdspladsen, så handicappede medarbejdere ikke udsættes for forskelsbehandling på grund af handicap.

Tilpasningsforpligtelsen angår beskyttelsen af handicappede. Dette fremgår af første halvdel i § 2 a i forskelsbehandlingsloven, som har følgende ordlyd:

”Arbejdsgiver skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, eller for at give en person med handicap adgang til uddannelse. [...]”

De øvrige beskyttelseskriterier i forskelsbehandlingslovens § 1 er ikke omfattet af forpligtelsen. Beskyttelsen af handicappede har derfor som det eneste beskyttelseskriterie en ekstra beskyttelse i loven i form af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse. Tilpasningsforpligtelsen gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren på grund af denne pålægges en uforholdsmæssig stor byrde, medmindre byrden i tilstrækkeligt omfang kan lettes gennem offentlige foranstaltninger.¹¹⁷

¹¹⁴ L92, samling 2004-05, bemærkninger til § 1, nr. 11.

¹¹⁵ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 407.

¹¹⁶ L92, samling 2004-05, bemærkninger til § 1, nr. 11.

¹¹⁷ Forskelsbehandlingsloven § 2a.

3.4.1. Passende foranstaltninger:

Der fremgår af ordlyden af forskelsbehandlingslovens § 2 a, at arbejdsgiver skal træffe hensigtsmæssige foranstaltninger, når tilpasningsforpligtelsen skal iagttages. I beskæftigelsesdirektivets betragtning 20 præciseres det, hvad hensigtsmæssige foranstaltninger indebærer:

*”Der bør vedtages passende, dvs. effektive og praktiske foranstaltninger med henblik på at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet [...]”*¹¹⁸

Hensigtsmæssige foranstaltninger skal således kunne karakteriseres som effektive og praktiske. Vurderingen af hvilke foranstaltninger, der er hensigtsmæssige, skal foretages ud fra de konkrete behov. Der findes ikke en udtømmende liste af relevante tilpasningsforanstaltninger i hverken direktivet eller forskelsbehandlingsloven. Vurderingen af hvad der er hensigtsmæssige foranstaltninger, må derfor bero på en individuel vurdering af den enkelte handicappede medarbejders funktionsnedsættelse og pågældendes kompensationsbehov i den forbindelse.¹¹⁹

Beskæftigelsesdirektivets betragtning 20 opregner dog en række eksempler på foranstaltninger, som arbejdsgiver kan iværksætte. Foranstaltningerne kan være indretning af lokaler eller tilpasning af udstyr, arbejdsmonstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion.¹²⁰ Det er ifølge direktivet ikke kun de fysiske rammer i form af lokaler og udstyr, som arbejdsgiver er forpligtet til at tilpasse. Arbejdsgiver kan også være pligtig til at vedtage passende foranstaltninger for at tilpasse arbejdsmonstre og opgavefordeling, således at den handicappede medarbejder kan varetage stillingen. Som eksempler på foranstaltninger med henblik på tilrettelæggelse af arbejdet kan fra retspraksis nævnes: Omplacering herunder eksempelvis skabelse af en ny stilling sammensat af delelementer fra andre stillinger, deltidsansættelse, ændring af opgaver eller sygemelding af den handicappede.¹²¹

3.4.2. Urimelig byrde:

Tilpasningsforpligtelsen udgør dog ikke en ubegrænset pligt for arbejdsgiver. Når arbejdsgivers tilpasningsmuligheder er overvejet, skal der ud fra en proportionalitetsvurdering vurderes om de

¹¹⁸ Direktiv 2000/78, betragtning 20.

¹¹⁹ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 408.

¹²⁰ Direktiv 2000/78, betragtning 20

¹²¹ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 408.

mulige tilpasningsforanstaltninger er for byrdefulde at iværksætte.¹²² En arbejdsgiver er nemlig ikke pligtig til at foretage de i § 2 a nævnte foranstaltninger, hvis disse pålægger ham en uforholdsmæssig stor byrde. Dette fremgår af ordlyden af bestemmelsens sidste halvdel:

” [...] Dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Lettes denne byrde i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger, anses byrden ikke for at være uforholdsmæssig stor.”

Som det fremgår af bestemmelsen, skal der ved vurderingen af, om arbejdsgiver pålægges en uforholdsmæssig stor byrde, tages hensyn til, om det offentlige afholder udgifterne eller en del af disse.

Betragtning 21 til beskæftigelsesdirektivets præciserer nærmere, hvilke hensyn, der skal afvejes, når det skal afgøres om en foranstaltning er for byrdefuld for arbejdsgiver. Betragtning 21 anfører, at der navnlig bør 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.”¹²³

Som det fremgår af direktivet, er der tre hensyn, der skal overvejes, når det skal vurderes om en foranstaltning er for byrdefuld for arbejdsgiver at iværksætte. 1) *De finansielle udgifter og andre omkostninger*, 2) *Virksomhedens størrelse og finansielle midler* og 3) *Muligheden for offentligt tilskud eller anden støtte*.

De finansielle udgifter og andre omkostninger omfatter både de økonomiske omkostninger, men også eksempelvis omkostninger af tidsmæssig karakter.¹²⁴ Det har således både betydning, hvad en konkret tilpasningsforanstaltning vil koste at iværksætte, men også om denne vil være meget tidskrævende at iværksætte for arbejdsgiver.

Virksomhedens størrelse og finansielle midler har også betydning, når det skal vurderes, om en tilpasningsforanstaltning er for byrdefuld for arbejdsgiver. Kravene til arbejdsgivers iværksættelse af tilpasningsforanstaltninger vil også afhænge af virksomhedens størrelse og ressourcer. Kravene til proportionalitetsvurderingen vil således være strengere, når tilpasningsforanstaltningen skal

¹²² Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 408.

¹²³ Direktiv 2000/78, betragtning 21.

¹²⁴ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 410-411.

anlægges af en stor og økonomisk ressourcestærk virksomhed set i forhold til en mindre og mere ressourcesvag virksomhed.¹²⁵

Endelig skal også hensynet til *muligheden for offentligt tilskud eller anden støtte* tages med i vurderingen af, om en tilpasningsforanstaltning er for byrdefuld for den konkrete arbejdsgiver.

De tre hensyn skal desuden ses i sammenhæng med hinanden. Kravene til hvor høje omkostninger en arbejdsgiver skal tåle, hænger uløseligt sammen med den pågældende virksomheds økonomi og ressourcer. De tre hensyn skal således alle indgå i den samlede vurdering af, om en konkret tilpasningsforanstaltning vil være for byrdefuld at iværksætte.¹²⁶

3.4.3. Relevant viden:

Når det skal afgøres om en arbejdsgiver har overtrådt tilpasningsforpligtelse i forskelsbehandlingslovens § 2a, kan det have betydning, om arbejdsgiver reelt har en relevant viden om den pågældende medarbejders handicap. Mens beskyttelsen af handicapbegrebet er uafhængig af om arbejdsgiver kender til handicappet, så er tilpasningsforpligtelsen betinget af, at arbejdsgiver har en viden eller en burde-viden om handicappet. Følgende problemstilling blev blandt andet behandlet i dommen U 2015.3301 H. Sagen er én af de sager, der blev behandlet af EU-domstolen i Ring og Werge-sagerne¹²⁷, hvori domstolen besvarede en række præjudicielle spørgsmål.

I U 2015.3301 H havde en medarbejder pådraget sig et piskesmæld efter en trafikulykke, hvorefter hun blev sygemeldt i 3 uger. Efter sygemeldingen arbejdede medarbejderen på fuld tid i 10 måneder, hvorefter hun igen måtte deltidssygemelde sig efter råd fra sin læge. To måneder senere måtte medarbejderen fuldtidssygemelde sig, indtil hun blev opsagt af sin arbejdsgiver. Arbejdsgiverens opsigelse var begrundet i 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2. Forinden opsigelsen havde medarbejderen dog modtaget en lægerklæring, hvori det fremgik, at hendes funktionsnedsættelse måtte anses for at være af lang varighed.

I sagen udtaler Højesteret sig om betydningen af arbejdsgivers viden eller burde viden om en medarbejders handicap. Højesteret lagde vægt på, at arbejdsgiveren ikke havde en viden eller en burde viden

¹²⁵ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 411.

¹²⁶ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 411

¹²⁷ De forenede sager C-335/11 og C-337/11.

om medarbejderens handicap på opsigelsestidspunktet, da arbejdsgiver ikke var blevet gjort bekendt med indholdet af lægeerklæringen på daværende tidspunkt. Lægeerklæringerne var ikke blevet fremsendt eller refereret til arbejdsgiveren, ligesom at arbejdsgiveren desuden i en mailkorrespondance med medarbejderen havde givet udtryk for, at han håbede på, at hun snart ville få det bedre. Højesteret udtalte herefter, at de efter en samlet vurdering ikke fandt det godtgjort:

” [...] at Pro Display [Arbejdsgiver] på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at A's [Medarbejder] sygdom havde medført et handicap. Højesteret finder herefter ikke grundlag for at fastslå, at Pro Display på opsigelsestidspunktet har tilsidesat sin forpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2 a til at foretage tilpasninger”¹²⁸

Arbejdsgiver blev frifundet. Som det fremgår af dommen, har det således betydning for tilpasningsforpligtelsen, om en arbejdsgiver er bekendt med, eller burde være bekendt med en medarbejders handicap. Hvis en arbejdsgiver ikke kender til, eller bør kende til en medarbejders handicap, kan arbejdsgiver selvsagt ikke vide, at han skal opfylde tilpasningsforpligtelse overfor den pågældende medarbejder. Derfor har en arbejdsgiver ikke pligt til at opfylde tilpasningsforpligtelsen, hvis ikke han burde vide eller ved, at den pågældende medarbejder lider af et handicap.

Der skal dog ikke meget viden til, før en arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse aktiveres. Følgende blev illustreret i dommen U 2018.853 H. Sagen handlede om en medarbejder, der på grund af en godartet svulst fik foretaget en hjerneoperation. Medarbejderen led efterfølgende af en invaliderende træthed og svimmelhed, hvorfor hun måtte sygemelde sig i en periode på fuld tid og efterfølgende i en periode på deltid. Medarbejderen blev ca. et år efter hjerneoperationen opsagt af sin arbejdsgiver. I sagen blev spørgsmålet om arbejdsgivers viden om medarbejderens handicap behandlet. Højesteret udtalte sig ikke direkte herom, men tiltrådte landsrettens afgørelse om, at arbejdsgiver ikke havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Landsretten begrundede sin afgørelse med, at arbejdsgiver var bekendt med medarbejderens hjerneoperation samt hendes efterfølgende sygefravær. Medarbejderen havde blandt andet til opfølgingsmøder oplyst, at ingen eksperter kunne spå om, hvornår hun ville blive rask igen. Landsretten fandt efter en samlet vurdering, at arbejdsgiveren var bekendt med den tidsmæssige udstrækning af sygemeldingen, hvorfor han burde have været bekendt med medarbejderens handicap.¹²⁹ Dommen viser, at blot kendskabet til udstrækningen af en medarbejders sygemelding, kan være nok til at aktivere tilpasningsforpligtelsen. Der skal således ikke meget viden til,

¹²⁸ U 2015.3301, Højesterets begrundelse og resultat.

¹²⁹ U 2018.853 H: Landsrettens begrundelse og resultat.

førend arbejdsgiver har pligt til at foretage passende tilpasningsforanstaltning i forhold til den handicappede medarbejder.

3.4.4. Kompetent egnet og disponibel:

Arbejdsgiver er ikke altid forpligtet til at foretage tilpasningsforanstaltninger efter lovens § 2a. En forudsætning for at en handicappet medarbejder nyder beskyttelse efter forskelsbehandlingsloven er, at medarbejderen er *kompetent egnet* og *disponibel*. Forudsætningen fremgår desuden af beskæftigelsesdirektivet og er endvidere blevet bekræftet af EU-domstolen i Chacón Navas-sagen og senere i også Ring og Werge-sagerne. Af direktivets betragtning 17 fremgår:

”Med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.”¹³⁰

Arbejdsgiver vil således ikke være forpligtet til at foretage tilpasningsforanstaltning, hvis en handicappet medarbejder, ikke vurderes at være kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentligste funktioner i den pågældende stilling. Vurderingen skal foretages både inden gennemførelsen af de konkrete tilpasningsforanstaltninger, men også efter foranstaltningerne er iværksat.¹³¹ Det fremgår dog ikke nærmere i hverken beskæftigelsesdirektivet eller i forskelsbehandlingsloven, hvordan kriterierne skal fortolkes. Ved tilpasningsforpligtelsens indsættelse i forskelsbehandlingsloven i december 2004, blev det dog anført, at tilpasningsforpligtelsen alene ville være relevant i de tilfælde, hvor en handicappet medarbejder har de fornødne kvalifikationer for at kunne bestride det pågældende job med de eventuelle påkrævede tilpasninger.¹³²

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse er således ikke ubegrænset. Forpligtelsen ophører, hvis tilpasningsforanstaltningerne ikke kan gøre medarbejderen kompetent, egnet og disponibel i den pågældende stilling. Tilpasningsforpligtelsen skal dog ikke betragtes som en positiv særbehandling af handicappede medarbejdere, men som en beskyttelse der blandt andet er betinget af, at medarbejderen har de fornødne kvalifikationer til at bestride den pågældende stilling.

¹³⁰ Direktiv 2000/78, Betragtning 17.

¹³¹ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 332

¹³² L 92, samling 2004-05, Bemærkninger til § 1, nr. 11.

Kapitel 4 – Forskelsbehandling af fleksjobbere før ansættelsen, under ansættelsen og ved ansættelsens ophør:

Personer ansat i fleksjob er ved ansættelsen, under ansættelsen og ved ansættelsens ophør beskyttet af forskelsbehandlingslovens regler, hvis kriterierne herfor er opfyldt. Det skal hertil bemærkes, at personer i fleksjob ikke altid per automatik vil falde under lovens handicapbegreb. Som tidligere anført i afsnit 3.3. foreskriver forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, at der skal foreligge en fysisk, psykisk eller mental funktionsnedsættelse, hvorimod forarbejderne til beskæftigelsesindsatsloven foreskriver, at en begrænsning i arbejdsevnen kan være begrundet i fysiske, psykiske eller sociale grunde. Begrænsninger begrundet i sociale forhold er ikke omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, hvorfor beskæftigelsesindsatslovens regler om fleksjob kan omfatte en bredere kreds af funktionsnedsættelser. Endvidere foreskriver forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, at der skal forelægge en funktionsnedsættelse af lang varighed, hvorimod det forudsættes i beskæftigelsesindsatsloven, at begrænsninger i arbejdsevnen er af varig og væsentlig karakter. Der kan således argumenteres for, at personer i fleksjob ikke i alle tilfælde vil være omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse. Der skal derfor altid foretages en konkret vurdering af, om den fleksjobansatte har en funktionsnedsættelse, der er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, førend lovens regler kan påberåbes.

Domstolene og Ligebehandlingsnævnet har behandlet en lang række sager vedrørende forskelsbehandling af handicappede ansatte i fleksjob. Sagerne er interessante, da arbejdsgiver i en lang række tilfælde kan blive mødt med et krav om godtgørelse, hvis den fleksjobansatte forskelsbehandles i strid med lovens regler. Herunder belyser afgørelserne også, i hvilke situationer der kan opstå problemer med forskelsbehandling af ansatte i fleksjob. Nedenfor vil et udsnit af retspraksis blive gennemgået med henblik på at belyse typesituationer, hvor ansatte i fleksjob oplever forskelsbehandling på grund af deres handicap.

4.1. Forskelsbehandling før ansættelsen:

Efter Forskelsbehandlingsloven må en arbejdsgiver ikke forskelsbehandle handicappede ansøgere i forbindelse med stillingsopslag og ansættelse af nye medarbejdere. Ligebehandlingsnævnet har i en række afgørelser behandlet, hvilke problemstillinger der kan opstå i forbindelse hermed. Nedenfor

vil specialet derfor redegøre for en række sager, hvor personer ansat i fleksjob har været udsat for forskelsbehandling før eller i forbindelse med ansættelsen.

4.1.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 7100175-12 - Alarmoperatøren¹³³

Især fleksjobbets nedsatte arbejdstid kan være en barriere, når personer i fleksjob skal søge arbejde. Følgende problemstilling behandlede Ligebehandlingsnævnet i deres afgørelse i J.nr. 7100175-12. I sagen skulle Nævnet vurdere, om det forfulgte et sagligt formål, at arbejdsgiver ikke ønskede at ansætte personale på flekstid. Sagen omhandlede en fleksjobber, der søgte en stilling som alarmoperatør på en anden alarmcentral end den han allerede arbejdede på. Fra sin daværende arbejdsplads fik han en udtalelse, der beskrev, at han var velegnet til at varetage den pågældende stilling. Manden blev efterfølgende kontaktet af sin daværende leder, der skulle undersøge, om han var villig til at gå på fuldtid, da alarmcentralen havde truffet en principbeslutning om, at man ikke ønskede personale på halv tid. Alarmcentralen begrundede principbeslutningen med, at arbejdet i alarmcentralen var organiseret i skifteholdsarbejde med vagter af 8 timers varighed. En ansættelse på flekstid ville derfor indebære, at arbejdsgiver var nødsaget til at ansætte flere medarbejdere for at kunne løse alle opgaver i afdelingen. Endvidere anførte alarmcentralen, at medarbejdere ved siden af de primære opgaver også skulle varetage andre opgaver for lokalpolitiet i form af f.eks. transporter, køreprøver, skydeleder mv. og at alarmcentralens budgetrammer var meget begrænsede, hvorfor de kun havde mulighed for at ansætte meget få medarbejdere på flekstid og deltid på landsplan. Manden fik på denne baggrund afslag på sin ansøgning. Ligebehandlingsnævnet fandt, at alarmcentralen ved at foretrække fuldtidsansatte havde udsat fleksjobberen for indirekte forskelsbehandling, da principbeslutningen om kun at foretrække fuldtidsansatte ikke var begrundet i et sagligt formål. Herunder lagde Nævnet bl.a. vægt på, at manden allerede varetog 8 timers vagter i sit daværende job og at han også var vant til at varetage politimæssige opgaver. Manden fik derfor medhold i sin klage og blev tilkendt en godtgørelse på 25.000 kr.

¹³³ KEN nr. 9877 af 01/06/2012

4.1.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-41760 – Pædagogen¹³⁴

Diskrimination ved ansættelsen har også været prøvet i række nyere sager fra Ligebehandlingsnævnet. I sagen J.nr. 19-41760 havde en mand, som var bevilget løntilskud til fleksjob, ansøgt om en stilling som pædagog på en skole. Manden fik afslag på sin ansøgning med henvisning til, at man ikke havde mulighed for at ansætte fleksjobbere på skolen. Ligebehandlingsnævnet fandt, at skolen havde udsat manden for forskelsbehandling på grund af handicap. I afgørelsen lagde Nævnet vægt på, at skolen i sin begrundelse for afslag udtrykkeligt havde henvist til fleksjobordningen, som var begrundet i mandens handicap. Manden blev derfor tilkendt en godtgørelse på 12.500 kr.

4.1.3. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 18-69701 – It-medarbejderen¹³⁵

I en lignende afgørelse J.nr. 18-69701 havde en fleksjobbevilliget mand forhørt sig om muligheden for fleksjobansættelse i en virksomhed, der søgte en it-medarbejder. Manden fik en mail retur fra virksomheden, hvori de tilkendegav, at de næppe havde mulighed for at ansætte medarbejdere i fleksjob. Ligebehandlingsnævnet fandt, at manden var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af sit handicap, da arbejdsgiver udtrykkeligt havde henvist til fleksjobordningen, som var begrundet i hans handicap. Da manden ikke havde søgt stillingen, fandt nævnet dog, at der ikke var noget grundlag for at tildele ham en godtgørelse.

4.1.4. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-27119 - Ingeniøren¹³⁶

Som modstykke til ovenstående sager, fandt nævnet dog ikke, at der forelå forskelsbehandling i sagen J. nr. 19-27119. I sagen havde et ingeniørfirma i deres stillingsopslag annonceret, at de ønskede en medarbejder, der var ”*sund og hel frisk – og fuld af energi*”. En kvinde, som var tilkendt fleksjob grundet en kronisk sygdom, ønskede at søge stillingen. Hun følte sig dog stødt over annoncens ordlyd, hvorfor hun ikke valgte at sende en ansøgning afsted. Hun mente, at arbejdsgivers stillingsannonce havde for meget fokus på den rette kandidats helbredstilstand frem for kvalifikationer. Kvinden klagede til Ligebehandlingsnævnet, da hun mente at stillingsopslaget var udtryk for forskelsbehandling på grund af handicap. Ligebehandlingsnævnet gennemgik annoncens ordlyd, men fandt ikke, at denne

¹³⁴ KEN nr. 9152 af 20/02/2020

¹³⁵ KEN nr. 9622 af 26/06/2019

¹³⁶ KEN nr. 9054 af 11/12/2019

var et udtryk for forskelsbehandling på grund af handicap. Kvinden fik på denne baggrund ikke medhold i klagen.

4.1.5. Delkonklusion

Foruden afgørelsen om *Ingeniøren*¹³⁷ kom Ligebehandlingsnævnet i ovennævnte afgørelser frem til, at arbejdsgiver havde udsat en række personer i fleksjob for forskelsbehandling. I sagen om *Alarmoperatøren*¹³⁸ fandt nævnet det ikke bevist, at det forfulgte et sagligt hensyn, at arbejdsgiver ikke ønskede at ansætte medarbejdere på flekstid. Nævnet lagde herunder vægt på, at ansøgeren i forvejen varetog 8 timers vagter i sit daværende job og at han også var vant til at varetage politimæssige opgaver. I sagerne om *Pædagogen*¹³⁹ og *It-medarbejderen*¹⁴⁰ lagde nævnet vægt på, at arbejdsgiver i sine begrundelser for afslag på ansættelse udtrykkeligt havde henvist til fleksjobordningen, som var begrundet i ansøgernes handicap. I sagen om *Ingeniøren*¹⁴¹ fandt nævnet det dog ikke bevist, at arbejdsgiver havde udsat ansøgeren for forskelsbehandling på grund af hendes handicap, ved i stillingsopslaget at annoncere, at der ønskedes en medarbejder, der var ”*sund og hel frisk – og fuld af energi*”.

Ovennævnte afgørelser vidner om, at ansatte i fleksjob i nogle tilfælde oplever forskelsbehandling i forbindelse med ansættelse på en ny arbejdsplads. Endvidere illustrerer afgørelserne, at arbejdsgiver i forbindelse med ansættelsesprocessen skal være påpasselige med at opstille krav, der stiller personer ansat i fleksjob mindre fordelagtigt end øvrige ansøgere til stillingen. Dette kan blandt andet foreligge ved, at arbejdsgiver direkte henviser til, at han ikke ønsker at ansætte personer omfattet af fleksjobordningen. En arbejdsgivers krav om ikke at ansatte personale på flekstid skal være begrundet i et bagvedliggende sagligt hensyn, førend et sådant krav ikke udgør forskelsbehandling i lovens forstand.

Endvidere illustrerer afgørelserne, at godtgørelsesniveauet for forskelsbehandling af personer i fleksjob i forbindelse med ansættelse er på et meget lavt niveau. I dommene blev klagerne tilkendt godtgørelser på henholdsvis 25.000 kr. og 12.5000 kr., ligesom nævnet ikke fandt noget grundlag for at tildele en godtgørelse i det tilfælde, hvor ansøger ikke havde søgt den pågældende stilling.

¹³⁷ KEN nr. 9054 af 11/12/2019

¹³⁸ KEN nr. 9877 af 01/06/2012

¹³⁹ KEN nr. 9152 af 20/02/2020

¹⁴⁰, KEN nr. 9622 af 26/06/2019

¹⁴¹ KEN nr. 9054 af 11/12/2019

4.2. Forskelsbehandling under ansættelsen

Fleksjobbere kan også blive udsat for forskelsbehandling i løbet af ansættelsesperioden. I dette afsnit belyses nærmere, hvilke situationer under ansættelsen, der særligt har givet anledning til problemer for ansatte i fleksjob. Hertil har Ligebehandlingsnævnet i en række afgørelser behandlet spørgsmålet om fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår. Som anført i afsnit 2.5. betaler arbejdsgiver for det arbejde, som den fleksjobansatte reelt udfører, hvortil kommunen supplerer med et fleksløntilskud for den resterende månedlige indtægt. Den fleksjobansattes indtægt består således af både løn fra arbejdsgiver samt et tilskud fra kommunen som compensation for den nedsatte arbejdssevne. I de tilfælde hvor en fleksjobbers ansættelse er omfattet af et overenskomstdækkende område, vil løn og øvrige arbejdsvilkår som udgangspunkt skulle fastsættes efter de kollektive overenskomster, jf. beskæftigelsesindsatslovens § 122, stk. 3. Følgende problemstilling har Ligebehandlingsnævnet behandlet i to sager, der begge tager udgangspunkt i den gamle fleksjobordning.

4.2.1: Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 2500023-10 – SOSU-assistenten¹⁴²

I den første sag behandlede Ligebehandlingsnævnet spørgsmålet om, hvorvidt personer ansat i fleksjob er berettiget til at modtage supplerende tillæg til grundlønnen efter den gældende overenskomst på området. Endvidere behandlede nævnet spørgsmålet om, hvorledes personer i fleksjob har krav på lønforhandling på samme vilkår som de øvrige ansatte på arbejdspladsen.

Sagen drejede sig om en SOSU-assistent med et synshandicap, som i februar 2004 var blevet ansat i fleksjob med en arbejdstid på 15 timer ugentligt. Ifølge ansættelsesaftalen skulle ansættelse og aflønning af hende ske efter den til enhver tid gældende overenskomst vedrørende løn- og ansættelsesvilkår for social- og sundhedsassistenter. Det fremgik af den gældende overenskomst på området, at det var muligt at yde tillæg til lønnen og at lønforhandlinger skulle ske mellem arbejdsgiver og den ansattes forbund. SOSU-assistenten blev dog gennem hele sin ansættelse aflønnet efter grundlønnen for social- og sundhedsassistenter og modtog ikke yderligere tillæg. SOSU-assistenten gjorde gældende, at hun havde krav på at blive aflønnet efter anciennitet, som de øvrige ansatte. Arbejdsgiver begrundede den manglende indkaldelse til lønforhandling med, at fleksjobberens forbund ikke havde taget initiativ til at iværksætte et møde herom.

¹⁴²KEN nr. 10124 af 02/03/2011

På baggrund af parternes bemærkninger fandt Ligebehandlingsnævnet, at SOSU-assistenten havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Herefter skulle nævnet tage stilling til, om der var påvist faktiske omstændigheder, der indikerede, at hun havde været udsat for forskelsbehandling på grund af sit handicap. Nævnet fandt, at arbejdsgiver havde forskelsbehandlet SOSU-assistenten i forbindelse med løn- og arbejdsvilkår. Nævnet lagde vægt på, at arbejdsgiver, uanset om forbundet ikke havde anmodet herom, havde en pligt til at indkalde medarbejdere i fleksjob til lønforhandlinger. Endvidere fandt nævnet, at det også var udtryk for forskelsbehandling, at arbejdsgiver ikke havde givet hende mulighed for at forhandle løn på samme vilkår som de øvrige ansatte på arbejdspladsen. SOSU-assistenten blev på denne baggrund tilkendt en godtgørelse på 50.000 kr.

I en tilsvarende afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet kom nævnet frem til det modsatte resultat, da arbejdsgivers manglende lønregulering i sagen fandtes at være objektivt begrundet i et sagligt formål.

4.2.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 7100592-12 – Advokatsekretæren¹⁴³

Sagen handlede om en advokatsekretær, der havde arbejdet hos samme arbejdsgiver i en årrække. Kvinden var ude for to færdselsuheld, hvorefter hun pådrog sig skader i form af hovedpine og nakkesmerter. Skaderne medførte, at hun led af nedsat koncentration og hukommelse, hvorfor hun i 2004 fik bevilliget et fleksjob hos hendes daværende arbejdsgiver. I forbindelse med fleksjobansættelsen gik hun fra at udføre sekretæropgaver til at være medarbejder i arbejdsgivers bibliotek. Efter overgangen til fleksjob blev hendes løn ikke reguleret. Arbejdsgiver begrundede den manglende lønregulering med, at hun var ansat i et særligt ansættelsesforhold, hvorfor lønnen blev fastholdt på det daværende niveau. Kvinden gjorde gældende, at den manglende lønregulering var udtryk for indirekte forskelsbehandling. Arbejdsgiver bestred dette under henvisning til, at kvinden efter overgangen til fleksjobordningen stadig havde samme lønniveau, som da hun var i ordinær beskæftigelse.

Ligebehandlingsnævnet anførte, at advokatsekretæren havde et handicap og at hun endvidere havde påvist omstændigheder, som kunne indikere, at hun havde været udsat for forskelsbehandling på grund af fleksjobansættelsen. Nævnet lagde imidlertid vægt på, at lønnen lå væsentligt over den løn, som arbejdsgivers løntilskud på 2/3 blev beregnet ud fra, ligesom lønnen også lå væsentligt over niveauet for medarbejdere i lignende stillinger. På denne baggrund fandt nævnet det godtgjort, at den

¹⁴³KEN nr. 9841 af 25/09/2013

manglende lønregulering var begrundet i et bagvedliggende sagligt formål. Arbejdsgiver havde derfor ikke handlet i strid med forskelsbehandlingsloven, hvorfor advokatsekretæren ikke fik medhold i klagen.

4.2.3. Delkonklusion

Afgørelsen om *SOSU-assistenten*¹⁴⁴ viser, at arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle fleksjobbere i forbindelse med forhandling af lønvilkår. Fleksjobbere kan i nogle tilfælde være berettiget til at modtage supplerende tillæg til grundlønnen, hvis en kollektiv overenskomst på området foreskriver dette. Arbejdsgiver kan i den forbindelse have pligt til at indkalde den pågældende fleksjobber til lønforhandling herom, ligesom arbejdsgiver kan være forpligtet til at give ansatte i fleksjob mulighed for at forhandle løn på samme vilkår som de øvrige ansatte på arbejdspladsen. Arbejdsgiver er dog ikke altid forpligtet til at regulere lønnen for ansatte i fleksjob. I afgørelsen om *Advokatsekretæren*¹⁴⁵ fandt nævnet, at arbejdsgivers manglende lønregulering var begrundet i et sagligt formål, herunder fordi lønnen allerede lå væsentligt over den løn, som arbejdsgivers løntilskud på 2/3 blev beregnet ud fra, ligesom lønnen også lå væsentligt over niveauet for de øvrige medarbejdere.

Ovenstående afgørelser omhandler ansættelser omfattet af reglerne i den gamle fleksjobordning. Som anført under afsnit 2.5. blev løn- og arbejdsvilkår under den gamle fleksjobordning fastsat efter de kollektive overenskomster på området. Personer i fleksjob var således omfattet af samme overenskomst som ansatte på almindelige vilkår, hvorfor de havde krav på forhandling af løn på samme vilkår som de øvrige ansatte. Den fleksjobansattes løn- og arbejdsvilkår på et overenskomstdækket område fastsættes dog stadig efter de kollektive overenskomster, jf. § 122, stk. 3. 1. pkt. Dog kan der i dag være risiko for, at nogle overenskomster ikke har taget højde for den nye fleksjobordning, herunder fordi arbejdsgiveren alene skal betale for det arbejde, der udføres. Dette betyder, at arbejdsgiver i visse tilfælde kun betaler eksempelvis 50 % af den normale timeløn, fordi arbejdsintensiteten er nedsat. Hvis overenskomsten ikke indeholder bestemmelser, der kan rumme ansættelser af en sådan art, fastsættes løn efter aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren, hvorfor bestemmelser i overenskomsten om løn kan fraviges i det omfang, det findes nødvendigt, jf. § 122, stk. 3, 2. pkt.

¹⁴⁴ KEN nr. 10124 af 02/03/2011

¹⁴⁵ KEN nr. 9841 af 25/09/2013

Ovenstående afgørelser ville således potentielt kunne have fået et andet udfald, hvis der var tale om fleksjobansættelser efter den nye fleksjobordning. Arbejdsgiver kan under den nye ordning fravige overenskomstens bestemmelser, således at lønnen afspejler den faktiske arbejdsevne. Der gælder dog for fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår, at fravigelser aldrig må udgøre forskelsbehandling. Arbejdsgiver er derfor alt andet lige forpligtet til at yde lige løn for det samme arbejde, hvorfor ansatte i fleksjob skal ansættes på mindst samme vilkår, som de øvrige ansatte på arbejdspladsen. Fravigelser vil derfor altid skulle ske med respekt for forskelsbehandlingslovens regler.

4.3: Forskelsbehandling ved ansættelsens ophør

Arbejdsgivere må ikke forskelsbehandle ansatte i fleksjob i forbindelse med en afskedigelse. Forskelsbehandling kan dog være lovlig, hvis arbejdsgiver kan begrunde dette i et bagvedliggende sagligt hensyn. Ser man på praksis har især fleksjobbets nedsatte arbejdstid og manglende fleksibilitet givet anledning til problemer i en række afgørelser. I det følgende afsnit vil specialet belyse, hvilke problemstillinger der kan opstå i forhold til forskelsbehandling af handicappede, når en arbejdsgiver ønsker at afskedige en ansat i fleksjob.

4.3.1. Flexjobbets nedsatte arbejdstid

Det må anses for en naturlig følge af fleksjobordningens udformning, at personer i fleksjob ikke kan arbejde på fuld tid. Arbejdsgiver må ikke afskedige en person ansat i fleksjob, hvis afskedigelsen er begrundet i vedkommendes handicap, herunder for eksempel på grund af nedsat arbejdstid. I visse tilfælde kan arbejdsgiver dog være berettiget til at foretrække fuldtidsansatte, hvis dette er begrundet i et bagvedliggende nødvendigt og sagligt formål. Hvornår arbejdsgiver må foretrække fuldtidsansatte frem for ansatte med nedsat arbejdstid har været behandlet i retspraksis i et utal af sager. For at belyse denne problemstilling, vil et udpluk af afgørelser blive gennemgået nedenfor.

4.3.1.1. U 2014.3592 H - Social- og sundhedsassistenten

I U 2014.3592 H havde en social- og sundhedsassistent rejst krav om godtgørelse for forskelsbehandling på grund af handicap. Social- og sundhedsassistenten havde bevægeindskrænkninger og slidgigt i venstre arm, hvorfor hun var ansat i fleksjob på 16 timer ugentligt ved Region Sjælland. I 2010 blev social- og sundhedsassistenten opsagt, da Region Sjælland var blevet pålagt at foretage en række besparelser og herunder afskedige en række ansatte i forskellige afdelinger. Region Sjælland beskrev i afskedigelsesbrevet, hvordan de på baggrund af generelle kriterier havde udvalgt, hvilke medarbejdere der skulle afskediges. Afskedigelsen var begrundet i kvindens nedsatte arbejdstid, hvorom ledelsen anførte:

” [...] at den nødvendige personalereduktion medfører, at den fremtidige opgaveløsning i distriktets nye lukkede intensive sengeafsnit stiller krav om en bemanding med medarbejdere med et timetal så tæt på en fuldtidsstilling som muligt.

Herudover vil den nødvendige personalereduktion medføre, at alle ansatte skal kunne medvirke i fuldt omfang i alarmsituationer med fastholdelse af svært urolige og fysisk særke patienter. Begge dele er uforenelige med de skånehensyn, der tages til dig i din fleksjobansættelse.”¹⁴⁶

På baggrund af Regionens udvælgelseskriterie om blandt andet nedsat arbejdstid mente kvinden, at afskedigelsen var udtryk for forskelsbehandling.

Højesterets begrundelse og resultat:

Det var i sagen ubestridt, at social- og sundhedsassistenten var omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Højesteret skulle herefter tage stilling til, om arbejdsgiver havde udsat kvinden for forskelsbehandling ved at lægge vægt på kriteriet ”nedsat arbejdstid”. Efter den samlede bevisførelse lagde Højesteret til grund, at fleksibilitet i forhold til arbejdstid var et nødvendigt kriterie for de tilbageværende medarbejdere. Højesteret bemærkede dog, at afskedigelseskriteriet om nedsat arbejdstid stillede kvinden ringere end andre medarbejdere uden et handicap. Arbejdsgiver havde dog bevist, at den udførte forskelsbehandling var begrundet i et sagligt formål, herunder hensynet til opgaveløsningen på afdelingen og at afskedigelsen af social- og sundhedsassistenten var et nødvendigt middel til opnåelse af dette mål. På denne baggrund fandt Højesteret ikke, at social- og sundhedsassistenten var blevet udsat forskelsbehandling efter lovens § 1, stk. 3.

Således kom Højesteret frem til, at kravet om fuldtidsansættelse i den pågældende sag ikke udgjorde forskelsbehandling, da kravet var sagligt begrundet i arbejdsgivers forhold. I en nyere afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet kom nævnet modsat frem til, at et kriterie om nedsat arbejdstid ikke forfulgte et nødvendigt og sagligt formål.

4.3.1.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 2017-6810-34074 - Vejlederen¹⁴⁷

I sagen havde en skole afskediget en række lærere på grund af lønsumsmangel. En af de opsagte medarbejdere var ansat i en vejlederstilling. Vejlederen led af varige nakke- og skuldergener, hvorfor hun var ansat i fleksjob på 18 timer ugentligt. Af fleksjobaftalen fremgik blandt andet, at der på arbejdspladsen skulle være skånehensyn ved tungere løft og at vejlederen skulle have mulighed for

¹⁴⁶ U 2014.3592 H, side 3595

¹⁴⁷ KEN nr. 9265 af 21/03/2018

at skifte arbejdsstillinger samt foretage arbejdsopgaver i eget tempo. Vejlederen havde været ansat på skolen i 22 år, hvoraf de sidste 8 år havde været i fleksjob. Skolen havde endvidere tre andre fuldtidsansatte vejledere, som ikke havde modtaget meddelelse om afskedigelse. Opsigelsen var begrundet i en ledelsesmæssig beslutning, hvor skole fremover ønskede, at vejledningen skulle varetages af fuldtidsansatte. Vejlederen klagede derfor til Ligebehandlingsnævnet, da opsigelsen ifølge hende var udtryk for forskelsbehandling i forskelsbehandlingslovens forstand.

Ligebehandlingsnævnet fandt, at et kriterie om at arbejde ”fuld tid” stillede den fleksjobansatte vejleder særligt ufordelagtigt, da hun på grund af sit handicap kun arbejdede 18 timer om ugen. Endvidere påpegede Ligebehandlingsnævnet, at arbejdsgiver ikke havde dokumenteret nærmere om, hvorfor kriteriet om ”fuld tid” var driftsmæssigt nødvendigt. Arbejdsgiver havde derfor ikke løftet sin bevisbyrde, hvorfor beslutningen om af afskedige vejlederen ikke var begrundet i et sagligt formål. Vejlederen fik derfor medhold i klagen og blev tilkendt en godtgørelse på 335.000 kr. svarende til 9 måneders løn.

4.3.1.3. Delkonklusion

Afgørelserne illustrerer, at arbejdsgivers krav om fuldtidsansatte medarbejdere ikke i sig selv kan udgøre et sagligt hensyn. I dommen om *Social- og sundhedsassistenten*¹⁴⁸ kunne arbejdsgiver bevise, at afskedigelsen af medarbejderen var begrundet i hensigtsmæssige og nødvendige hensyn til opgaveløsningen på afdelingen, hvorfor Højesteret ikke fandt, at der forelå forskelsbehandling. Derimod fandt Ligebehandlingsnævnet i afgørelsen om *Vejlederen*¹⁴⁹, at arbejdsgiver ikke havde påpeget et bagvedliggende sagligt hensyn, som kunne begrunde opsigelsen af netop en medarbejder i fleksjob. Arbejdsgivers særlige driftsmæssige forhold vil derfor ofte være afgørende for, om arbejdsgiver kan retfærdiggøre et krav om fuldtidsansatte medarbejdere. Driftsmæssige forhold kan være behovet for særlige sikkerhedsmæssige standarder, mødetider og et vist serviceniveau, ligesom det kan være behovet for fleksibilitet i arbejdstiden, som det var tilfældet i sagen om *social- og sundhedsassistenten*. Det må endvidere være indlysende, at tilstedeværelsen af flere driftsmæssige forhold i virksomheden alt andet lige kan styrke sagligheden af arbejdsgivers krav om fuldtidsansættelse.¹⁵⁰ Et krav om

¹⁴⁸ U 2014.3592 H

¹⁴⁹ KEN nr. 9265 af 21/03/2018

¹⁵⁰ Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 2019, s. 401.

fuldtidsansættelse skal således altid begrundes i et bagvedliggende sagligt formål, ligesom sagligheden heraf altid vil bero på en konkret vurdering.

Ovenstående afgørelser rejser også spørgsmålet om, hvilken effekt 2013-reformens indførelse af de såkaldte ”*minifleksjob*” har for vurderingen af sagligheden af arbejdsgivers ønske om fuldtidsansatte. Det kan på den ene side anføres, at fleksjobordningens mulighed for at tilbyde fleksjob på helt ned til 1-2 timer ugentligt kan påføre arbejdsgiver store driftsmæssige gener, da nogle former for arbejde kan være svære at udfylde med en arbejdstid på meget få timer ugentligt. Følgende var eksempelvis tilfældet i sagen om social- og sundhedsassistenten¹⁵¹, hvor Højesteret anførte, at fleksibilitet i forhold til arbejdstid i den konkrete sag var et nødvendigt og sagligt kriterie. Endvidere kan der argumenteres for at de såkaldte ”*minifleksjob*” medvirker til, at den pågældende medarbejder grundet lave timeantal ikke i alle tilfælde vil være kompetent, egnet og disponibel til at varetage hovedindholdet i den konkrete stilling. Modsat kan der argumenteres for, at den byrde arbejdsgiver pålægges ved at beskæftige ansatte på meget få timer er af minimal karakter, hvorfor en afskedigelse ikke vil være begrundet i hensigtsmæssige og nødvendige hensyn. En stilling på meget få timer kan endvidere have sine fordele, da en arbejdsgiver kan få løst forskellige små opgaver på arbejdspladsen og samtidig kun betale løn for netop denne enkelte arbejdsindsats.

Det må således antages, at de meget små fleksjob har indflydelse på vurderingen af, om arbejdsgiver har opfyldt sine forpligtelser i henhold til forskelsbehandlingsloven. Det må alt andet lige have betydning at arbejdsgiver efter fleksjobreformen i 2013 nu kan beskæftige ansatte på meget få timer, ligesom aflønningsstrukturen under den nye ordning er ændret.

4.3.2. Fleksjobbets manglende fleksibilitet

En person i fleksjob kan stå i en utrolig sårbar position på arbejdspladsen, når arbejdspladsen eksempelvis skal spare og derfor afskedige medarbejdere. For overhovedet at være berettiget til fleksjob, skal en person have varige og væsentlige ændringer i arbejdsevnen, hvilket ofte medfører et behov for skånehensyn, hvis vedkommende skal kunne varetage et arbejde. Kommunen kortlægger i forbindelse med tilkendelse af et fleksjob vedkommendes skånebehov. Arbejdspladsen skal ofte tage hensyn til disse skånebehov, når de har fleksjobbere ansat. Det kan være besværligt at foretage de nødvendige skånehensyn og derfor ender nogle fleksjobbere som svageste led og bliver fyret, når der skal

¹⁵¹ U 2014.3592 H

foretages sparerunder på arbejdspladsen. Det er derfor interessant at undersøge, hvornår arbejdsgivers henvisning til manglende fleksibilitet kan begrunde en opsigelse af en medarbejder i fleksjob. Problemstillingen er blevet behandlet af Ligebehandlingsnævnet i række afgørelser, hvorunder udvalgte gennemgås nedenfor.

4.3.2.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-47260 – Pædagogen¹⁵²

I pågældende sag var en kvinde ansat som pædagog i et fleksjob ved en kommunal institution. Kvinden blev den 13. december 2018 afskediget, da kommunen var nødsaget til at reducere deres omkostninger og dermed også deres personalestab. Kommunen gennemførte herefter en større afskedigelsesrunde, hvor ca. 25 medarbejdere blev afskediget. I forbindelse med afskedigelserne blev pædagogen samt de øvrige medarbejdere vurderet ud fra en række kriterier, herunder fleksibilitet.

Ligebehandlingsnævnet vurderede, at kvinden havde godtgjort, at hun var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. Af hendes fleksjobbevilling fremgik, at skånehensynene skulle være at arbejde på nedsat tid, undgå stress, have struktur i sine opgaveløsninger samt have mulighed for at trække sig på arbejdspladsen. Kvinden havde derfor på afskedigelsestidspunktet sådanne langvarige begrænsninger, der hindrede hende i at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere. Ligebehandlingsnævnet tog endvidere stilling til de udvælgelseskriterier, som kommunen havde benyttet sig af ved afskedigelsen. Om kriteriet fleksibilitet udtalte nævnet, at dette var et tilsyneladende neutralt kriterium. Kriteriet stillede dog kvinden ringere end de øvrige ansatte, da hun grundet sit handicap var mindre fleksibel end sine kolleger. Kvinden havde derfor været udsat for indirekte forskelsbehandling. Nævnet skulle herefter tage stilling til, om kommunen på afskedigelsestidspunktet havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse over for kvinden. Kommunen kunne ikke bevise, at de ved afskedigelsen havde taget hensyn til hendes skånehensyn, ligesom de heller ikke kunne dokumentere, at hun uanset om der var blevet taget hensyn til hendes skånehensyn, under alle omstændigheder ville være blevet udvalgt til afskedigelse. Nævnet fandt på denne baggrund, at kommunen ikke tilstrækkeligt havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse ved afskedigelsen. Kvinden blev herefter tilkendt en godtgørelse på 360.000 kr.

¹⁵² KEN nr. 9695 af 23/08/2021

4.3.2.2: Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-13033 - Ordblindeunderviseren¹⁵³

I denne sag fra 2020 kom Ligebehandlingsnævnet frem til det modsatte resultat. Sagen handlede om en kvinde, der var ansat i fleksjob som ordblindeunderviser hos en kursusvirksomhed. Kvinden havde i forbindelse med fleksjobbet en række skånehensyn, der skulle tages hensyn til, herunder nedsat arbejdstid og at arbejdet ikke måtte være fysisk betonet eller stressende. Kvinden blev den. 21. september 2018 afskediget, da virksomheden havde nedgang i aktiviteterne og ikke vidste, hvordan det fremtidige aktivitetsniveau for kurserne ville se ud. Virksomheden havde ved afskedigelsen lagt vægt på kriterier som kompetencer, fleksibilitet og ønsket om en forsvarlig økonomisk drift.

Ligebehandlingsnævnet udtalte, at et kriterium om fleksibilitet, var et neutralt kriterium. Kriteriet stillede dog kvinden dårligere på grund af hendes fleksjob og medfølgende skånebehov, der gjorde hende mindre fleksibel i forhold til arbejdstider og arbejdssteder. Dog fandt Nævnet, at anvendelsen af kriteriet var begrundet i et sagligt formål, nemlig at man ønskede bedst mulig varetagelse af opgaver i virksomheden efter gennemførelsen af de nødvendige besparelser. Nævnet vurderede på denne baggrund, at kvinden ikke havde være udsat for forskelsbehandling på grund af sit handicap.

4.3.2.3. Delkonklusion

En arbejdsgivers begrundelse for afskedigelse vil ofte kræve en balance mellem hensynet til medarbejderens kompetencer og fleksibilitet i forhold virksomhedens behov. I begge sager udtalte Ligebehandlingsnævnet sig om kriteriet ”fleksibilitet”, herunder at kriteriet kan stille personer ansat i fleksjob ringere end øvrige medarbejdere, hvorfor det kan udgøre forskelsbehandling. Arbejdsgiver må dog godt lægge vægt på kriteriet om ”fleksibilitet”, hvis et sådant kriterie kan begrundes i et objektivt sagligt formål. Det er derfor vigtigt at arbejdsgiver altid overvejer, hvilken medarbejder, der bedst kan undværes i virksomheden og i denne overvejelse inddrager saglige kriterier. Det er endvidere vigtigt, at arbejdsgiver forinden en afskedigelse har opfyldt sin forpligtelse til at tilpasse arbejdet for at imødekomme den handicappedes skånebehov.

¹⁵³ KEN nr. 9530 af 17/06/2020

Kapitel 5 - Tilpasningsforpligtelsen i forhold til fleksjobordningen

Ved vurderingen af, om der foreligger en ulovlig forskelsbehandling af en handicappet medarbejder, skal også den særlige forpligtelse i form af arbejdsgiverstilpasningsforpligtelsen tages op til overvejelse. Der skal i en sådan vurdering foretages en afvejning mellem rimelige tilpasninger og tilpasninger, der anses for byrdefulde. Arbejdsgivers forpligtelse til at gennemføre en konkret tilpasning er betinget af, at denne anses for rimelig. I det følgende afsnit vil afhandlingen belyse de problemstillinger, der kan opstå i forbindelse med arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse over for en medarbejder i eller som afventer fleksjob.

5.1. Nedsat arbejdstid som tilpasningsforanstaltning

En fundamental grundsten i fleksjobordningen indebærer en nedsættelse i arbejdstiden, som kompensation for den fleksjobansattes nedsatte arbejdsevne. Som anført under kapitel 4 kan der foreligge forskelsbehandling, hvis en arbejdsgiver foretrækker fuldtidsansatte frem for deltidsansattes uden et bagvedliggende sagligt formål. Fleksjobordningens nedsatte arbejdstid kan dog også være et middel til opfyldelse af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse.

I de i afsnit 3.3.2. omtalte Ring og Werge-sagerne tog EU-domstolen foruden handicapbegrebet endvidere stilling til, hvorledes reduktion af arbejdstid kunne udgøre en passende tilpasningsforanstaltning i beskæftigelsesdirektivets forstand. EU-domstolen gjorde i sagen op med den daværende praksis på området, hvor man indtil afgørelsen i Ring og Werge-sagerne ikke havde betragtet nedsat tid som en hensigtsmæssig tilpasningsforanstaltning.

I sagen understregede domstolen, at de oplyste foranstaltninger i beskæftigelsesdirektivets 20. betragtning ikke udgjorde en udtømmende opregning¹⁵⁴, hvorfor en nedsættelse af arbejdstiden potentielt kunne udgøre en tilpasningsforanstaltning omfattet af direktivet. EU-domstolen henviste herefter til, at der skulle foretages en fortolkning af begrebet ”arbejdsmonstre” indeholdt i direktivets betragtning 20 for at afgøre om en nedsættelse af arbejdstiden kunne henhøre under dette begreb.¹⁵⁵ EU-Domstolen udtalte herom, at:

¹⁵⁴ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, præmis 49.

¹⁵⁵ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, præmis 50.

”[...] eftersom termen »arbejdsmonster« [...] skal forstås som den rytme eller det tempo, hvori arbejdet udføres, kan det ikke udelukkes, at en nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en af de tilpasningsforanstaltninger, der er omhandlet i dette direktivs artikel 5.”¹⁵⁶

For at udelukke enhver tvivl, bemærkede Domstolen endvidere at:

”[...] en nedsættelse af arbejdstiden kan følgelig, selv hvis den ikke er omfattet af begrebet »arbejdsmonstre«, anses for en tilpasningsforanstaltning som omhandlet i dette direktivs artikel 5 i tilfælde, hvor en nedsættelse af arbejdstiden gør det muligt for arbejdstageren at kunne fortsætte med at udøve sin beskæftigelse i overensstemmelse med formålet med nævnte artikel.”¹⁵⁷

EU-Domstolen henviste således til, at selv hvis en nedsættelse af arbejdstiden ikke kunne indeholdes i begrebet ”arbejdsmonstre”, kunne denne udgøre en tilpasningsforanstaltning i beskæftigelsesdirektivets forstand, hvis denne gjorde det muligt for den handicappede fortsat at udøve sin beskæftigelse i overensstemmelse hermed. EU-domstolen slog således i Ring og Werge-sagerne fast, at nedsættelse af arbejdstiden kan være en relevant tilpasningsforanstaltning, som en arbejdsgiver skal træffe for at fastholde en handicappet medarbejder på arbejdspladsen. Det er derfor interessant at undersøge, hvilken betydning et tilbud om fleksjobansættelse, herunder nedsat arbejdstid kan have i relation til arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse.

¹⁵⁶ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, præmis 55.

¹⁵⁷ De forenede sager C-335/11 og C-337/11, præmis 56.

5.2. Er tilbud om fleksjob tilstrækkeligt til at opfylde arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse?

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse kan indebære tilpasninger af meget forskellig art og er ikke nødvendigvis kun begrænset til et tilbud om nedsat arbejdstid. Som anført i afsnit 3.4.1. kan tilpasninger konkret være af både fysisk karakter i form af indretning af lokaler og udstyr, men kan også være af mere organisatorisk karakter ved ændring af arbejdsmønstre, arbejdstid og opgavefordeling på arbejdspladsen. Arbejdsgiver har pligt til at vurdere alle relevante muligheder for at tilpasse arbejdet til den handicappede medarbejder, hvorunder også tilbud om fleksjob kan udgøre en mulig tilpasningsforanstaltning. Dog er det interessant at undersøge, hvorledes et tilbud om fleksjob i sig selv kan udgøre et tilstrækkeligt middel til opfyldelse af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse. Følgende spørgsmål er blevet behandlet i en række ældre domme, der begge tager afsæt i den tidligere fleksjobordning før reformens ikrafttræden i 2013.

5.2.1. Vestre Landsrets dom U 2010.1748 V – Advokatsekretæren

Problemstillingen blev blandt andet behandlet i Vestre Landsrets dom af 12. marts 2010. Sagen drejede sig om en advokatsekretær, der havde været udsat for et trafikuheld, hvorefter hun pådrog sig en hjerneskade. Hjerneskaden betød, at hun havde svært ved at huske og koncentrere sig samt overskue komplicerede problemstillinger. Endvidere var hun ofte træt og havde det psykisk svært efter ulykken. Komplikationerne efter hjerneskaden betød, at hun havde svært ved at passe telefonen og receptionen, som hun havde gjort forinden ulykkens indtræden. Advokatsekretæren blev som følge heraf bevilliget fleksjob pr. 1. oktober 2006 af Århus Kommune. Arbejdsgiver indkaldte hende i den forbindelse til samtale med henblik på at foretage tilpasninger, så hun kunne fortsætte på arbejdspladsen. Til samtalen blev det aftalt, at hun kunne fortsætte på arbejdspladsen i en fleksjobordning på 20 timer ugentligt. Advokatsekretæren blev dog imidlertid opsagt i januar 2008, da arbejdsgiver ikke mente, at hun kunne varetage stillingen som advokatsekretær på tilfredsstillende vis. Advokatsekretærens forbund fremsatte herefter på hendes vegne krav om godtgørelse, da de mente, at afskedigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Landsretten fandt, at advokatsekretæren på grund af sin varige funktionsnedsættelse var omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Retten skulle herefter vurdere om arbejdsgiver havde

opfyldt sin tilpasningsforpligtelse efter lovens § 2a. Landsretten lagde vægt på, at arbejdsgiver havde tilbudt kvinden en ansættelse i fleksjob, som forsøg på at fastholde hende i stillingen som advokatsekretær. Dog havde advokatsekretæren konkret andre tilpasningsbehov, herunder tilpasning af arbejds-mønstre og arbejdsfordeling, som arbejdsgiver ikke havde forsøgt at imødekomme. Endvidere fandt landsretten det ikke godtgjort, at advokatsekretæren ikke ville være kompetent, egnet og disponibel, såfremt arbejdsgiver havde foretaget yderligere tilpasninger for at fastholde hende på arbejdspladsen. På den baggrund fandt landsretten, at arbejdsgiver ikke tilstrækkeligt havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse ved alene at tilbyde kvinden et fleksjob.

Analog til denne afgørelse behandlede landsretten også i en lignende sag, spørgsmålet om fleksjobansættelsens betydning for arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse.

5.2.2. Østre Landsrets dom U 2010.2303 Ø – Cafémedarbejderen

Sagen handlede om en cafémedarbejder, der gennem mange år havde lidt af epilepsi, hvorfor han havde nedsat funktionsniveau. Medarbejderen var i 2007 blevet ansat i et fleksjob i en café. I aftalevilkårene for fleksjobansættelsen blev det aftalt, at medarbejderens arbejdsopgaver blandt andet skulle bestå af afhentning af varer, mindre reparationsopgaver samt forfaldende arbejdsopgaver. Endvidere var det aftalt at medarbejderen ikke skulle udsættes for stressende og rutinepræget arbejde, ligesom han skulle have mulighed for at veksle mellem forskellige arbejdsopgaver. Medarbejderen blev herefter i 2008 udsat for et trafikuheld på grund af et epileptisk anfald. Han blev efterfølgende opsagt af arbejdsgiver med den begrundelse, at arbejdsgiver ikke mente, at han kunne være ansvarlig for cafémedarbejderens sikkerhed i situationer, hvor arbejdsopgaver skulle udføres uden opsyn. Cafémedarbejderens forbund nedlagde herefter påstand om, at opsigelsen var begrundet i medarbejderens handicap, hvorfor en afskedigelse af medarbejderen var uberettiget.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Byretten frifandt arbejdsgiver under henvisning til, at de ikke mente, at medarbejderen var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. Landsretten omstødte dog byrettens resultat med henvisning til, at medarbejderen ud fra en samlet bedømmelse af sygdommen og dens følger led af et handicap. Landsretten skulle herefter tage stilling til, om arbejdsgiver havde iagttaget sin tilpasningsforpligtelse. Landsretten anførte, at medarbejderens funktionsnedsættelse ikke alene kunne kompenseres for ved at nedsætte arbejdstiden. Der skulle også tages andre hensyn på arbejdspladsen, således som det

var beskrevet i aftalevilkårene for fleksjobansættelsen, herunder i form af afvekslende arbejde, pauser og konkrete anvisninger for at skåne medarbejderen for stressende og farligt arbejde. Endvidere fandt landsretten, at disse øvrige foranstaltninger næppe ville pålægge arbejdsgiver en forholdsmæssig stor byrde. Arbejdsgiver havde derfor ikke iagttaget sin tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2a og medarbejderen fik på denne baggrund tilkendt en godtgørelse.

5.2.3: Delkonklusion:

Dommene illustrerer, hvorledes et tilbud om fleksjob ikke altid vil kunne udgøre et tilstrækkeligt middel til opfyldelse af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse. I dommen om *Advokatsekretæren*¹⁵⁸ påpegede landsretten, at der fandtes yderligere hensigtsmæssige tilpasninger, som arbejdsgiver burde have forsøgt iværksat før en eventuel afskedigelse. Dommen viser således, at et tilbud om fleksjobansættelse i sig selv ikke altid vil være et tilstrækkeligt middel, når arbejdsgiver skal iagttage sin tilpasningsforpligtelse. I dommen om *Cafémedarbejderen*¹⁵⁹ påpegede landsretten også, at medarbejderens funktionsnedsættelse ikke alene kunne kompenseres for ved at nedsætte arbejdstiden. Der skulle også tages andre hensyn på arbejdspladsen, således som det var beskrevet i aftalevilkårene for fleksjobansættelsen. Dommen illustrerer at arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse ikke kun er begrænset til et tilbud om nedsat tid, men at denne ofte skal opfyldes ved hjælp af yderligere tiltag. En nedsættelse af arbejdstiden kan ikke stå alene, hvorfor de skånehensyn der fremgår af aftalevilkårene for en fleksjobansættelse også skal inddrages, når arbejdsgiver skal iagttage sin tilpasningsforpligtelse. Arbejdsgiver kan således have pligt til også at iværksætte tilpasninger i form af eksempelvis afvekslende arbejde, pauser og konkrete anvisninger, førend han på rette vis har iagttaget sin tilpasningsforpligtelse.

Dommene illustrerer endvidere vigtigheden af arbejdsgivers bevisbyrde. Arbejdsgiver skal kunne dokumentere, at konkrete tilpasningsforanstaltninger har været forsøgt afprøvet eller at disse vil være for byrdefulde at iværksætte. Således skal arbejdsgiver undersøge alle relevante muligheder for at foretage tilpasninger, førend tilpasningsforpligtelsen er iagttaget.

De to landsretsdomme tager ikke udgangspunkt i den nye fleksjobordning, som trådte i kraft den 1. januar 2013. Således er dommene eksempler på, hvorledes fleksjob kunne udgøre et tilstrækkeligt middel til opfyldelse af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse før ikrafttræden af den nye

¹⁵⁸ U 2010.1748 V

¹⁵⁹ U 2010.2303 Ø

fleksjobordning. Endvidere er de to domme afsagt før EU-domstolens afgørelse af Ring- og Werge-sagerne, hvorfor en nedsættelse af arbejdstiden på daværende tidspunkt ikke blev anset for en hensigtsmæssig tilpasningsforanstaltning. Dommene må dog alt andet lige antages stadig at have betydning for retsstillingen på området, da ansættelse i fleksjob ikke kun er begrænset til en nedsættelse af arbejdstiden. En ansættelse i fleksjob indebærer både en nedsættelse af arbejdstiden, men også at arbejdet tilrettelægges ud fra den pågældendes medarbejders evne og behov for at blive skånet. Dommene belyser således vigtigheden af, at arbejdsgiver i forbindelse med tilpasningsforpligtelsen også tager hensyn til de konkrete skånehensyn, som en medarbejder i fleksjob måtte have behov for.

I en nyere afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet illustreres, hvor vigtigt det er, at arbejdsgiver også imødekommer andre skånebehov end de skånebehov, som er indeholdt i medarbejderens fleksjob.

5.2.4. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-18141 – Den fuldmægtige¹⁶⁰

Sagen drejede sig om en kvinde, der døjede med omfattende og gentagne migræneanfald, hvilket medførte, at hun blev ansat i fleksjob hos sin arbejdsgiver i 2008. Det fremgik af fleksjobbevillingen, at kvindens skånehensyn omfattede en ugentlig arbejdstid på 14 timer, fleksible arbejdstider, samt sagsbehandling uden borgerkontakt. Arbejdsgiver iværksatte de påkrævede tilpasningsforanstaltninger, ligesom der blev etableret en særlig kontorplads, så kvinden kunne sidde beskyttet. Endvidere tilbød arbejdsgiver, at kvinden kunne arbejde hjemmefra, når der var behov herfor. I 2016 varslede arbejdsgiver, at aftalen om hjemmearbejde ville ophøre ved udgangen af juni 2018 i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Under den nye ansættelsesaftale ønskede arbejdsgiver, at den fuldmægtige skulle være til stede på arbejdspladsen 3 dage om ugen inden for kontortiden. Kvinden kunne dog ikke se sig selv være til stede 3 dage ugentligt på arbejdspladsen, da de omfattende migræneanfald ikke altid gjorde hende i stand til at møde så mange dage ugentligt. Den nye arbejdsgiver og kvinden havde efterfølgende en længerevarende dialog om arbejdsvilkår og skånehensyn. Den fuldmægtige kvinde blev sygemeldt i september 2018, hvorefter hun blev afskediget i november 2018. Afskedigelsen var begrundet i den omstændighed, at kvinden ikke kunne fremmøde i det omfang, som arbejdsgiver krævede og at der ikke kunne finde en fælles løsning for arbejdets tilrettelæggelse.

Ligebehandlingsnævnet skulle herefter tage stilling til, hvorvidt arbejdsgiver havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Nævnet lagde vægt på, at kvinden i en lang årrække havde haft mulighed for

¹⁶⁰ KEN nr. 9677 af 13/08/2020

hjemmearbejde, når hendes migræne påkrævede dette. En fleksibel aftale om hjemmearbejde var en hensigtsmæssig tilpasningsforanstaltning for kvinden, da hendes migræneanfald gjorde, at hun ikke på forhånd kunne vide, hvornår hjemmearbejde ville være påkrævet. Endvidere havde arbejdsgiver generelt opsagt hendes fleksible ordning for hjemmearbejde og havde ikke i den forbindelse tilbudt hende andre alternative tilpasningsforanstaltninger, således at hun kunne fortsætte med at arbejde i den pågældende stilling. Nævnet mente derfor ikke, at arbejdsgiver havde bevist, at man havde forsøgt at iværksætte hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger for at fastholde kvinden i stillingen. Desuden havde arbejdsgiver heller ikke løftet bevisbyrden for, at en tilpasningsforanstaltning i form af hjemmearbejde ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde samt at kvinden ikke ville have været kompetent, egnet og disponibel til at varetage stillingen, hvis arbejdsgiver havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Den fuldmægtige kvinde fik derfor medhold i sin klage.

5.2.5. Delkonklusion

I dommen var det således ikke nok, at arbejdsgiver allerede havde iværksat tilpasninger i form af øget fleksibilitet, særlig kontorplads samt sagsbehandling uden borgerkontakt. Ligebehandlingsnævnet fandt, at arbejdsgiver endvidere havde pligt til at iværksætte yderligere foranstaltninger i form af tilbud om hjemmearbejde. Endvidere fandt nævnet, at arbejdsgiver ikke havde løftet bevisbyrden for, at en sådan foranstaltning ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde. Afgørelsen viser, at tilpasningsforanstaltninger i form af de skånehensyn der er indeholdt i en medarbejders fleksjob, ikke altid kan stå alene. Arbejdsgiver kan således have en pligt til at supplere fleksjobansættelsens skånehensyn med yderligere tiltag på arbejdspladsen, førend han med rette har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

5.3. Hvornår er arbejdsgiver forpligtet til at tilbyde et fleksjob?

Muligheden for fleksjob kan have betydning i vurderingen af, om arbejdsgiver har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse og en afvisning heraf kan komme arbejdsgiver til skade, hvis denne ikke er sagligt begrundet i arbejdsgivers forhold. Følgende afsnit vil belyse, hvornår arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse kan indeholde pligt for arbejdsgiver til at tilbyde en medarbejder en ansættelse i fleksjob.

5.3.1. Østre Landsrets dom U 2020.1799 - Lægeseekretæren¹⁶¹

I Østre Landsrets dom af 28. februar 2020 berørte Landsretten, hvorledes tilbud om fleksjob er omfattet af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse. Sagen handlede om en lægeseekretær, der siden 2006 havde været ansat på et sygehus i Region Sjælland. Kvinden led af en sygdom i øret, hvorfor svimmelhed, kvalme, opkastninger, tinnitus og trykken for øret var del af dagligdagen. I 2013 havde kvinden gradvist flere sygedage. Fra 2015 afholdte arbejdspladsen en del statusamtaler med hende, ligesom der løbende blev iværksat en række tiltag for at afhjælpe hende på arbejdspladsen. I august 2016 fik kvinden et anfald på arbejdspladsen, hvorfor hun i september 2016 blev afskediget med fratreden i marts 2017. Afskedigelsen var begrundet i kvindens meget forværrede funktionsniveau, der indebar at hun ikke kunne varetage sine kerneopgaver som lægeseekretær. Efterfølgende blev der afholdt en rundbordssamtale med deltagelse af kommunen og arbejdsgiver. Samtalen skulle afdække mulighederne for, om kommunen kunne bevilge tilskud til et fastholdelsesfleksjob. I oktober 2016 meddelte Region Sjælland dog, at de ikke kunne tilbyde kvinden et fastholdelsesfleksjob på grund af fleksibiliteten i forhold til arbejdstilrettelæggelsen samt på grund af økonomiske ressourcer. I oktober 2017 anlagde kvinden sag mod Region Sjælland, da hun mente, at der var sket en overtrædelse af forskelsbehandlingslovens § 2a.

Byrettens begrundelse og resultat:

I Byrettens dom af 11. april 2018 fandt retten, at det var ubestridt, at lægeseekretæren var omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingslovens § 2a, ligesom hun havde de nødvendige kvalifikationer for at bestride stillingen. Byretten skulle derefter tage stilling til, om Region Sjælland havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Retten lagde vægt på, at arbejdsgiver under hele ansættelsen havde været opmærksom på kvindens handicap. Arbejdsgiver havde løbende afholdt omsorgssamtaler og foretaget tilpasninger, således at kvinden ikke skulle foretage hørekævende opgaver i sin lægeseekretærstilling.

¹⁶¹ U2020.1799

Retten skulle herefter tage stilling til om Region Sjælland havde opfyldt deres tilpasningsforpligtelse, da kvindens sygdom blev forværret i august 2016. Herom udtalte byretten, at mulighederne for at foretage yderligere tilpasninger var udtømte. Afgørende var derfor, om arbejdsgiver kunne tilbyde en stilling til kvinden, som ikke indebar hørekrævende opgaver i form af telefonpasning og patientkontakt. Retten lagde vægt på, at hørekrævende opgaver var helt centrale funktioner i lægesekretærstilling. Endvidere lagde retten vægt på hensynet til arbejdstilrettelæggelsen for de øvrige sekretærer på afdelingen. Retten udtalte herom, at det var en nødvendighed, at forskellige arbejdsopgaver kunne gå på skift mellem lægesekretærene, således at arbejdet indebar en blanding af både krævende og mindre krævende opgaver. Retten fandt herefter, at det ikke lå inden for rammerne af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse at tilbyde en sekretærstilling uden hørekrævende opgaver. Endvidere fandt byretten med samme begrundelse, at Region Sjælland heller ikke var forpligtet til at tilbyde et fleksjob til kvinden. Byretten fandt herefter at Region Sjælland ikke havde tilsidesat sin tilpasningsforpligtelse, hvorfor de blev de blev frifundet.

Landsrettens begrundelse og resultat:

Landsretten fandt ligesom byretten, at Region Sjælland havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse frem til 2016, hvorfor spørgsmålet om arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse udelukkende skulle vurderes i tiden efter lægesekretærens sygdom blev forværret. I denne vurdering lagde Landsretten til grund, at telefonpasning og patientkontakt m.v. er væsentlige og hørekrævende funktioner i en stilling som lægesekretær. Grundet kvindens forværrede helbredstilstand var hun således ikke længere kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen som lægesekretær. Landsretten stadfæstede på denne baggrund Byrettens dom.

I den pågældende sag kom Landsretten således frem til, at arbejdsgiver ikke havde en pligt til at tilbyde lægesekretæren et fleksjob uden hørekrævende opgaver, da hørekrævende opgaver måtte anses for at være væsentlige kernefunktioner i en lægesekretærstilling. I en lignende sag fra Ligebehandlingsnævnet kom Nævnet dog frem til det modsatte resultat.

5.3.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-34996 - Pædagogmedhjælperen¹⁶²

Ligebehandlingsnævnet har også behandlet spørgsmålet om arbejdsgivers pligt til at tilbyde fleksjob til en handicappet medarbejder i j. nr. 19-34996. Sagen drejede sig om en pædagogmedhjælper, der havde været ansat i en skolefritidsordning siden 1. november 2011. Pædagogmedhjælperen led af Hortons hovedpine. I april 2017 blev hun desuden sygemeldt med stress og depression, hvilket også påvirkede hendes hovedpineanfald negativt. I oktober 2017 blev der udarbejdet en statusattest af pædagogmedhjælperens læge. Heri fremgik det, at pædagogmedhjælperens lidelse var varig og stationær og at hun ikke kunne raskmeldes på fuld tid grundet hendes mange anfald. Lægen anbefalede desuden at kvinden blev ansat i et fleksjob på 18 timer ugentligt. Arbejdsgiver og kvinden aftalte efterfølgende, at hun skulle udredes i forhold til et muligt fastholdelsesfleksjob. Hun blev dog afskediget i februar 2018, inden udredningen var påbegyndt.

Ligebehandlingsnævnet vurderede, at det var ubestridt, at kvinden var omfattet af handicapbegrebet, hvorfor arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse herefter skulle berøres. Nævnet lagde ved afgørelsen navnlig vægt på, at arbejdsgiver havde oplyst, at det var muligt at omplacere kvinden til en 18 timers stilling. Arbejdsgiver havde dog ikke konkret undersøgt muligheden for, at kvinden kunne få nedsat tid og på denne baggrund mente nævnet ikke, at arbejdsgiver havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Pædagogmedhjælperen fik derfor medhold, samt en godtgørelse på 190.000 kr.

5.3.3. Delkonklusion

De to sager afspejler, at arbejdsgiver i nogle tilfælde kan være forpligtet til at tilbyde et fleksjob som led i sin tilpasningsforpligtelse. I sagen om *Lægeseekretæren*¹⁶³ fandt landsretten, at arbejdsgiver ikke havde en pligt til at tilbyde lægeseekretæren en stilling uden hørekrævende opgaver, da hørekrævende opgaver måtte anses for at være væsentlige kernefunktioner i en lægeseekretærstilling. Dommen viser således, at arbejdsgiver ikke har pligt til at indsamle opgaver fra andre afdelinger samt at tilbyde et eventuelt fleksjob, hvis dette betyder uhensigtsmæssige ændringer i arbejdstilrettelæggelsen samt at helt centrale funktioner i stillingen skæres væk. Der er således grænser for, hvilke foranstaltninger en arbejdsgiver har pligt til at iværksætte for at fastholde en handicappet medarbejder på arbejdspladsen.

¹⁶² KEN nr. 9792 af 30/09/2020

¹⁶³ U 2020.1799

Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse kan således ikke udstrækkes til, at arbejdsgiver skal tilbyde en fleksjobansættelse, hvis dette betyder oprettelse af en helt ny stilling.

I sagen om *Pædagogmedhjælperen*¹⁶⁴ fandt nævnet derimod, at tilpasningsforpligtelsen godt kunne indebære en pligt for arbejdsgiver til at undersøge muligheden for et eventuelt fleksjob. Sagen adskiller sig fra ovennævnte sag om *Lægesekretæren*¹⁶⁵ ved, at arbejdsgiver ikke havde foretaget relevante tilpasninger trods kendskabet til medarbejderens funktionsnedsættelse. Endvidere havde arbejdsgiver ikke undersøgt muligheden for fleksjob til bunds trods den gensidige aftale herom. Sagen viser således, at arbejdsgiver kan have pligt til at tilbyde et fleksjob som led i sin tilpasningsforpligtelse, hvis dette ikke udgør en uforholdsmæssig stor byrde.

Der kan endvidere peges på, at ændringerne, der blev indført med fleksjobreformen i 2013, kan have betydning for vurderingen af, om arbejdsgiver er forpligtet til at tilbyde en ansættelse i fleksjob. Som anført i afsnit 3.4.2. afhænger arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse af, at denne ikke pålægger ham en uforholdsmæssig stor byrde, medmindre denne byrde lettes gennem offentlige foranstaltninger. Det er således af betydning for vurderingen, om det offentlige afholder udgifterne til tilpasningerne eller en del af disse. Med fleksjobreformens ikrafttræden i 2013 ændredes samspillet mellem kommunen og arbejdsgivers lønudgift til ansatte i fleksjob. Med den nye ordning betaler arbejdsgiver kun for den arbejdsindsats en medarbejder i fleksjob leverer, mens kommunen yder et fleksløntilskud for resten. Derfor kan der argumenteres for, at denne ændrede aflønningsstruktur kan fremme muligheden for, at arbejdsgivere kan tilbyde handicappede medarbejdere et fleksjob.

Det må således alt andet lige antages, at arbejdsgiver som led i sin tilpasningsforpligtelse har en pligt til at tilbyde ansættelse i fleksjob, medmindre et sådant tilbud er for byrdefuldt for ham at gennemføre. Dog kan arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse ikke udstrækkes til, at arbejdsgiver skal tilbyde en fleksjobansættelse, hvis dette betyder, at arbejdsgiver er nødsaget til at oprette en helt ny stilling til formålet.

¹⁶⁴ KEN nr. 9792 af 30/09/2020

¹⁶⁵ U 2020.1799

5.4. Er arbejdsgiver forpligtet til at afvente afgørelse om eventuelt fleksjob?

Som det er blevet belyst ovenfor, kan arbejdsgiver som led i tilpasningsforpligtelsen have en pligt til at tilbyde en handicappet medarbejder et fleksjob. Forpligtelsen gælder dog ikke, hvis et sådant tilbud pålægger arbejdsgiver en uforholdsmæssig stor byrde. Vejen til en afklaring om fleksjob kan imidlertid synes lang, da sagshandlingen i sådanne sager ofte er af længere varighed. Sagsbehandlingen omfatter ofte perioder med arbejdsprøvnings, lægelige undersøgelser samt en forelæggelse for rehabiliteringsteamet inden en borger kan visiteres til fleksjob. Det er derfor interessant at undersøge, om arbejdsgiver i forbindelse med en igangværende sag om fleksjob er forpligtet til at afvente en afgørelse, førend en afskedigelse af den pågældende medarbejder er berettiget. Følgende problemstilling har Ligebehandlingsnævnet taget stilling til i en række afgørelser, som vil blive redegjort for nedenfor

5.4.1. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 18-6273 - Socialrådgiveren¹⁶⁶

Sagen drejede sig om en kvinde, der var ansat på fuld tid, som socialrådgiver i en region. Kvinden havde i 2006 været involveret i en trafikulykke, hvorfor hun efterfølgende døjede med nakkegener. I 2012 blev hendes nakkegener så slemme, at hun måtte sygemelde sig fra sin stilling i en periode. Da hun genoptog arbejdet igen, foretog arbejdsgiver en række foranstaltninger for at tilpasse arbejdet, således at hun havde mulighed for at varetage det. Endvidere tildelte arbejdsgiver hende en trådløs mus og en ny kontorstol, ligesom der blev iværksat foranstaltninger mod lys- og lydfølsomhed på arbejdspladsen. Det blev desuden aftalt, at kvinden kun skulle have én klientsamtale om dagen og at hun i stedet skulle varetage flere administrative opgaver. Kvinden blev i december 2016 afskediget med fratræden i maj 2017. Forud for afskedigelsen havde arbejdsgiver tilbudt hende at gå ned i tid. Dette tilbud havde hun dog afslået med henvisning til, at der verserede en sag om tilkendelse af fleksjob i hendes kommune, som kunne have betydning for hendes økonomiske situation fremadrettet.

Ligebehandlingsnævnet vurderede indledningsvist, at kvindens nakkegener medførte, at hun på afskedigelsestidspunktet havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Nævnet skulle herefter tage stilling til, om arbejdsgiver havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Herom lagde nævnet navnlig vægt på, at arbejdsgiver løbende under ansættelsen havde tilbudt forskelligartede skånehensyn samt tilbudt en nedsættelse af arbejdstiden. Endvidere lagde nævnet vægt på socialrådgiverens helbredstilstand, som ifølge nævnet ikke gjorde hende disponibel til at varetage stillingen på det

¹⁶⁶ KEN nr. 9739 af 30/08/2018

timeantal, som hun ønskede at fastholde. Nævnet fandt på denne baggrund, at arbejdsgiver havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2a. Endvidere udtalte nævnet, at arbejdsgiver ikke efter sagens omstændigheder havde en forpligtelse til at afvente afgørelse i den verserende sag om fleksjob. Socialrådgiveren fik herefter ikke medhold i sin klage.

I den pågældende afgørelse kom Ligebehandlingsnævnet frem til, at arbejdsgiver ikke havde en forpligtelse til at afvente en eventuel afgørelse om fleksjob, da arbejdsgiver løbende under ansættelsen havde iværksat hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger og dermed opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. I en lignende sag fra 2018 kom Ligebehandlingsnævnet dog frem til det modsatte resultat.

5.4.2. Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 2017-6810-42946 - Specialklasselæreren¹⁶⁷

Sagen drejede sig om en specialklasselærer, der som følge af en arbejdsskade i 2014 led af nakkegener, samt koncentrations- og hukommelsesbesvær. Læreren var periodevis sygemeldt herefter. Generne blev forværret i de efterfølgende år, hvorfor hun i 2016 gjorde arbejdsgiver bekendt med en speciallægeerklæring. Speciallægeerklæringen vurderede, at hun ikke ville kunne varetage en fuldtidsstilling på ordinære vilkår fremover. Endvidere var det i erklæringen anført, at det var speciallægens opfattelse, at ansættelse i fleksjob kunne være en mulighed. Ledelsen iværksatte en række omsorgssamtaler samt en sygeopfølgningssamtale med deltagelse af kommunens fastholdelseskonsulent. Under sygeopfølgningssamtalen blev lærerens helbredsmæssige situation diskuteret, ligesom der blev orienteret om, at hun ikke fremadrettet var i stand til at varetage en fuldtidsstilling på skolen. Endvidere blev det oplyst af fastholdelseskonsulenten, at hun ville drøfte mulighederne for visitation til fleksjob med kvindens sagsbehandler. Specialklasselæreren blev dog afskediget, inden det var afklaret, om hun kunne tilbydes et fleksjob. Afskedigelsen var begrundet i arbejdsgivers usikkerhed om, hvornår læreren ville kunne varetage arbejdet på ordinære vilkår. Endvidere havde skolen henvist til, at et fleksjob ikke var foreneligt med arbejdet som specialklasselærer, herunder dels fordi at stillingen indebar et behov for daglig kontakt med eleverne på grund af deres særlige emotionelle udfordringer.

Det var ubestridt, at specialklasselæreren var omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, hvorfor Ligebehandlingsnævnet herefter skulle tage stilling til, om arbejdsgiver havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Herom udtalte nævnet, at arbejdsgiver ikke i tilstrækkelig grad havde

¹⁶⁷KEN nr. 9399 af 23/05/2018

foretaget de fornødne bestræbelser på at tilpasse arbejdsforholdene i overensstemmelse med specialklasselærerens behov. Endvidere pointerede nævnet, at arbejdsgiver trods kendskabet til hendes begrænsninger og prognose under hele forløbet havde fastholdt en forventning om, at hun skulle vende tilbage og arbejde på normale vilkår. Nævnet fandt herefter ikke, at arbejdsgiver i tilstrækkelig grad havde bevist, at det ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde at iværksætte relevante skånehensyn for at fastholde specialklasselæreren i stillingen. Endvidere fandt nævnet, at relevante skånehensyn kunne have været iværksat i form af et samarbejde med kommunen om en ansættelse i et eventuelt fleksjob. Læreren fik derfor medhold i sin klage og blev tilkendt en godtgørelse på 370.000 kr.

5.4.3. Delkonklusion

Forskellen på de to afgørelserne var netop, at arbejdsgiver i sagen om *Socialrådgiveren*¹⁶⁸ løbende havde tilbudt forskelligartede skånehensyn samt ændring af arbejdstiden. I sagen om *Specialklasselæreren*¹⁶⁹ havde arbejdsgiver, trods kendskabet til medarbejderens helbredssituation og den verserende sag om fleksjob, ikke foretaget relevante tilpasninger undervejs i ansættelsen, herunder eksempelvis indledt et samarbejde med kommunen om en ansættelse i et eventuelt fleksjob.

De to afgørelser illustrerer, at arbejdsgiver ikke har pligt til at afvente en eventuel afgørelse om fleksjob, hvis arbejdsgiver løbende under ansættelsen har sørget for at foretage hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger. Arbejdsgiver kan dog være forpligtet til at afvente en sådan afgørelse, hvis han ikke i tilstrækkelig grad, kan bevise at en sådan tilpasning vil udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for ham. De to afgørelser viser endvidere vigtigheden af, at arbejdsgiver vurderer alle relevante muligheder for at tilpasse arbejdspladsen til en handicappet medarbejder, inden arbejdsgiver skrider til en afskedigelse. Herunder kan indgå både fysiske tilpasninger, men også tilpasninger af mere organisatorisk karakter. Om en arbejdsgiver er forpligtet til at iværksætte konkrete tilpasninger, må herefter bero på en konkret vurdering af det enkelte tilfælde, herunder om tilpasningen anses for byrdefuld og om den handicappede medarbejder herefter ikke er kompetent, egnet og disponibel til at varetage jobbet med de rette tilpasninger.

¹⁶⁸ KEN nr. 9739 af 30/08/2018

¹⁶⁹ KEN nr. 9399 af 23/05/2018

Kapitel 6 – Sammenfatning

Kerneområdet for nærværende speciale er en analyse af, hvordan forskelsbehandlingslovens regler beskytter ansatte i fleksjob og fleksjobvisiterede, der søger fleksjob.

Til at belyse kerneområdet har specialet indledningsvist redegjort for en række væsentlige regler, herunder også den kontekst som reglerne udspringer af. På baggrund af denne redegørelse, står det klart at personer ansat i fleksjob ved ansættelsen, under ansættelsen og ved ansættelsens ophør er beskyttet af forskelsbehandlingslovens regler, hvis kriterierne herfor er opfyldt. Det skal hertil bemærkes, at personer i fleksjob ikke per automatik falder under forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, hvorfor der altid skal foretages en konkret vurdering af, om den fleksjobansatte har en funktionsnedsættelse, der er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb.

Specialets problemformulering er søgt besvaret gennem en analyse af retspraksis, herunder retspraksis fra både domstolene og Ligebehandlingsnævnet. Det fremgår af den analyserede retspraksis, at ansatte i fleksjob i en række tilfælde kan være særligt udsat for forskelsbehandling i forbindelse med ansættelsen.

Forskelsbehandling inden ansættelsens begyndelse kan foreligge ved, at arbejdsgiver direkte henviser til, at han ikke ønsker at ansætte personer omfattet af fleksjobordningen. Et sådant krav vil være udtryk for forskelsbehandling, medmindre at dette kan begrundes i et bagvedliggende sagligt hensyn. Arbejdsgiver skal således i forbindelse med ansættelsesprocessen være påpasselige med at opstille krav, der stiller personer ansat i fleksjob mindre fordelagtigt end øvrige ansøgere.

Hvad angår forskelsbehandling under ansættelsen, har særligt den fleksjobansattes løn- og arbejdsvilkår givet anledning til problemer i praksis. Arbejdsgiver må ikke forskelsbehandle ansatte i fleksjob ved forhandling af lønvilkår, ligesom at arbejdsgiver i en række tilfælde skal udbetale supplerende tillæg til grundlønnen, hvis en kollektiv overenskomst på området foreskriver dette. Arbejdsgiver er dog ikke altid forpligtet til, til at regulere lønnen for ansatte i fleksjob, hvis den manglende lønregulering er begrundet i et sagligt formål. Endvidere er arbejdsgiver i nogle tilfælde berettiget til at fravige overenskomsternes bestemmelser, således at lønnen afspejler den ansattes faktiske arbejdsevne. Det gælder dog stadig for fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår, at fravigelser ikke må udgøre forskelsbehandling, hvorfor fravigelser skal ske med respekt for forskelsbehandlingslovens regler.

Ved ansættelsens ophør har særligt fleksjobbets nedsatte arbejdstid og manglende fleksibilitet givet anledning til problemer i praksis. Et krav om fuldtidsansættelse skal altid være begrundet i et nødvendigt og hensigtsmæssigt hensyn. Arbejdsgivers særlige driftsmæssige forhold vil derfor ofte være afgørende for, om arbejdsgiver kan retfærdiggøre et krav om fuldtidsansatte medarbejdere. Et krav om "fleksibilitet" skal endvidere også altid være begrundet i et sagligt hensyn, førend dette er berettiget. Det er derfor vigtigt, at arbejdsgiver altid overvejer, hvilken medarbejder der bedst kan undværes i virksomheden og i denne overvejelse inddrager saglige kriterier. En arbejdsgivers begrundelse for afskedigelse vil altid kræve en balance mellem hensynet til en medarbejders kompetencer, arbejdstid og fleksibilitet i forhold virksomhedens behov.

Specialet har endvidere analyseret de problemstillinger, der kan opstå i forbindelse med arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse overfor en medarbejder i fleksjob eller en medarbejder som afventer fleksjob. En fundamental grundsten i fleksjobordningen indebærer en nedsættelse i arbejdstiden, som compensation for den nedsatte arbejdssevne. Nedsat arbejdstid, herunder i form af en fleksjobansættelse kan dog også være et middel til opfyldelse af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse, som det blev konstateret af EU-Domstolen i Ring og Werge-sagerne.

Specialet har i den forbindelse undersøgt, hvorledes et tilbud om fleksjob i sig selv, kan udgøre et tilstrækkeligt middel til opfyldelse af arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse. Af retspraksis fremgår det, at et tilbud om fleksjob ikke altid vil kunne udgøre et tilstrækkeligt middel. Tilpasningsforpligtelsen vil ofte kræve, at arbejdsgiver supplerer fleksjobansættelsens skånehensyn ved iværksættelse af yderligere tiltag, herunder eksempelvis afvekslende arbejde, pauser og konkrete anvisninger.

I relation til tilpasningsforpligtelsen har specialet endvidere undersøgt, hvornår arbejdsgiver er forpligtet til at tilbyde et fleksjob til en handicappet medarbejder. Det fremgår af den analyserede praksis, at arbejdsgiver som led i sin tilpasningsforpligtelse har pligt til at tilbyde ansættelse i fleksjob, medmindre et sådant tilbud er for byrdefuldt at gennemføre. Arbejdsgivers tilpasningsforpligtelse kan dog ikke udstrækkes til, at arbejdsgiver skal tilbyde en fleksjobansættelse, hvis dette betyder, at arbejdsgiver er nødsaget til at oprette en helt ny stilling til formålet.

Slutteligt har specialet undersøgt, om arbejdsgiver i forbindelse med en igangværende sag om fleksjob er forpligtet til at afvente en afgørelse, førend en afskedigelse kan finde sted. Herom fremgår det af praksis, at arbejdsgiver ikke har pligt til at afvente en eventuel afgørelse om fleksjob, hvis arbejdsgiver løbende under ansættelsen har sørget for at foretage hensigtsmæssige tilpasnings-

foranstaltninger. Arbejdsgiver kan dog være forpligtet til at afvente en sådan afgørelse, hvis han ikke i tilstrækkelig grad, kan bevise at en sådan tilpasning vil udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for ham.

Det er endvidere interessant for retsstillingen, at en meget stor del af retspraksis omhandler fleksjobansættelser omfattet af den gamle fleksjobordning. Fleksjobberes løn- og arbejdsvilkår og herunder muligheden for de såkaldte ”minifleksjobs”, må antages i fremtiden at kunne rejse en række problemstillinger i sammenspillet med forskelsbehandlingslovens regler.

På baggrund af specialets analyser kan det sammenfattes, at den beskyttelse forskelsbehandlingsloven giver handicappede medarbejdere i fleksjob, herunder tilpasningsforpligtelsen, bærer præg af manglende klarhed. Den mangfoldige retspraksis vidner om, at fleksjobbere i dag stadig udsættes for forskelsbehandling på arbejdspladserne. I specialet er der belyst en række problemstillinger i sammensillet mellem fleksjobordningen og forskelsbehandlingslovens beskyttelsesregler. Det har vist sig, at fortolkningen af forskelsbehandlingslovens regler i praksis er vanskelige for arbejdsgiver at håndtere, hvorfor domstolene og Ligebehandlingsnævnet spiller en afgørende rolle i håndhævelsen af eventuelle overtrædelser. En vurdering af, om der foreligger forskelsbehandling, vil endvidere altid bero på konkret vurdering af sagens omstændigheder. Det kan hertil have betydning, om den ansatte i fleksjob er omfattet af lovens handicapbegreb, ligesom at det kan have betydning, om en foranstaltning må anses for byrdefuld.

Kapitel 7 – Litteraturliste

Bøger:

- Klausen, John, Trine Schultz, Nina von Hielmcrone; *Socialret – Forsørgelse og beskæftigelse*, 3. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag, 2020.
- Munk-Hansen, Carsten; *Den Juridiske løsning*, 1. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag, 2017.
- Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag, 2018.
- Nielsen, Ruth; *Dansk arbejdsret*, 4. udgave 1. oplag, Djøf Forlag, 2020
- Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark AS, 2017.
- Schwarz og Hjorth-Hartmann, Finn og Jens Jakob; *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 2. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2019.

Artikler og vejledninger:

- Beskæftigelsesministeriets; *Vejledning nr. 10048 af 25/11 2019 om fleksjob m.v.*, 2019.
- Klausen, John; *Retten til fleksjob*, Juristen nr. 2, 2014.

Hjemmesider:

- **Jobindsats:** Tilgængelig via: <https://www.jobindsats.dk/>
 - Lokaliseret d. 10.5.2022 på <https://www.jobindsats.dk/databank/ydelser/fleksjob/personer-forlob-og-udgifter/antal-personer-og-fuldtidspersoner/>

Lovgrundlag:

- Beskæftigelsesindsatsloven
 - Lov nr. 419 af 06/10/2003 om en aktiv beskæftigelsesindsats
 - Lov nr. 548 af 07/05/2019 om en aktiv beskæftigelsesindsats (senest ændret ved lov nr. 452 af 20/04/2022)
 - Lov nr. 1557 af 27/12/2019 om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats og forskellige andre love.
- Forskelsbehandlingsloven

- Lov nr. 459 af 12/06/1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.
- Lov nr. 1417 af 22/12/2004 om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v
- LBKG nr. 10001 af 24/08/2017 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv. (senest ændret ved L 2021-12-28 nr. 2591)
- Lov nr. 688 af 08/06/2018 om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap.

Internationale og EU-retlige kilder:

- Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.
- Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF)
- Det Centrale Handicapråd; *Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir*, 2001.
- FN's Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap

Lovforarbejder og bekendtgørelser:

- Bekendtgørelse nr. 2408 af 13. december 2021
- Beskæftigelsesudvalget 2012-13 L 53, endeligt svar på spørgsmål 21
- Beslutningsforslag B194, Samling 2008-09
- L181, samling 1995-96;
 - *Forslag til lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.*
- L 270, samling 1996-97;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om social bistand og lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel.*
- L136, samling 2000-01;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om aktiv socialpolitik og andre love.*
- L40 af 22.10.2003;
 - *Forslag til Lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.*
- L92, samling 2004-05;

- *Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven).*
- L233, samling 2005-06;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, lov om aktiv socialpolitik, lov om fleksydelse, lov om betaling for uddannelse i forbindelse med visse tilbud efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats m.m. og ligningsloven.*
- L53, samling 2012-13;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, lov om aktiv socialpolitik, lov om social pension og forskellige andre love.*
- L221, samling 2017-18;
 - *Forslag til lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap.*
- L209, samling 2018-19;
 - *Forslag til Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats*

Danske domme:

- U 2010.1748 V – Vestre Landsrets dom af 12. marts 2010 – Advokatsekretæren
- U 2010.2303 Ø – Østre Landsrets dom af 5. maj 2010 - Cafémedarbejderen
- U 2014.1875 V – Vestre Landsrets dom af 27. marts 2014 – Isbryderordningen
- U 2014.3592 H – Højesterets dom af 12. september 2014 - Social- og sundhedsassistenten
- U 2015.3301 H – Højesterets dom af 23. juni 2015 – (piskesmæld)
- U 2018.830 H – Højesterets dom af 22. november 2017 – (om træthed)
- U 2018.853 H – Højesterets dom af 22. november 2017 - (om svimmelhed)
- U 2020.1799 – Østre Landsrets dom af 28. februar 2020 - Lægeseekretæren

EU-domme:

- Sag C-13/05, Chacón Navas, dom af 11.7.2006
- De forenede sager C-335/11 og C-337/11 Ring og Werge, dom af 11. 4.2013
- Sag C-395/15, Daouidi, dom af 1.12.2016
 - Herunder: Y. Bot, Generaaladvokaten; *Forslag til afgørelse fra fremsat den. 26. maj 2016 i Sag C-395/15.*
- Sag C-354/13, Kaltoft, dom af 18.12.2018

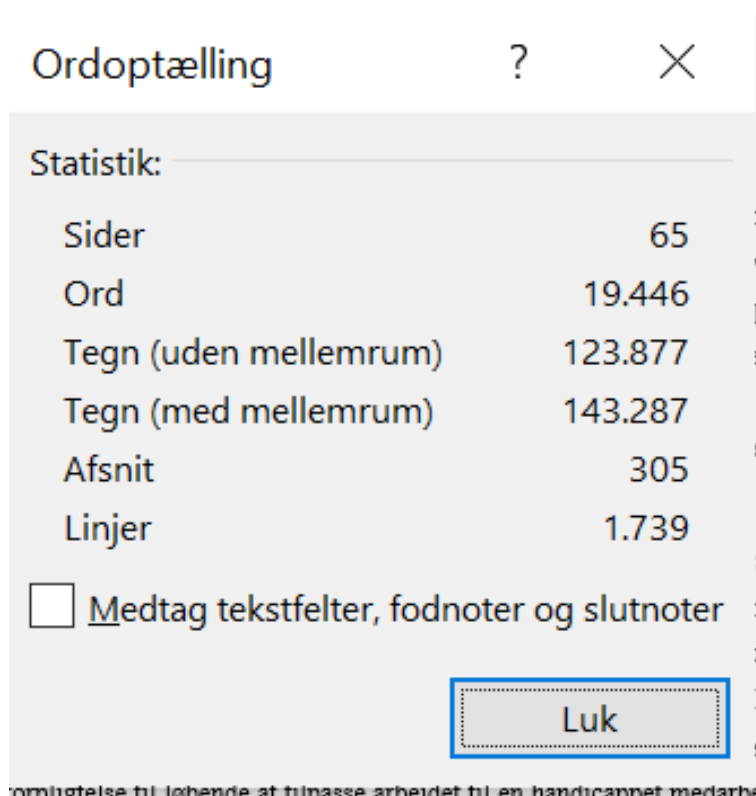
Ligebehandlingsnævnets afgørelser:

- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 2500023-10, (2011) – SOSU-assistenten
 - KEN nr 10124 af 02/03/2011
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 7100175-12 (2012) – Alarmoperatøren
 - KEN nr. 9877 af 01/06/2012
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 7100592-12, (2013) – Advokatsekretæren
 - KEN nr 9841 af 25/09/2013
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 2017-6810-34074 (2018) - Vejlederen
 - KEN nr 9265 af 21/03/2018
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 18-6273 (2018) – Socialrådgiveren
 - KEN nr 9739 af 30/08/2018
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 2017-6810-42946 (2018) – Specialklasselæreren
 - KEN nr 9399 af 23/05/2018
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 18-69701 (2019) - It-medarbejderen
 - KEN nr 9622 af 26/06/2019
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J. nr. 19-27119 (2019) – Ingeniøren
 - KEN nr 9054 af 11/12/2019
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-13033 (2020) – Ordblindeunderviseren
 - KEN nr 9530 af 17/06/2020
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-18141 (2020) – Den fuldmægtige
 - KEN nr 9677 af 13/08/2020
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-34996 (2020) – Pædagogmedhjælperen
 - KEN nr 9792 af 30/09/2020
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-41760 (2020) – Pædagogen1
 - KEN nr. 9152 af 20/02/2020
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse J.nr. 19-47260 (2021) – Pædagogen2
 - KEN nr 9695 af 23/08/2021

Ankestyrelsens principafgørelser:

- Ankestyrelsens principafgørelse 10-11
 - KEN nr. 10049 af 31/01/2011
- Ankestyrelsens Principafgørelse N-08-07
 - KEN nr. 11190 af 27/09/2007

Antal anslag:



Ordoptælling ? X

Statistik:

Sider	65
Ord	19.446
Tegn (uden mellemrum)	123.877
Tegn (med mellemrum)	143.287
Afsnit	305
Linjer	1.739

Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter

Luk

omhøvelse til løbende at tilpasse arbejdet til en handicappet medarbejder