

Diskrimination af fleksjobbere – hvordan manifesteres forskelsbehandling af fleksjobbere på arbejdsmarkedet

(Discrimination Against Flexworkers – How
Differential Treatment of Flexworkers Manifests in
the Labor Market)

Kandidatspeciale

Af Frederik Søes Wittendorf

Vejleder: Bjørn Holtze

Afleveringsdato: 16. maj 2024

Studienummer: 20193173

Anslag: 141.249



Abstract

The flexjob scheme was incorporated into Danish law in 1998. Since then, it has become a significant part of the Danish labor market, with approximately 97,000 individuals currently covered by the scheme in 2024. The purpose of the scheme is to provide opportunities for individuals with permanent or significantly reduced work capacity to participate in the labor market. Flexjob workers are often more vulnerable than other workers during downsizing, restructurings etc., due to their need for special accommodations, such as reduced working hours or a reliance on specific equipment.

The thesis explores the conditions under which flexjob workers are protected under the Danish Anti-Discrimination Act and how discrimination against flexjob workers manifests in the labor market. Flexjob employees, who have reduced work capacity, often face significant barriers during the process of hiring, throughout their employment, and upon termination. The thesis employs the judicial dogmatic method, examining legislation, case law, and administrative decisions to understand the practical implications of anti-discrimination protection for flexjob workers.

Chapter 2 provides an overview of the flexjob scheme, detailing the criteria that must be met for an individual to be eligible for a flexjob and the history of the scheme.

Chapter 3 delves into the historical development of the Anti-Discrimination Act, its scope, and the interpretation of concepts of disability by the EU Court of Justice, focusing on the employer's duty to accommodate any special needs.

Chapter 4 analyzes how discrimination against flexjob workers occurs in the labor market, using specific cases from the Danish Board of Equal Treatment to illustrate instances of discrimination before, during and at end of employment.

Chapter 5 examines the calculation of compensation for flexjob workers, discussing the uncertainties in the current legal state and offering predictions for future compensation practices. This assessment is based on a series of rulings rendered by the Eastern High Court and the Western High Court, which created an uncertain legal precedent, after which the Supreme Court addressed the issue in its ruling of March 12, 2024.

The thesis concludes that while there are legal frameworks in place to protect flexjob workers, practical challenges and inconsistencies in their application remain. The analysis of key court rulings in chapter 5 reveals a need for clearer guidelines to ensure fair and equitable treatment of flexjob workers.

Indholdsfortegnelse

Abstract	1
Kapitel 1 – Indledning.....	5
1.1 Problemformulering	6
1.2 Metode og retskilder	6
1.3 Afgrænsning.....	8
Kapitel 2 – Fleksjobordningen	9
2.1 Det danske arbejdsmarked i historisk perspektiv	9
2.2 Grundlaget for fleksjobordningen og den historiske udvikling.....	10
2.3 Fleksjobordningen.....	12
2.3.1 Varighed og væsentlighed	13
2.3.2 Fastholdelsesfleksjob	14
2.3.3 Midlertidige fleksjob	14
2.3.4 Løn- og arbejdsvilkår i fleksjobbet.....	15
2.4 Opsummering.....	18
Kapitel 3 – Forskelsbehandlingsloven	19
3.1 Historisk perspektiv	19
3.2 Anvendelsesområde for forskelsbehandlingsloven.....	21
3.3 Forbuddet mod forskelsbehandling.....	23
3.3.1 Direkte forskelsbehandling	23
3.3.2 Indirekte forskelsbehandling.....	24
3.3.3 Bevisbyrden i Forskelsbehandlingsloven	25
3.4 Handicapbegrebet.....	27
3.4.1 Handicapbegrebet i praksis	28
3.4.2 Opsummerende om handicapbegrebet.....	32
3.5 Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse	33
3.5.1 Arbejdsgiveren viden om handicappet	34
3.5.2 Kompetent, egnet eller disponibel	35
3.5.3 Hensigtsmæssige foranstaltninger	36
3.5.4 Uforholdsmæssig byrde	37
3.6 Opsummering af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse	38
Kapitel 4 – Forskelsbehandling af fleksjobbere på arbejdsmarkedet	39
4.1 Forskelsbehandling af fleksjobbere før ansættelsen	40
4.1.1 Ligebehandlingsnævnet afgørelse J.nr. 18-69701, Ansøgeren	40

4.1.2 Ligebehandlingsnævnes afgørelse j.nr. 19-41760, Pædagogen	40
4.1.3 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-32870, Mystery shopper	41
4.1.4 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 22-28906, Servicehunden	42
4.1.5 Del konklusion – forskelsbehandling før ansættelsen	43
4.2 Forskelsbehandling af fleksjobbere under ansættelsen.....	43
4.2.1 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-45650, Jubilæumsgratiale	44
4.2.2 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 20-40871, Uddannelseskonsulenten.....	44
4.2.3. Vestre Landsrets dom, U 2010.1748V, Advokatsekretæren	45
4.2.4. Del konklusion – forskelsbehandling under ansættelsen	46
4.3 Forskelsbehandling af fleksjobbere ved ophør af ansættelsen.....	48
4.3.1 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 18-66468, Plejehjemsassistenten	48
4.3.2 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 19-32214, Læreren.....	48
4.3.3 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-49064, Projektmedarbejderen	49
4.3.4 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-28328, Fagforeningen	50
4.3.5 Del konklusion – forskelsbehandling ved ansættelsens ophør	51
Kapitel 5 – Udmåling af godtgørelse	52
5.1 Østre Landsrets afgørelse af 14. december 2022 – U 2023.1434Ø	53
5.2 Vestre Landsrets afgørelse af 23. marts 2023 – U 2023.2841V	55
5.3 Vestre Landsrets afgørelse af 29. marts 2023 – U 2023.2831V	56
5.4 Højesterets afgørelse af 12. marts 2024 (U 2024.2491 og U 2024.2472)	57
5.4.1 Sammensætningen af godtgørelsen	57
5.4.2 Er godtgørelsen i strid med forbuddet mod forskelsbehandling.....	58
5.4.3 Er der grundlag for at forhøje godtgørelsen	59
5.5 Fremtidens godtgørelser for fleksjobbere.....	60
5.6 Del konklusion.....	61
Kapitel 6 – Konklusion.....	62
Kapitel 7 – Litteraturliste	65
7.1 Bøger	65
7.2 Hjemmesider.....	65
7.3 Vejledninger	65
7.4 Ankestyrelsens principafgørelser	65
7.5 Internationale og EU-kilder.....	66
7.6 Lovgrundlag	66
7.7 Lovforarbejder	66

7.8 Danske afgørelser	66
7.9 EU-afgørelser	67
7.10 Ligebehandlingsnævnets afgørelser	67
Kapitel 8 – Bilag	68
8.1 Bilag 1 – Skærmbillede af anslag	68

Kapitel 1 – Indledning

Fleksjobordningen blev vedtaget i dansk ret i 1998. Sidenhen er fleksjobordning blevet en væsentlig del af det danske arbejdsmarked, hvorfor omkring 97.000 personer i dag er omfattet af ordningen, svarende til knap 3,2 pct. af den samlede arbejdsstyrke.¹ Formålet med ordningen er at sørge for, at personer med en varig eller væsentlig nedsat arbejdsevne alligevel har muligheden for at indgå i arbejdsmarkedet. Personer i fleksjob vil som ofte være særligt udsatte i forhold til øvrige medarbejdere ved tilfælde af nedskæringer og omrokinger, fordi de ofte vil have en form for skånehensyn som f.eks. kan bestå i nedsat arbejdstid eller en afhængighed af et særligt arbejdsredskab. Men hvordan beskytter forskelsbehandlingsloven disse mennesker, og hvilke udfordringer møder fleksjobbere i praksis? Specialet vil undersøge netop disse spørgsmål og vil forsøge at afdække, hvordan diskrimination af fleksjobbere manifesterer sig på arbejdsmarkedet, *før, under* og ved ansættelsens *ophør*.

Formålet med specialet er at belyse, hvornår fleksjobbere er omfattet af forskelsbehandlingsloven, og hvordan diskrimination af fleksjobbere kan tage form på arbejdsmarkedet. Forskelsbehandlingsloven beskytter personer på baggrund af en lang række kriterier, f.eks. alder, race og handicap. Fleksjobbere vil i praksis næsten altid være omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens fortand, da kriterierne for bevilling af et fleksjob efter lov om en aktiv beskæftigelse minder meget om de kriterier, der skal til for at være omfattet af handicapbegrebet efter forskelsbehandlingsloven.

Gennem en juridisk analyse baseret på den retsdogmatiske metode, undersøger specialet både lovgivnings udvikling og konkrete domme og afgørelser, der sætter rammerne for arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

Ved at undersøge forskelsbehandlingslovens historiske udvikling og anvendelse, især i relation til EU-Domstolens forståelse af handicapbegrebet, søger specialet at afdække de udfordringer, der finder sted i praksis. Der er forsat mange sager om forskelsbehandling af fleksjobbere, hvilket kan indikere en uklarhed omkring omfanget af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven, og problemer med anvendelsen af reglerne.

Specialet analyserer blandt andet udmålingen af godtgørelse til fleksjobbere efter forskelsbehandlingsloven i tilfælde af usaglig opsigelse. På baggrund af Højesterets afgørelse af 12. marts 2024 er en udmålingsmodel fastlagt og på baggrund af dette vil specialet vurdere, hvordan fremtidens godtgørelse på området kan se ud.

Det er ydermere håbet, at specialets konklusioner kan bidrage til en bedre forståelse og forbedring af fleksjobberes rettigheder på arbejdsmarkedet.

¹ <https://www.jobindsats.dk/databank/ydelser/fleksjob/personer-forlob-og-udgifter/antal-personer-og-fuldtidspersoner/> (03-03-2024, af Jobindsats)

1.1 Problemformulering

Specialet vil i sin helhed undersøge, hvornår fleksjobbere omfattes af forskelsbehandlingsloven, og hvordan forskelsbehandling af fleksjobbere i arbejdsmarked forstås og analyseres.

Kandidatspecialets problemformulering har således følgende ordlyd:

"Hvilke kriterier skal opfyldes for at fleksjobbere er omfattet af forskelsbehandlingsloven, og på hvilke måder kan forskelsbehandling af fleksjobbere manifestere sig på arbejdsmarkedet?"

1.2 Metode og retskilder

Ved udarbejdelsen af dette kandidatspeciale anvendes den retsdogmatiske metode, ofte kaldet den juridiske metode, til at undersøge og analysere de retlige problemstillinger forbundet med diskrimination af fleksjobbere. Ved brug af den juridiske metode findes gældende ret, de lege lata.² Den juridiske metode kan siges at bestå i at fastlægge det relevante faktum, fastlæggelse af den relevante regel og fastlæggelse af resultatet.³ Den retsdogmatiske metode er central inden for den juridiske forskning og fokuserer på systematisk fortolkning og analyse af retskilderne. Disse retskilder omfatter bl.a. lovgivning og dets forarbejder, retspraksis og juridisk litteratur.

I forhold til lovgivning indledes specialet med en redegørelse for den del af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, som indeholder fleksjobordningen. Herefter vil specialet indeholde en gennemgang af forskelsbehandlingsloven og dets relevante bestemmelser, herunder vil lovens anvendelsesområde og de specifikke forbud mod diskrimination, der er relevante for fleksjobbere, blive analyseret. Der vil også blive inddraget anden relevant EU-lovgivning, der kan have betydning for fortolkningen af forskelsbehandlingsloven, herunder direktiver som beskæftigelsesdirektivet.⁴ Loven er som udgangspunkt placeret højere i retskildehierarkiet end øvrige retskilder, som f.eks. bekendtgørelser⁵, hvorfor betydningen af denne typer af retskilder, vægter højt i specialet.

For at opnå en dybere forståelse af lovgivers intentioner, vil forarbejder til de forskellige love, herunder forarbejder til lov om en aktiv beskæftigelsesindsats og forskelsbehandlingsloven blive undersøgt. Forarbejderne kan give en god indsigt i de bagvedliggende formål med lovens bestemmelser og hvordan lovgiver har tiltænkt, at bestemmelserne skal anvendes i praksis. Det er vigtigt at bemærke, at lovforarbejder i sig selv ikke udgør en retskilde, men bidrager til forståelsen af loven.⁶

² Munk-Hansen, Carsten: *Den juridiske løsning*, 1. udgave, 2. oplag, 2017, s. 11.

³ Munk-Hansen, Carsten: *Den juridiske løsning*, 1. udgave, 2. oplag, 2017, s. 11.

⁴ Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

⁵ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, 2018, s. 289.

⁶ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, 2018, s. 293.

I forbindelse med fortolkning af retskilderne, der bruges i specialet, vil specialet gøre brug af ordlydsfortolkning og subjektiv fortolkning. Ordlydsfortolkning tager udgangspunkt i den naturlige forståelse af sprogbruget og ordet, eller sagt med andre ord, den »sædvanlige forståelse«. Det betyder, at ordets betydning og konteksten, hvori ordet indgår, vil have betydning for fortolkningen.⁷ Den subjektive fortolkning tager derimod udgangspunkt i hensigten med de fortolkede regler⁸, altså – hvad var lovgiver hensigt, da reglerne blev udformet. Denne type af fortolkning, vil særligt anvendes, når lovens forarbejder bliver taget i brug, for at redegøre for og forstå hensigten bag bestemmelserne i loven.

Dernæst foretages en analyse af dansk og europæisk retspraksis for at identificere, hvordan domstolen har håndteret sager relateret til diskrimination af fleksjobbere. Denne analyse vil udgøre en betydelig del af specialet, og der vil derfor inddrages domme af forskellig retskildemæssig værdi som f.eks. landsretten, Højesteret og EU-Domstolen. Inddragelsen af retspraksis i analysen er særligt relevant, da domspraksis i nogle tilfælde skaber præjudikat for fremtidige domme⁹, hvilket betyder, at en konkret dom kan være med til skabe fundamentet for udfaldet i lignende fremtidige domme. Der er derfor ved inddragelse af retspraksis større sandsynlighed for, at en retsstilling findes. Analysen vil være behjælpelig med at belyse, hvordan loven anvendes i praksis og finde frem til, hvilke retlige standarder, der er etableret på området.

I forlængelse af domspraksis, vil også administrativ praksis analyseres. Det administrative praksis vil bestå af afgørelse afsagt af Ligebehandlingsnævnet, og disse afgørelser bidrager som et vigtigt fortolkningsbidrag, når retstilstanden skal fastlægges. Der bemærkes, at administrativ praksis de facto ikke er bindende for domstolene, men domstolene som udgangspunkt følger den administrative praksis, medmindre praksis er fejlagtig.¹⁰

Kritisk gennemgang og diskussion af eksisterende juridisk litteratur vil også være en del af analysen. Heri er der tale om akademiske artikler, kommentarer og bøger, som diskuterer diskrimination generelt, men også specifikt ift. fleksjobbere. Litteraturen vil blive brugt til at understøtte eller udfordre den fundne retspraksis og lovgivningsmæssige fortolkninger, men anses ikke i sig selv for at have retskildemæssig værdi.¹¹

⁷ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, 2018, s. 298.

⁸ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, 2018, s. 299.

⁹ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, 2018, s. 321.

¹⁰ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, 2018, s. 232

¹¹ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, 2018, s. 372.

1.3 Afgrænsning

Specialets problemformulering forsøgs besvares fyldestgørende, men grundet begrænset omfang, vil specialet skulle afgrænses.

Diskrimination af fleksjobbere indeholder aspekter fra både socialretten og ansættelses- og arbejdsretten. Specialet har fokus på særligt de ansættelses- og arbejdsretlige problematikker, henset til diskrimination af fleksjobbere før, under og ved ophør af ansættelsen.

Specialets redegørende del vil kortvarigt berøre det socialretlige område, men kun det omfang det relaterer til de arbejdsgiverforpligtelser, der er fastsat i forskelsbehandlingsloven. Derfor vil specialet i denne del primært fokusere på de aspekter af fleksjobansættelsen, som er relevante for at besvare problemformuleringen. I overensstemmelse hermed vil både jobcenteret og visitationsprocessen gennemgås, og ligeledes vil gennemgangen af de forskellige elementer af fleksjobordningen overfladisk redegøres for.

Videre i den redegørende del, vil forskelsbehandlingslovens regler redegøres for, herunder anvendelsesområdet og de regler, som vurderes at have særlig betydnings for besvarelsen af problemformuleringen. Særligt handicapbegrebet er vigtigt i relation til fleksjobbere, hvorfor denne del vil være en mere omfattende del af redegørelsen. Andre love som f.eks. funktionærloven og ligestillingsloven vil ikke inddrages i betydeligt omfang.

Specialets primære fokusområde vil være diskrimination ved ansættelsesforholdets afslutning, særligt vedrørende opsigelse og godtgørelse, men for at give det mest retvisende billede af den oplevede diskrimination, vil specialet kort behandle diskrimination før og under ansættelsesforholdet, hvorefter den primære fokus igen vil være på ansættelsesforholdet afslutning.

Ved en analyse af problematikkerne før og under ansættelsesforholdet, vil udvalgte domme og administrativ praksis danne grundlag for en analyse, der vil belyse hvilke typer diskrimination, som fleksjobbere kan blive udsat for.

Den sidste del af analysen og det primære fokus for specialet, vil omhandle diskrimination af fleksjobbere ved ansættelsesforholdets ophør. I denne del af specialet vil særligt fire domme fra henholdsvis Vestre Landsret, Østre Landsret og Højesteret inddrages, for at finde frem til retstilstanden for godtgørelsesudmåling.

Specialets afgrænsning er tilrettelagt på ovenstående måde, for bedst muligt at tilrettelægge og belyse problemformuleringen. Derfor er der valgt problemstillinger, som findes essentielle for at undersøge den diskrimination, der kan ramme fleksjobbere før, under og ved ophør af deres ansættelsesforhold.

Kapitel 2 – Fleksjobordningen

2.1 Det danske arbejdsmarked i historisk perspektiv

Indledningsvist redegøres kort for den danske model, og hvordan udviklingen på det danske arbejdsmarked har været drivende bag fleksjobordningen.

Arbejdsmarkedet i Danmark er baseret på den danske model, som er båret af tre søjler. De tre søjler, som ligger til grund for den danske model, er henholdsvis: *trepartssamarbejdet*, *kollektive overenskomster* og en *høj grad af organisering*.

Trepartssamarbejdet er vidtgående og vedrører alle dele af arbejdsmarkedet. Den danske beskæftigelsespolitik omhandlende f.eks. lønvilkår, arbejdsmiljø og jobformidling bliver udarbejdet i et udstrakt samarbejde mellem staten og arbejdsmarkedets parter. Ved udarbejdes et nyt lovforslag, som vedrører det danske arbejdsmarked, vil lovforslaget ofte blive sendt i høring hos både statslige og private interessenter.

De kollektive overenskomster regulerer hvilke løn- og arbejdsvilkår, der skal gælde for ansatte i en virksomhed eller en branche. Parterne vil i de fleste tilfælde består af en kollektivitet af lønmodtagere på den ene side, ofte fagforeninger, og på den anden side en enkelt arbejdsgiver eller en arbejdsgiverorganisation. Den danske stat blander sig som hovedregel ikke i løn- og arbejdsvilkår i det omfang, at arbejdsmarkedet parter selv kan finde en ansvarlig løsning.

En høj grad af organisering på arbejdsmarkedet er nødvendig, for at de to overnævnte elementer har en reel effekt. Hvis der er en lav organiseringsgrad, har fagforeningerne en ringe forhandlingsposition og de kollektive overenskomster vil gælde et fåtal. Den danske organiseringsgrad er fortsat på et højt niveau. Seneste tal fra Danmarks Statistik viser, at ca. 1.915.000 lønmodtagere (64,7%) (2021) er organiserede.¹²

Foruden en høj organiseringsgrad, er der i Danmark rekordhøj beskæftigelse. I en pressemeddelelse fra Beskæftigelsesministeriet d. 20-10-2023, kunne Ministeriet meddele, at der er mere end 3.000.000 beskæftigede på det danske arbejdsmarked.¹³

Simultant med at beskæftigelsen har været støt stigende, sker der på national plan en stigning i sygemeldinger. Det blev eksempelvis i første kvartal af 2023 tilkendt mere end 16.000 førtidspensioner, som er det højeste tal i over 20 år.¹⁴ Denne generelle stigning i sygdom på arbejdsmarked forsøger man fra politisk side at imødekomme med flere tiltag, herunder fleksjobordningen. I næste afsnit, beskrives grundlaget for fleksjobordningen og udviklingen heraf.

¹² <https://www.dst.dk/da/Statistik/nyheder-analyser-publ/nyt/NytHtml?cid=46006> (20-03-2024)

¹³ <https://bm.dk/nyheder/pressemeddelelser/2023/10/aldrig-set-foer-3-millioner-i-beskaeftigelse/> (22-03-2024)

¹⁴ <https://via.ritzau.dk/pressemeddelelse/13742310/ny-analyse-antallet-af-nye-fortidspensionister-slar-rekord-nogle-kommuner-tildeler-i-stor-stil?publisherId=13559667&lang=da> (22-03-2024)

2.2 Grundlaget for fleksjobordningen og den historiske udvikling

Fleksjobordningen blev indført i 1998 med henblik på at skabe muligheder for personer med nedsat erhvervsevne. Tanken var at disse kunne arbejde på almindelige vilkår hos private og offentlige virksomheder. Særligt blev fokuseret på gruppen af personer, som har en nedsat erhvervsevne og ikke havde mulighed for at varetage et fuldtidsarbejde, men stadigvæk havde et ønske om at bidrage.¹⁵ Yderligere var formålet at styrke virksomhedernes sociale medansvar, at reducere tilgangen i førtidspension og slutteligt at ydes støtte til personer med begrænsninger i arbejdsvejen, eksempelvis ved at yde støtte til arbejdsredskaber og værktøj.¹⁶

Fleksjobordningen er gennem tiden undergået en række ændringer for at imødekomme behovene hos personerne med nedsat erhvervsevne, og for at tilpasse sig ændringerne i det danske samfund og arbejdsmarkedet generelt.

Fleksjobordningen blev revideret i 1998, hvori ændringerne omfattede regler for ansættelse og støtte til personer i fleksjob, f.eks. ovenstående tiltag om arbejdsredskaber.

I 2001 blev der indført ændringer fleksjobordningen, atter med henblik på at styrke mulighederne for personer med nedsat erhvervsevne, og sikre, at disse kunne komme ind på arbejdsmarkedet og forblive i beskæftigelse. Dette skete som led i forhandlingen af en ny førtidspensionsreform, hvor tanken var, at der skulle laves et socialt system, hvor aktivitetsrettet indsats har fortrin for passiv forsørgelse.¹⁷ Yderligere var det hensigten, at personer, der bliver visiteret til fleksjob, skulle have vilkår, som så vidt muligt er tilsvarende de vilkår og rettigheder øvrige personer på arbejdsmarkedet har.¹⁸ Heri var lovgiver særligt opmærksom på princippet om *varig nedsat erhvervsevne*, og inddragelsen af de sociale kapitler, inden der kunne ske fleksjobvisitering.¹⁹

I 2006 ved en større revision af fleksjobordningen, var formålet at sikre, at fleksjobordningen blev anvendt på en sådan måde, at den var i overensstemmelse med sit oprindelige formål, og at ledigheden for fleksjobvisiterede skulle nedbringes. Visitationsordningen blev forbedret og kommunen skulle efter lovændringen kunne dokumentere deres grundlag for afgørelse, og kunne kommunen ikke dette, mistede kommunen refusion fra staten i en treårig periode. De vigtigste ændringer ved revisionen var at etablere et individuelt kontaktførelse, retten til 6 ugers selvvalgt uddannelse, og nye ændring som betød, at kommunen mistede refusionen af den udbetalte ydelse, når den fleksjobvisiterede person var ledig i mere end 18 måneder.²⁰

I 2013 indgik et bredt flertal i folketinget en reform af førtidspension og fleksjobordningerne, denne gang med formålet om at flere skulle have en tilknytning til arbejdsmarkedet og forsøge sig selv, og at færre personer

¹⁵ Lov nr. 270, samling 1996-1997, almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 5711.

¹⁶ Lov nr. 270, samling 1996-1997, almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 5711.

¹⁷ Passiv forsørgelse kan være de tilfælde, hvor en person modtager en form for økonomisk støtte fra staten uden at skulle udføre noget arbejde eller deltage i en form for beskæftigelse.

¹⁸ Lov nr. 136, samling 2000-2001, almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 3088.

¹⁹ Lov nr. 136, samling 2000-2001, almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 3090.

²⁰ Lov nr. 233, samling 2005-2006, almindelige bemærkninger til lovforslaget, spalte 7749.

skulle ende på passiv forsørgelse.²¹ Tilskuddet skulle omlægges og den tidligere tilskudsmodel, hvor de højest lønnede fik det største tilskud blev vendt om. Tilskuddet blev i stedet reguleret efter lønnen. Den nye model betød, at det var de lavest lønnede, som fik mest i tilskud.

Personen i fleksjob fik efter reformen d. 1. januar 2013 løn direkte fra deres arbejdsgiver for det antal timer som der reelt arbejdes på virksomheden. Denne løn fra arbejdsgiveren bliver suppleret med et fleksjobtilskud fra kommunen, og dette fleksjobtilskud fra kommunen falder, når lønnen fra arbejdsgiveren stiger. Hvorimod personer i fleksjob før d. 1. januar 2013 fik hele lønnen fra arbejdsgiveren, og arbejdsgiveren modtog herefter enten 1/2 eller 2/3 af lønnen i kompensation fra kommunen.

Borgeren i fleksjob skulle fremover have mere indflydelse og et rehabiliteringsteam skulle oprettes i alle kommuner. Idéen bag rehabiliteringsteamet var, at der skulle laves en mere konkret og helhedsorienteret indsats for den enkelte borger. Samtidigt blev det bestemt, at der skulle være skærpede krav til opfølgning og evaluering af fleksjobbere for at sikre, at de fik den nødvendige støtte og vejledning, der skulle øge tilknytningen til arbejdsmarkedet.²²

Reformen betød også, at der i dag er to forskellige fleksjobsystemer. Det gamle system gælder for så vidt stadigvæk, hvis den fleksjobansatte var ansat før reformens ikrafttræden d. 1. januar 2013. For fleksjobansættelser tilkendt efter d. 1. januar 2013 gælder de nye regler, som trådte i kraft efter reformen.

I det næste afsnit, vil specialet fokusere på målgruppen for fleksjob og de kriterier som skal være opfyldt, før der kan visiteres til fleksjob efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats.

²¹ Lov nr. 53, samling 2012-2013, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 24.

²² Lov nr. 53, samling 2012-2013, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 25.

2.3 Fleksjobordningen

I det nærværende afsnit behandles målgruppen for fleksjobordningen og hvilke kriterier der skal være til stede, før en person kan visiteres til fleksjob. Målgruppen og kriterierne for tilkendelse af fleksjob findes i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats kapitel 20.

Målgruppen for fleksjob fremgår af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116. Det fremgår af bestemmelsen stk. 1, at:

Fleksjob er en ordning for personer, som ikke kan opnå eller fastholde beskæftigelse på normale vilkår på arbejdsmarkedet, og som ikke modtager førtidspension eller seniorenpension efter lov om social pension eller lov om højeste, mellemste, forhøjet almindelig og almindelig førtidspension m.v., som ikke har udnyttet sin ret til tidlig pension, jf. § 26 g i lov om social pension, eller og som er under folkepensionsalderen, jf. § 1 a i lov om social pension. Det er en betingelse, at personen har varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen.

Opsummerende fortæller bestemmelsen, at det er muligt at blive visiteret til fleksjob, hvis personen der skal visiteres, er under folkepensionsalderen, personen ikke modtager førtidspension, ikke har udnyttet sin ret til tidlig pension, og at personen har *varige og væsentlige* begrænsninger i arbejdsevnen.

Derudover fremgår det af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116, stk. 2, at personer, der aktuelt har en meget begrænset arbejdsevne kan blive visiteret til fleksjob, hvis der er mulighed for, at deres arbejdsevne inden for en rimelig periode kan udvikles.

Bestemmelsen betyder, at hvis personens erhvervsevne er varigt og væsentligt nedsat, men der mulighed for, at dennes arbejdsevne kan udvikles og at personen kan øge sin arbejdsindsats inden for en periode, kan denne visiteres til fleksjob. Er arbejdsevnen på niveau med det, som ville kunne tilkendes en førtidspensionist, er dette som udgangspunkt alternativet til førtidspension.²³

Det fremgår dernæst af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116, stk. 3, at fleksjob først kan tilbydes, når alle relevante tilbud efter loven, samt andre foranstaltninger er afsøgt. Det betyder således, at fleksjob først kan tilbydes, når jobcenteret har afsøgt alle andre muligheder - herunder aktiveringstilbud²⁴, omplacering, ressourceforløb mv.²⁵

²³ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 130.

²⁴ Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats indeholder en lang række af aktiveringstilbud, f.eks. virksomhedspraktik.

²⁵ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 130.

Når ovenstående er afsøgt, rettes fokus i stedet mod kriterierne i fleksjobvisitationen. Kriterierne fremgår af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 118, stk. 2. Det fremgår af bestemmelsen, at der skal foreligge dokumentation for følgende:

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

Ovenstående dokumentation fastsættes som led i udarbejdelse af rehabiliteringsplanens forberedende del, som udarbejdes af rehabiliteringsteamet. Jobcenteret skal herefter, efter indstilling af rehabiliteringsteamet, træffe afgørelse om, hvorvidt personen skal visiteres fleksjob.²⁶

2.3.1 Varighed og væsentlighed

Problemet med vurderingen opstår imidlertid ofte ved vurdering af varighed- og væsentlighedsbegreberne.

Vurderingen skal ske i overensstemmelse med Ankestyrelsen praksis, særligt med henvisning til Ankestyrelsens principmeddelelse N-11-06, hvori spørgsmålet om væsentlig nedsættelse af arbejdsevnen blev vurderet.²⁷

Det fremgik af N-11-06, at kommunen havde givet afslag på et fleksjob. Afslaget var begrundet i, at kommunen mente ansøgeren til fleksjobbet ikke havde en væsentlige begrænsning i erhvervsevnen. Kommunen havde beregnet, at ansøgeren havde en erhvervsevne på 70 pct., som var beregnet ud fra det antal timer, som ansøgeren var i arbejde.

Dette blev bestridt at det sociale nævn, der mente, at ansøgeren var berettiget til fleksjob. Dette var begrundet i, at der efter deres vurdering, ikke var grundlag for yderligere revalideringsmuligheder og at arbejdsevnen fandtes at være varigt nedsat.

Ankestyrelsen behandlede således sagen principielt, så det kunne afklares, hvilken betydning et udregnet antal beskæftigelsestimer kan tillægges ved vurdering af arbejdsevnen, jf. daværende lov om en aktiv beskæftigelsesindsats §§ 69 og 70 (nuværende § 118).

Ankestyrelsen fandt, at arbejdsevne ikke alene kunne vurderes på grundlag det antal timer, som den pågældende ansøger ikke kunne arbejde, men derimod skulle det også indgå, hvilket beskæftigelsesniveau

²⁶ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 131.

²⁷ KEN nr. 10973 af 29-09-2006.

ansøgeren har. Ankestyrelsen vurderes således, at den nedsatte arbejdsevne både kunne vise sig ved, at den pågældende ansøger ikke kunne arbejde fuldt effektivt på fuld tid, men og ved at den pågældende ansøger kunne arbejde fuldt ud effektivt på nedsat til.

Ankestyrelsen fandt også i sagen, at der ikke alene kunne lægges vægt på den samlede arbejdstid, som personen var i stand til at arbejde. Der måtte også lægges vægt på øvrige faktorer, som f.eks. smerter og bevægelsesindskrænkninger som betød, at arbejdshastigheden var stærkt nedsat.

Konklusionen på N-11-06 er således, at ved vurderingen af arbejdsevnen indgår ikke blot antallet af arbejdstimer, men også arbejdspræsentationen.²⁸

2.3.2 Fastholdelsesfleksjob

Det fremgår af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 119, stk. 1, at en person der har mere end 6 år til folkepensionsalderen, kun kan blive ansat i fleksjob på den hidtidige arbejdsplads, hvis personen forinden tilkendelse af fleksjob har været ansat på denne arbejdsplads i mindst 12 mdr. under overenskomsten sociale kapitler²⁹ eller på særlige vilkår. Derudover skal den pågældende opfylde betingelserne for fleksjob i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116. Undtagelsen til stk. 1 er, hvis ansatte har været udsat for akut opstået sygdom eller skade, og at det er uden formål at gennemfører foranstaltninger med henblik på job efter overenskomsten sociale kapitler eller på særlige vilkår, jf. lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 119, stk. 3.

Undtagelsen i stk. 3, skal ses i lyset af Ankestyrelsens principafgørelse 35-15. I principafgørelsen fra 2015 afklarede Ankestyrelsen, om der var konkrete sygdommen, som var omfattet af bestemmelsen. I dette tilfælde vurderede Ankestyrelsen, at Parkinsons var en af de sygdomme, der kunne omfattes af bestemmelsen. Begrundelsen herfor var blandt andet, at sygdommen er af så alvorlig og gradvis fremskyndende karakter, at det virker umiddelbart formålsløst at foretage foranstaltninger med henblik på job efter overenskomstens sociale kapitler eller på særlige vilkår.³⁰

2.3.3 Midlertidige fleksjob

Fleksjob bevilliges som hovedregel i fem år. Efter det fem år er gået, tager jobcenteret igen stilling til, hvorvidt personen opfylder betingelserne i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116, for at igen at bevilliges et nyt fleksjob, jf. lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 120, stk. 1.

Denne hovedregel deles i to systemer efter den femårige periode er gået, afhængigt af om fleksjobberen er over eller under 40 år, jf. lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 120, stk. 2.

²⁸ KEN nr. 10973 af 29-09-2006.

²⁹ Overenskomsternes sociale kapitler er de dele af en kollektiv overenskomst, der er indgået mellem arbejdsmarkedets parter (fagforeninger og arbejdsgiverorganisationer) for at fremme inklusion og fastholdelse af medarbejdere med nedsat arbejdsevne.

³⁰ KEN nr. 9744 af 07-07-2015.

Er fleksjobberen under 40 år, skal jobcenteret inden periodens udløb igen tage stilling til, hvis betingelserne i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116 fortsat er opfyldt, om fleksjobbet skal forlænges fem år igen. Er fleksjobberen over 40 år, har jobcenteret mulighed for at bevillige personen et permanent fleksjob, hvis jobcenterets vurdering er, at arbejdsevnen fortsat er nedsat i sådan et omfang, at fleksjobberen ikke kan overgå til ordinære vilkår på arbejdsmarkedet og betingelserne i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116 fortsat er opfyldt.³¹

Vurderingen jobcenteret skal foretage, behøver ikke være unødigt omfattende, hvis det er åbenbart, at fleksjobberens arbejdsevne ikke kan forbedres eller er blevet forværret i perioden.³² Er dette tilfældet, vil jobcenteret være i stand til at bevillige et nyt eller permanent fleksjob uden større sagsbehandling.

2.3.4 Løn- og arbejdsvilkår i fleksjobbet

Det fremgår af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 122, at arbejdsgiveren betaler løn til den fleksjobansatte, for det arbejde, der bliver udført, jf. stk. 3-5. Lønnen suppleres med fleksslønstilskud, der reguleres på baggrund af det lønindtægten og udbetales af kommunen til den ansatte, jf. § 123.

Overordnet betyder dette, at lønnen til fleksjobberen består af lønnen fra arbejdsgiveren og et tilskud fra kommunen.

Vedrørende ansættelsesvilkår, så fortæller stk. 2, at i forbindelse med etablering af fleksjob på en virksomhed, skal jobcenteret hurtigst muligt vurdere arbejdsevnen i fleksjobbet, herunder hvor mange time fleksjobberen kan arbejde, og med hvilken arbejdsintensitet. Denne vurdering, udarbejdes med baggrund i det foreliggende sagsmateriale, herunder rehabiliteringsplanen. Begrebet intensitet i denne sammenhænge betyder f.eks., om den fleksjobansatte har brug for flere pauser eller skal arbejde langsommere grundet en psykisk eller fysisk lidelse.³³

Jobcenteret skal i sin vurdering angive arbejdstiden i timer og intensitet i procenter. Procenterne er et udtryk for det niveau, som personen forventes at kunne arbejde i, i de pågældende timer.³⁴

Vedr. overenskomstdækkede områder, fortæller stk. 3, at løn og øvrige arbejdsvilkår fastsættes efter de kollektive overenskomster, herunder også de sociale kapitler, lokalaftaler, samt bestemmelser om løn- og arbejdsvilkår for ansættelse og fastholdelse af personer i fleksjob.

Overordnet betyder dette, at ansættelser i fleksjob, som etableres på områder, der er overenskomstdækkede, er omfattet af de kollektive overenskomster ligesom ordinære ansættelser.

³¹ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 133.

³² Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 133.

³³ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 134.

³⁴ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 134.

I tilfælde af manglende inkludering eller utilstrækkelig anvendelighed af bestemmelser i kollektive overenskomster med hensyn til lønfastsættelse, kan arbejdsgiver og arbejdstager indgå individuelle aftaler om løn. Disse aftaler kan fravige bestemmelserne om løn og arbejdstid i overenskomsten, så længe det er nødvendigt for at sikre en løn, der er passende i forhold til den ansattes arbejdssevne i et fleksjob, som beskrevet i stk. 2. Efter nærmere aftale med den ansatte kan jobcenteret og den relevante fagforening, der repræsenterer overenskomsten, modtage en kopi af den indgåede aftale om fleksjob. Tvister vedrørende fortolkning og anvendelse af overenskomsterne samt løn- og arbejdsvilkår vil blive behandlet gennem fagretlig proces og endeligt afgjort ved Arbejdsretten, i overensstemmelse med bestemmelserne i § 11, stk. 2, i lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter.

Tvister angående anvendelsen af kollektive overenskomster, herunder spørgsmål om at fravige dem samt om løn og andre arbejdsvilkår - heriblandt konflikter vedrørende arbejdssevnen i fleksjobbet og fastsættelsen af løn og arbejdstid - vil blive behandlet gennem fagretlig procedure i overensstemmelse med gældende regler på området. Disse tvister vil blive endeligt afgjort ved Arbejdsretten eller ved et alternativt aftalt konfliktløsningsorgan for det pågældende område. Hvis parterne i overenskomsten ikke har fastlagt regler for fagretlig behandling, vil Normen træde i kraft. Bestemmelsen i arbejdsretslovens § 11, stk. 2, om muligheden for en lønmodtager at indlede sag ved de almindelige domstole, hvis vedkommende kan dokumentere, at den pågældende fagforening ikke agter at indlede fagretlig behandling af kravet, vil ligeledes være relevant i denne sammenhæng.³⁵

Ifølge de gældende regler i stk. 4, fastsættes løn og andre arbejdsvilkår gennem aftale mellem den ansatte og arbejdsgiveren på områder, der ikke er omfattet af en overenskomst. Når der eksisterer en relevant og sammenlignelig overenskomst på et bestemt område, skal parterne tage denne overenskomst som udgangspunkt. Efter aftale mellem arbejdsgiver og den ansatte modtager jobcenteret en kopi af aftalen om fleksjob. Tilsvarende gælder for den faglige organisation, der repræsenterer den pågældende overenskomst, hvis aftalen bygger på en sammenlignelig overenskomst.

Slutteligt fremgår det af stk. 5, at en ansat i fleksjob, der udfører funktionærarbejde som defineret i lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, jf. lovbekendtgørelse nr. 1002 af 24. august 2017 (funktionærloven), men ikke er underlagt funktionærloven på grund af en arbejdstid på 8 timer eller derunder ugentligt, ansættes af arbejdsgiveren under lignende vilkår som funktionærer. Dette indebærer, at den ansatte opnår en retsstilling, der svarer til den, som følger af funktionærloven.³⁶ Altså, arbejdstiden må gerne variere,

³⁵ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 135.

³⁶ Lov nr. 209, samling 2018-2019, almindelige bemærkninger til lovforslaget, side 135.

så der arbejdes mere end 8 timer en uge og mindre end 8 timer en anden uge. Funktionærstatus er således betinget af en gennemsnitlig arbejdstid på mere end 8 timer pr. uge.

2.4 Opsummering

Ovenstående handler om udviklingen af fleksjobordningen og de kriterier, der styrer tildelingen af fleksjob til personer med nedsat arbejdsevne. Fleksjobordningen blev etableret i 1998 med det formål at integrere personer med nedsat arbejdsevne på arbejdsmarkedet og reducere tilgangen til førtidspension. Gennem årene har den gennemgået ændringer for at imødekomme behovene hos målgruppen og tilpasse sig samfunds- og arbejdsmarkedsmæssige ændringer.

Vigtigt er kriterierne for at tildele fleksjob, som er fastlagt i lovgivningen. For at kvalificere sig til fleksjob skal en person være under folkepensionsalderen, ikke modtage førtidspension, ikke have udnyttet retten til tidlig pension og have varige og væsentlige begrænsninger i arbejdsevnen. Yderligere skal alle relevante tilbud og foranstaltninger være afsøgt, før fleksjob tilbydes. Dokumentationskravene omfatter afklarede ressourcer og udfordringer, afprøvede indsatser, varige begrænsninger i arbejdsevnen og eventuelt ansættelse under sociale kapitler i mindst 12 måneder.

Disse kriterier sikrer en målrettet indsats og understøtter formålet med fleksjobordningen om at integrere personer med nedsat arbejdsevne på arbejdsmarkedet. Samtidig er der etableret procedurer og fagretlige processer til håndtering af tvister og spørgsmål om løn- og arbejdsvilkår, hvilket bidrager til retfærdighed og beskyttelse af rettighederne for personer i fleksjob.

Kapitel 3 – Forskelsbehandlingsloven

3.1 Historisk perspektiv

I dette afsnit vil forskelsbehandlingslovens introduceres, herunder lovens baggrund og historiske udvikling. Forskelsbehandlingsloven udspringer af Folkeretten og EU-retten, og er sidenhen blevet integreret i dansk ret som led i, at Danmark skulle leve op til sine internationale forpligtelser.

Forskelsbehandlingsloven blev vedtaget i 1996 for at sikre Danmarks overholdelse af ILO-konventionen nr. 111 om forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv samt FN's konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination (CERD)³⁷. Committee of the Elimination of Racial Discrimination (CERD), er et organ af uafhængige eksperter, der overvåger medlemmernes overholdelse af implementeringen af konventionen Elimination of All Forms of Racial Discrimination (EARD).³⁸

Loven forbyder forskelsbehandling på arbejdsmarkedet baseret på race, hudfarve, religion, politisk overbevisning, seksuel orientering samt national, social eller etnisk oprindelse. Da loven blev vedtaget i 1996, var omfattende lovgivning omhandlende kønsdiskrimination allerede vedtaget, hvorfor f.eks. forskelsbehandling af mænd og kvinder ikke indgår i lovens anvendelsesområde.³⁹ Ligeledes omfattede forskelsbehandlingsloven heller ikke forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder og handicap, dette blev senere tilføjet.⁴⁰

Under en revidering af loven i 2004, blev *handicap* og *alder* tilføjet til lovens anvendelsesområde. Baggrunden for dette, var at gennemfører den resterende del af Rådets direktiv 2000/78/EF om generelle rammebetingelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv i dansk ret.⁴¹ Det betød, at forskelsbehandlingsloven nu var underlagt EU-konform fortolkning. Derudover blev begreberne *direkte* og *indirekte* forskelsbehandling videre defineret ved lovændringen i 2004, og ligeledes gjorde begreberne *chikane* og *instruktion*.

Ved ændring af forskelsbehandlingsloven i 2006 blev reglerne for unge under 18 år ændret, således at det ved overenskomst nu var muligt at lave særlige regler for aflønning af unge under 18. Forbuddet mod afskedigelse på grund af alder i relation til ansættelsen, aflønningen og afskedigelse gjaldt altså ikke længere, hvis dette kunne reguleres ved overenskomst. Den sidste vigtige ændring til loven i 2006 medførte, at aldersgrænsen i forskelsbehandlingsloven, der fastsatte, hvornår det kan aftales at en lønmodtager skal fratræde på baggrund af alder, blev hævet fra 65 år til 70 år.⁴²

³⁷ CERD – forkortelse for Committee of the Elimination of Racial Discrimination.

³⁸ <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cerd> (d. 23-04-2024 af FN)

³⁹ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 25.

⁴⁰ Beskæftigelsesministeriets VEJ nr. 9118 af 04/02/19, s. 3.

⁴¹ Skriftlig fremsættelse af L92 d. 11-11-2004, 1. spalte.

⁴² Beskæftigelsesministeriets VEJ nr. 9118 af 04/02/19, s. 6.

I 2008, ved endnu en ændring loven, blev det oprettet et samlet nævn for ligebehandling, som var i stand til at behandle klager om overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alle de i loven nævnte beskyttelseskriterier, som f.eks. alder og handicap. Ydermere, kunne nævnet også behandle forskelsbehandling på baggrund af køn, der er reguleret i ligebehandlingsloven § 1. Dette nævn, Ligebehandlingsnævnet, har siden været klageinstans for ovenfornævnte overtrædelser.⁴³

En ændring af forskelsbehandlingsloven i 2014 indebar, at den tidligere nævnte grænse på 70 år, for aftale fratrædelse af lønmodtagere, nu var ophævet. Det var fra 2014 ikke længere muligt at indgå disse pligtmæssige fratrædelser, når en lønmodtager blev 70 år.⁴⁴ Det kan ydermere bemærkes, at dette gælder for så vidt individuelle aftaler, så vel som ved kollektive overenskomster, medmindre denne aldersgrænse er objektiv og rimeligt begrundet, jf. forskelsbehandlingsloven § 5, stk. 3.

Foruden ovenstående lovændringer, bemærkes det, at Danmark ved ratificeringen FN's Handicapkonvention i 2009, har fået en overordnet ramme for lovgivningsarbejde, som vedrører handicapområdet. Det betyder, at Danmark har forpligtet sig til at indrette de nationale regler og den administrative praksis i overensstemmelse med konventionen.⁴⁵

Forskelsbehandlingsloven er således i dag et udtryk for en inkorporeringslov i forhold til den EU-retslige diskriminationsret, en inkorporeringslov i forhold til den folkeretlige diskriminationsret og en dansk lov, alt sammen på én gang.⁴⁶

⁴³ Beskæftigelsesministeriets VEJ nr. 9118 af 04/02/19, s. 6.

⁴⁴ Beskæftigelsesministeriets VEJ nr. 9118 af 04/02/19, s. 6.

⁴⁵ Beskæftigelsesministeriets VEJ nr. 9118 af 04/02/19, s. 6.

⁴⁶ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 31.

3.2 Anvendelsesområde for forskelsbehandlingsloven

I dette afsnit vil anvendelsesområdet for forskelsbehandlingsloven blive afdækket. Afsnittet vil afdække, hvilke typer af diskrimination, som loven beskytter mod, hvornår der foreligger direkte eller indirekte diskrimination, og hvem der omfattes af loven og hvornår de omfattes af loven. Afsnittet vil have særlig fokus på handicapbegrebet.

Anvendelsesområdet fremgår af forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 1. Det fremgår af bestemmelsen, at:

”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.”

Bestemmelsen angiver, hvilke diskriminationstyper loven beskytter imod og introducere begreberne *direkte* og *indirekte* forskelsbehandling. Forskelsbehandlingsloven forbyder altså direkte og indirekte forskelsbehandling på det danske arbejdsmarked på grund af: *race, hudfarve eller etnisk oprindelse, religion eller tro, seksuel orientering, national og social oprindelse, alder og handicap*, jf. forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 1.

Forskelsbehandlingsloven forbyder forskelsbehandling ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår, jf. forskelsbehandlingsloven § 2. Det betyder med andre ord, at loven finder anvendelse, *før, under og efter* ansættelsen.

Der fremgår ikke en konkret angivelse af lovens personelle anvendelsesområde, altså de konkrete personer, som loven vil finde anvendelse på. I forskelsbehandlingsloven § 2 handler ordlyden hovedsageligt om den relation der foreligger mellem en *arbejdsgiver* og en *arbejdstager* eller *ansøger*. Pligtsubjektet vil i denne konstruktion være arbejdsgiveren og rettighedssubjektet vil være arbejdstageren.⁴⁷ Dette giver anledning til en forståelse af, at det udelukkende er arbejdsgivere og arbejdstager der er omfattet af loven, dog skal de underliggende direktiver for loven, særligt ligebehandlingsdirektivet (2000/43/EF) og beskæftigelsesdirektivet (2000/78/EF) fortolkes med i anvendelsesområdet, da Danmark alternativt formegentligt ikke vil leve op til den minimumsbeskyttelse, som direktiverne foreskriver for de øvrige persongrupper.⁴⁸ Det fremgår af ligebehandlingsdirektivet art. 3, stk. 1, litra a, at det bl.a. også omfatter selvstændige.⁴⁹ Ligeledes fremgår det af beskæftigelsesdirektivet art. 3, stk. 1, at direktivet finder anvendelse i både den private og den direkte sektor.⁵⁰ Som yderligere støtte for dette udgangspunkt om en bred tolkning, kan Ligebehandlingsnævnets afgørelse om tre homoseksuelle mænd, som forhandlede husholdningsprodukter og optrådte som selvstændig,

⁴⁷ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 166.

⁴⁸ Nielsen, Ruth; *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 167.

⁴⁹ 2000/43/EF

⁵⁰ 2000/78/EF

inddrages.⁵¹ Det fremgår at Ligebehandlingsnævnet lægger til grund, at lovens personelle anvendelsesområde skal fortolkes i overensstemmelse med rådets direktiv 2000/78/EF.⁵²

Opsummerende bemærkes det, at der er et forbud mod direkte eller indirekte forskelsbehandling, når det er begrundet i det § 1, stk. 1, nævnte kriterier, som f.eks. handicap. Ligeledes bemærkes det, at forbuddet gælder før, efter og under ansættelsen og slutteligt bemærkes det, at arbejdstagerbegrebet skal forstås bredt.

Slutteligt bemærkes, at loven ikke finde anvendelse, hvor tilsvarende beskyttelse mod forskelsbehandling følger af en kollektiv overenskomst, jf. forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 6.

I nedenstående afsnit vil begreberne direkte og indirekte forskelsbehandling afdækkes, efterfølgende vil specialet indeholde en redegørelse for handicapbegrebet og arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse.

⁵¹ J. nr. 7100221-12

⁵² KEN nr. 10306 af 26/09/2012

3.3 Forbuddet mod forskelsbehandling

Det fremgår af forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 1, at der er et forbud mod direkte eller indirekte forskelsbehandling. I nærværende afsnit redegøres for begreberne direkte og indirekte forskelsbehandling. Samtidig redegøres for begrebet diskrimination og hvilken bevisbyrde der er herfor.

Diskrimination i forskelsbehandlingslovens forstand, skal forstås som direkte eller indirekte diskrimination grundet race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, national eller social oprindelse, alder eller handicap.⁵³ Begrebet diskrimination kan defineres som negativ forskelsbehandling, og referer til en uretfærdig eller ufordelagtig behandling af personer baseret på ovenstående karakteristika, f.eks. at personen lider af et handicap.

Loven opdeler forskelsbehandling i direkte og indirekte forskelsbehandling.

3.3.1 Direkte forskelsbehandling

Direkte forskelsbehandling defineres i forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 2. Det fremgår af bestemmelsen at:

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

I en juridisk analyse af direkte diskrimination, centrerer essensen sig omkring motivationen bag arbejdsgiverens handlemåde. Det betyder konkret, at hvis en handling fra arbejdsgiverens side er motiveret af et af de beskyttende kriterier, f.eks. handicap, så viser dette en klar overtrædelse af principperne om direkte diskrimination. Dette gælder uanset om arbejdsgiveren erkender, at der findes et diskriminerende motiv, om motivet er skjult, eller selv hvis arbejdsgiveren ikke er bevidst om den diskriminerende natur af sin handling.⁵⁴ Denne fortolkning understreger, at det afgørende ikke er arbejdsgiverens subjektive forståelse eller forsæt, men snarere den objektive tilstedeværelse af en handling, som er motiveret til at krænke et beskyttet kriterie, som f.eks. handicap.

I forlængelse bemærkes det, at direkte forskelsbehandling ikke kun foreligger mod individuelle personer, men kan også opstå ved offentlige udtalelser, hvori der ingen konkret person fremgår.⁵⁵ Dette var netop tilfældet i Feryn-sagen,⁵⁶ hvor en arbejdsgiver ved en offentlig erklæring udtalte, at personer med marokkansk baggrund ville blive afvist hvis de sendte ansøgninger til en stilling. EU-Domstolen bemærkede i sagen vedrørende

⁵³ Nielsen, Ruth: *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 136.

⁵⁴ Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 241.

⁵⁵ Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 241.

⁵⁶ Sag C-54/07, Feryn.

forhold om direkte diskrimination i ansættelsesforhold, at offentlige udtalelser fra en arbejdsgiver, der klart giver udtryk for, at denne ikke vil ansætte personer fra bestemte etniske eller racemæssige grupper, vil være nok til at antage, at arbejdsgiverens ansættelsespolitik er diskriminerende, når dette ses i lyset art. 8, stk. 1, i direktiv 2000/43.⁵⁷ Denne forståelse fremhæver, hvor vigtigt det er at tage hensyn til, hvad en arbejdsgiver offentligt udtaler, når man vurderer, om virksomheden overholder forbuddet mod forskelsbehandling.

Opsummerende om direkte forskelsbehandling kan det siges, at der ved spørgsmål om direkte forskelsbehandling laves en vurdering ud fra, hvorvidt arbejdsgiverens motiver og handlemåder rettes direkte mod et af lovens beskyttelseskriterier, uagtet om arbejdsgiveren kendes ved dette motiv. Ligeledes bemærkes det, at en diskriminerende udtalelse ikke nødvendigvis skal rettes mod en konkret person, men at arbejdsgiveren generelle udtalelse også kan være et udtryk for direkte diskrimination, jf. Feryn-sagen.⁵⁸

3.3.2 Indirekte forskelsbehandling

Indirekte forskelsbehandling fremgår af forskelsbehandlingsloven § 1, stk. 3. Af bestemmelsen fremgår det, at:

”Der foreligger indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering, kønsidentitet, kønsudtryk eller køns karakteristika eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller 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, jf. dog § 2 a.”

Bestemmelsen betyder, at hvis væsentlig flere, fra den af loven beskyttede gruppe rammes af den tilsyneladende neutrale bestemmelse, vil det tale for, at de i gruppen, stilles særligt ufordelagtige i forhold til personer, der ikke er omfattet af denne gruppe. Det bemærkes også, at der ikke behøver at foreligge statistisk bevis for dette og ligeledes, at der ikke nødvendigvis kan påvises en negativ effekt af det diskriminerende kriterie.⁵⁹

Indirekte forskelsbehandling adskiller sig således særligt fra direkte diskrimination, ved at begrebet skal forstås som et udslag for et proportionalitetsprincip,⁶⁰ hvor det essentielle er, hvorvidt kriteriet kunne stille gruppe i en ringere position end andre.

⁵⁷ Sag C-54/07, Feryn. Præmis 34.

⁵⁸ Sag C-54/07, Feryn.

⁵⁹ Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 242.

⁶⁰ Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 243.

Ved vurderingen af, om der foreligger indirekte diskrimination, fremhæves Bilka-dommen.⁶¹ I Bilka-dommen etablerede EU-domstolen en tretrins test for at vurdere sager om indirekte diskrimination, som den har refereret til i flere efterfølgende afgørelser.⁶² Testen er anvendelig i situationer, hvor en arbejdsgiver umiddelbart benytter sig af et kriterie, der virker neutralt, men som faktisk påvirker en specifik gruppe mennesker negativt. EU-Domstolen mener her, at arbejdsgiveren i sådanne tilfælde skal bevise tre ting:

Der skal være et *legitimt formål* med bestemmelsen. Hvilket betyder, at arbejdsgiveren skal bevise, at det anvendte kriterie tjener et legitimt formål.

Kriteriet skal være *nødvendigt* for at opnå målet. Det vil sige, at brugen af kriteriet er nødvendigt for at opnå det pågældende formål. Dette indebærer, at der f.eks. ikke findes nogen anden måde, som er mindre diskriminerende, der stadigvæk kan opfylde samme formål.

Slutteligt skal arbejdsgiveren bevise, at der er tale om et *proportionelt* kriterie. Arbejdsgiveren skal bevise, at de negative konsekvenser for den berørte gruppe, står i rimeligt forhold til det formål, som kriteriet skal opfylde. For at kunne gøre dette, kræver det, at arbejdsgiveren afvejer kriteriets fordele i forhold til de ulemper, som det påfører den pågældende gruppe.

Opsummerende om indirekte forskelsbehandling bemærkes det, at tretrins testen således er et centralt redskab i analysen om, hvorvidt der foreligger indirekte diskrimination, da den hjælper med at fastlægge, hvorvidt en tilsyneladende neutral praksis kan retfærdiggøres trods den skævvridning som kunne forekomme. Indirekte diskrimination er derfor ikke nødvendigvis ulovligt, hvis arbejdsgiveren kan bevise, at kriteriet er tilstrækkeligt objektivt begrundet og er proportionelt i forhold til målet.⁶³

3.3.3 Bevisbyrden i Forskelsbehandlingsloven

Hovedreglen i dansk ret, herunder også sager ved arbejdsretten er, at der er ligefrem bevisbyrde. Det betyder i praksis, at der er sagsøger der skal sandsynliggøre, at der er et grundlag for dennes påstand om f.eks. forskelsbehandling. Særligt er dette relevant, hvis der er tale om sager, hvor der hersker bevistvivl, da dette normalt vil komme sagsøgte til gode og være til skade for sagsøger.⁶⁴ Dette udgangspunkt fraviges ved bevisbedømmelse efter forskelsbehandlingsloven, jf. lovens § 7 a. Det fremgår af bestemmelsen at:

”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.”

⁶¹ Sag 170/84, Bilka.

⁶² Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 243.

⁶³ Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 243.

⁶⁴ Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 279.

Der vil altså i sager om diskrimination efter forskelsbehandlingslovens §§ 2-4, være tale om en delt bevisbyrde. Princippet om delt bevisbyrde i sager om forskelsbehandling indebærer, at klageren først skal fremlægge en formodning om, at der er sket forskelsbehandling. Det betyder, at klageren skal kunne præsentere tilstrækkelige beviser eller indicier, der kunne tyde på, at diskrimination har fundet sted. Når denne formodning er etableret, overgår bevisbyrden således til den anklagede part, ofte arbejdsgiveren, som skal bevise, at forskelsbehandling ikke har fundet sted. Det er altså en ”lettere” bevisbyrde at løfte, hvis man er klager eller sagsøger, end ved ligefrem bevisbyrde, hvor sagsøger skal bevise, at der foreligger f.eks. en krænkelse. I forlængelse er det vigtigt at bemærke, at princippet om delt bevisbyrde gælder ved alle typer af diskrimination, også efter ligebehandlingsloven og ligelønsloven.⁶⁵

Den delte bevisbyrde kommer til udtryk i en Holbæk kommune-sagen afsagt af Højesteret,⁶⁶ som omhandlede en 55-årig ansøger, der søgte en stilling i Borgerservice i Holbæk kommune, og som ikke blev indkaldt til samtale og således heller ikke fik stillingen. Herefter sagsøgte ansøgeren kommunen og krævede godtgørelse, idet hun hævdede at have været udsat for aldersdiskrimination i forbindelsen med sin ansøgning.

Ansøgeren beder kommunen om en skriftlige begrundelse for afvisning og i begrundelsen angiver kommunen:

»At jeg samtidig, som leder, er forpligtet til at imødekomme det generationsskifte, der indenfor en kort årrække vil komme i gruppen der, som du ved, p.t. primært består af ældre erfarne.«

Højesteret mener, at denne bemærkning fra kommunen er indikativ om, at der kunne være tale om en afvisning begrundet i alder. Højesteret pålægger derfor kommunen at løfte bevisbyrden for, at der ikke er tale om en krænkelse af ligebehandlingsprincippet.⁶⁷ Højesteret vurderede, at der på baggrund af en tidligere samtale mellem de ansættende parter internt i kommunen, var lagt vægt på helt andre kriterier, herunder kvalifikationer. Højesteret vurderede derfor, at kommune havde løftet deres bevisbyrde. Der forelå således ikke diskrimination af ansøgeren, og ansøgerens fagforening skulle betale 25.000 i sagsomkostninger til kommunen.

Opsummerende bemærkes, at der som hovedregel i dansk ret er tale om ligefrem bevisbyrde. Dette udgangspunkt fraviges ved vurdering af diskrimination efter forskelsbehandlingsloven, hvor der i stedet foreligger delt bevisbyrde. Det betyder i praksis, at sagsøger skal sandsynliggøre, at der er tale om diskrimination, hvorefter sagsøgte, ofte arbejdsgiveren, skal bevise, at det ikke er tilfældet.

Der er nu redegjort for det grundlæggende begreber og principper efter forskelsbehandlingsloven, hvorfor det næste afsnit vil omhandle handicapbegrebet.

⁶⁵ Nielsen, Ruth: *Dansk arbejdsret*, 1. udgave, 1. oplag, 2020. S. 281.

⁶⁶ U 2012.890H – Holbæk Kommune-sagen

⁶⁷ U 2012.890H – Holbæk Kommune-sagen

3.4 Handicapbegrebet

Afsnittet vil redegøre for begrebet »handicap«, hvad indeholder handicapbegrebet og hvornår et individ er omfattet af begrebet.

Handicapbegrebet blev som tidligere nævnt indført med ændringen af forskelsbehandlingsloven i 2004, som et led i den endelige implementering af beskæftigelsesdirektivet.⁶⁸ Reglerne stammer således fra folkeretten og EU-retten, hvorfor EU-domstolen afgørelse har stor betydning omfanget af beskyttelsen.

Handicapbegrebet optræder også andre steder end i forskelsbehandlingsloven. Foruden forskelsbehandlingsloven omfatter dansk lovgivning også andre love, der integrer de grundlæggende principper for handicappolitik. Eksempelvis indeholder både lov om compensation til handicappede i erhverv⁶⁹ samt lov om en aktiv beskæftigelsesindsats⁷⁰, der fremmer beskæftigelsesmulighederne for personer med funktionsnedsættelse.⁷¹

Begrebet optræder altså mange steder, men det har ikke en klar definition og er derfor ikke entydigt. Det fremgår af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, at:

*”handicapbegrebet defineres ikke i direktivet, og det er i forbindelse med implementering i første omgang op til medlemsstaterne at fastlægge indholdet af begrebet. Det er i sidste instans EF-domstolen, der fastlægger den endelige fortolkning af direktivet.”*⁷²

Ligeledes fremgår det af handicapkonventions⁷³ præambel, punkt (e), at:

” (...) handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdingsbestemte og omgivelsesmæssige barrierer, som hindrer dem i fuld og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre.”

Det kan derfor udledes af ovenstående, at der hverken i dansk lovgivning eller EU-lovgivning er en klar definition af handicapbegrebet. Det er derimod op til både EU-domstolen og de øvrige nationale domstole, herunder danske domstole, at foretage en nærmere præcisering af begrebet.

Handicapbegrebet kan derfor opfattes som værende et interaktivt og dynamisk begreb. Indholdet af handicapbegrebet skal defineres ud fra de specifikke omstændigheder, hvorunder det anvendes, og på en måde, der sikrer en praktisk og effektiv beskyttelse. Fortolkningen af begrebet kan altså ændre sig over tid, for at

⁶⁸ 2000/78/EF

⁶⁹ LBK nr. 108 af 03/02/2020.

⁷⁰ LBK nr. 280 af 01/03/2024.

⁷¹ Vejledning om Forskelsbehandlingsloven, VEJ nr. 9223 af 05/04/2024, pkt. 4.1.

⁷² L92, bemærkninger til lovforslaget, afsnit 4.1

⁷³ 2000/78/EF

afspejle samfundsviklingen. Derudover bør bestemmelsen af, om en person har et handicap, vurderes baseret på det miljø og den kontekst, som personen befinder sig i.⁷⁴

3.4.1 Handicapbegrebet i praksis

Handicapbegrebet er således et dynamisk og interaktivt begreb, som udvikler sig i samtiden. For en bedre forståelse af handicapbegrebet, redegøres for EU-Domstolens praksis i udvalgte sager, herunder Kaltoft-sagen, Chacón Navas-sagen og Ring-og Werde-sagerne.

3.4.1.1 Chacón Navas-sagen (C-13/05)

Handicap kan umiddelbart beskrives som en funktionsnedsættelse, der kan være medfødt eller være opstået som følge af ulykke eller sygdom,⁷⁵ men begreberne *sygdom* og *handicap* kan ikke nødvendigvis sidestilles. EU-Domstolen tog i Chacón Navas-sagen stilling til det forhold eller den forbindelse, der er mellem sygdom og handicap.

EU-Domstolen blev i sagen bedt om at tage stilling til, hvorvidt en arbejdstager, der bliver afskediget af en virksomhed alene på grund af sygdom, er omfattet af den beskyttelse, som følger af beskæftigelsesdirektivet⁷⁶, hvor der fastlægges en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling grundet i handicap.

Samtidig blev EU-Domstolen spurgt om, hvorvidt sygdom kan anses for at være en personlig omstændighed, der kan sidestilles med de omstændigheder, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i beskæftigelsesdirektivet.⁷⁷

EU-Domstolen udtaler, at:

*”Direktiv 2000/78 tilsigter at bekæmpe visse former for forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv. I denne sammenhæng skal begrebet »handicap« forstås således, at det omfatter en begrænsning, bl.a. som følge af fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i erhvervslivet.”*⁷⁸

Efterfølgende udtaler domstolen, at lovgiver dog ved anvendelsen af begrebet »handicap« i beskæftigelsesdirektivets art. 1, har bevidst valgt at bruge et begreb, som adskiller sig fra begrebet »sygdom«, og at der således ikke er mulighed for at sidestille de to begreber.⁷⁹ EU-domstolen kommer i sagen frem til følgende:

⁷⁴ Nielsen, Ruth: *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 120.

⁷⁵ Nielsen, Ruth: *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 123.

⁷⁶ 2000/78/EF

⁷⁷ C-13/05, Chacón Navas, præmis 25.

⁷⁸ C-13/05, Chacón Navas, præmis 43.

⁷⁹ C-13/05, Chacón Navas, præmis 44.

- 1) At en person, som er blevet afskediget af en arbejdsgiver, udelukkende på grund af sygdom, ikke er omfattet af den generelle ramme for bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af handicap, som er fastlagt i beskæftigelsesdirektivet.
- 2) Forbuddet i art. 2, stk. 1, og art. 3, stk. 1, litra c), i beskæftigelsesdirektivet er til hinder for afskedigelse på grund af et handicap, hvis den henset til forpligtelsen til at foretage rimelige tilpasninger til fordel for handicappede ikke er berettiget i den omstændighed, at vedkommende ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med sin stilling.
- 3) EU-domstolen kommer også frem til, at sygdom i sig selv ikke kan ses for at være sidestillet med de øvrige grunde, som er omfattet i beskæftigelsesdirektivet.⁸⁰

3.4.1.2 *Kaltoftsagen (C-354/13)*

EU-domstolen blev igen bedt om at tage stilling til handicapbegrebet i en sag mellem Fag og Arbejde (FOA) og Kommunernes Landsforening (KL). Denne gang drejede spørgsmålet sig om, hvorvidt fedme kunne anses for at være et handicap, samt hvilke kriterier der er afgørende for at vurdere, om en persons fedme specifikt giver vedkommende beskyttelse under lovgivningen mod diskrimination på grund af handicap.⁸¹

Sagen går altså ud på, ligesom i Chacón Navas-sagen, at afklare hvad handicapbegrebet indeholder. Ligesom i Chacón Navas-sagen, udtaler EU-Domstolen:

”Fedme kan derfor ikke i sig selv anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78 (jf. analogt dom Chacón Navas, EU:C2006.456, præmis 57)”.

Ligesom i Chacón Navas-sagen, mente domstolen, at det konkrete begreb fedme ikke kunne sidestilles med handicapbegrebet.

Domstolen har udtalt, at beskæftigelsesdirektivet skal tolkes sådan, at en arbejdstagers fedme kan ses for være et handicap i direktivets forstand, hvis denne tilstand fører til begrænsninger på grund af fysiske, mentale eller psykiske skader. Disse skader, i sammenhæng med andre barrierer, kan forhindre den pågældende i at deltage fuldt og effektivt i arbejdslivet på lige fod med andre. Ydermere, at det er op til de nationale domstole at efterprøve, om betingelserne er opfyldt.⁸²

3.4.1.3 *Ring- og Werge-sagerne (C-335/11 og C-337/11)*

I 2013 fik EU-Domstolen endnu en mulighed for at præcisere handicapbegrebet. Ring- og Werge sagerne handlede om to personer, der blev afskediget efter længerevarende sygdom. Den ene blev opsagt efter flere periode med fravær på grund af ubehagelige lænderygmerter. Den anden person blev afskediget efter at have

⁸⁰ C-13/05, Chacón Navas, præmis 58.

⁸¹ C-354/13, Kaltoft, præmis 30.

⁸² Nielsen, Ruth: *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 124.

pådraget sig et piskesmæld i en trafikulykke, hvilket medførte perioder med fuldtids- og deltidsfravær. Begge personer blev opsagt med kort varsel med henvisning til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2.⁸³ Deres fagforening indbragte sagerne for Sø- og Handelsretten, idet de mente, at afskedigelserne var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling, da de ansattes sygedage hovedsageligt skyldtes lidelser, som fagforeningen anså for værende omfattet af handicapbegrebet.

Sagen blev kæret til Højesteret efter Sø- og Handelsrettens afvisning af at anmode om fortolkning af handicapbegrebet. Højesteret besluttede, at der udover det oprindelige spørgsmål også skulle rejses spørgsmål om klarlæggelse af om en varig funktionsnedsættelse, der ikke nødvendiggør særlige hjælpemidler og kun viser sig ved en nedsat evne til arbejds fuld tid, kan kvalificere sig som et handicap i henhold til beskæftigelsesdirektivet.⁸⁴⁸⁵

EU-Domstolen tager udgangspunkt i Chacón Navas-sagens præmis 43, hvorfor domstolen bemærker,

*”at begrebet handicap ikke er defineret i selve direktiv 2000/78. Derfor fastslog Domstolen i Chacón Navasdommen præmis 43, at dette begreb skal forstås således, at det omfatter en begrænsning som følger af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i arbejdslivet.”*⁸⁶

EU-Domstolen påpeger i dommen, at funktionsnedsættelsen skal være langvarig, for at være omfattet af begrebet. Domstolen udtaler sig således:

*”det fremgår desuden af FN-konventionens artikel 1, stk. 2, at den fysiske, psykiske, intellektuelle eller sensoriske funktionsnedsættelse skal være langvarig.”*⁸⁷

I forlængelse af ovenstående, udtaler domstolen at:

*”den omstændighed, at den berørte person kun kan udføre sit arbejde i begrænset omfang, er ikke til hinder for, at denne persons helbredstilstand henhører under begrebet »handicap«. I modsætningen til det (af arbejdsgiveren) anførte indebærer et handicap ikke nødvendigvis en fuldstændig udelukkelse fra at få et arbejde eller fra arbejdslivet.”*⁸⁸

Vedrørende arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse bemærker domstolen ”i overensstemmelse med 16. betragtningen til direktiv 2000/78 tilsigter sådanne foranstaltninger at tage hensyn til behovene hos personer med handicap. De er derfor en følge af og ikke en grundlæggende bestanddel af begrebet »handicap«.

⁸³ Begrebsafklaring: 120-dages reglen i funktionærloven tillader arbejdsgivere at opsiges en funktionær med en forkortet opsigelsesperiode på én måned, hvis funktionæren inden for de sidste 12 måneder har haft 120 sygedage. Denne regel kan kun anvendes, hvis den er aftalt i ansættelseskontrakten eller gennem kollektive overenskomster.

⁸⁴ 2000/78/EF

⁸⁵ Nielsen, Ruth: *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 124.

⁸⁶ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11), præmis 36.

⁸⁷ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11), præmis 39.

⁸⁸ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11), præmis 43.

Ligeledes gør de foranstaltninger eller de tilpasninger, som er anført i 20. betragtning til dette direktiv, det muligt at overholde den forpligtelse, der følger af artikel 5 i nævnte direktivet, men de finder kun anvendelse på betingelse af, at der foreligger et handicap.”⁸⁹

Slutteligt vedrørende handicapbegrebet, bemærker EU-domstolen:

*” Det følger af de ovenstående betragtninger, at det første og andet spørgsmål skal besvares med, at begrebet »handicap« i direktiv 2000/78 skal fortolkes således, at det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb.”*⁹⁰ Dommens præmis 47 er i dag den forståelse, som de fleste har om handicap begrebet den dag i dag.⁹¹

Dommen understreger derved, at et handicap kan være en fysisk, mental eller psykisk tilstand, der i sammenhold med forskellige barrierer kan hindre den effektive deltagelse i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere i samfundet. I denne sammenhæng er det væsentligt, at en tilstand ikke nødvendigvis behøver at være permanent eller kræve specielle hjælpemidler for at blive betragtet som et handicap. Det centrale er i stedet, hvorvidt tilstanden udgør en barriere for den handicappedes evne til at arbejde på lige vilkår med andre, og hvis denne begrænsning er af lang varighed, en sådan sygdom høre under handicapbegrebet.

Både FN-konventionen og EU-Domstolens definition af handicap inkluderer en række kriterier for at afgøre, om en tilstand kan kvalificeres som et handicap i direktivets forstand. Disse kriterier er typiske⁹²:

- a) Er personens tilstand opstået som følge af en ulykke, eller skyldes tilstanden en sygdom, der er blevet medicinsk diagnosticeret eller på en anden måde lægeligt bekræftet?
- b) Medfører personens tilstand begrænsninger, f.eks. på grund af fysiske eller psykiske skader, der forhindrer vedkommende i at deltage fuld ud og effektivt på arbejdsmarkedet på lige fod med andre?
- c) Er disse begrænsninger langvarige?

Disse kriterier giver en god rettesnor, hvis der foreligger tvivl om en person er omfattet af handicap begrebet.

⁸⁹ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11), præmis 46.

⁹⁰ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11), præmis 47.

⁹¹ Svenning, Andersen, Lars; *Funktionærret*, 6. udgave, 1. oplag, s. 901.

⁹² Ligebehandlingsnævnets notat om handicapbegrebet, s. 8.

3.4.2 Opsummerende om handicapbegrebet

Opsummerende om handicapbegrebet bemærkes det, at handicapbegrebet inden for både dansk og EU-lovgivning har været under udvikling, primært drevet af implementeringen af beskæftigelsesdirektivet fra EU og folkeretlige regler. I 2004 blev begrebet formelt introduceret i forskelsbehandlingsloven.

Begrebet »handicap« er ikke entydigt defineret i lovgivningen, hvilket efterlader et betydeligt rum fortolkning til domstolene, herunder især EU-Domstolen. Denne fortolkningsfleksibilitet skyldes den brede natur af hvad handicapbegrebet indeholder – som beskrevet i handicapkonventionens præambel, der beskriver handicapbegrebet som et dynamisk og interaktivt begreb, der opstår i integrationen mellem individuelle funktionsnedsættelser og andre barrierer, der hindrer en deltagelse på arbejdsmarkedet.

I Chacón Navas-sagen⁹³ blev det fastslået, at ikke alle sygdomme automatisk kan defineres som et handicap. Det handler om, at sygdommen skaber en barriere for, at personen kan indtræde på arbejdsmarkedet, som er mere sammenlignelige med dem oplevet af personer mere konventionelle handicap. Ligeledes understregede Kaltoft-sagen,⁹⁴ at en personlig tilstand som fedme kan anses for et handicap, hvis den fører til begrænsninger, der medfører, at personen er hindret i effektiv deltagelse på arbejdsmarkedet.

Endelig illustrerer Ring- og Werge-sagerne⁹⁵ vigtigheden af at inkludere de specifikke omstændigheder omkring en ansats arbejdsituation, når der skal bestemmes om en varig funktionsnedsættelse udgør et handicap. Disse afgørelser fremhæver det fortsatte behov for en fleksibel og tilpasset tilgang, når det gælder vurderingen af hvad der udgør et handicap i takt med at samfundets forståelse af funktionsnedsættelser og deres indvirkning på arbejdsevnen udvikler sig.

⁹³ C-13/05, Chacón Navas.

⁹⁴ C-354/13, Kaltoft.

⁹⁵ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11).

3.5 Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse

Når en person er omfattet af beskyttelsen af handicapbegrebet, er arbejdsgiveren forpligtet til at overholde tilpasningsforpligtelsen, som er specificeret i forskelsbehandlingsloven § 2 a. Hvad tilpasningsforpligtelsen indebærer, vil uddybes i indeværende afsnit.

Forskelsbehandlingslovens § 2 a, blev indført ved en lovændring af forskelsbehandlingsloven i 2004, som led i at Danmark skulle overholde sine internationale forpligtelser og indføre beskæftigelsesdirektivets⁹⁶ generelle rammebestemmelse om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, særligt henset til handicap og alder.⁹⁷

Bestemmelsen gennemfører nærmere beskæftigelsesdirektivets art. 5, som handler om tilpasninger til personer med handicap i *rimeligt omfang*.

Direktivet beskriver her, at arbejdsgiveren har en forpligtelse til at foretage *hensigtsmæssige* foranstaltninger og tilpasninger, hvis en ansøger eller en medarbejder lider af et handicap i direktivets forstand, men at der altså en er grænse for, hvad arbejdsgiveren skal udholde.

I forlængelse af det nylige indsatte beskyttelseskriterie *handicap*, indsætter lovgiver tilpasningsforpligtelsen i forskelsbehandlingsloven. Lovgiver forslår, en forpligtelse for arbejdsgiveren til at foretage konkrete nødvendige tilpasninger i rimeligt omfang for at sikre personer med handicap adgang til beskæftigelse eller fortsat beskæftigelse.⁹⁸ Dette forslag kommer til udtryk i forskelsbehandlingslovens § 2 a, som har følgende ordlyd:

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

Forskelsbehandlingslovens § 2 a, kan deles op i to dele. Den første del fortæller, til og med første punktum, at arbejdsgiveren skal træffe hensigtsmæssige foranstaltninger, hvis ansøgeren eller medarbejderen lider af et handicap efter lovens forstand. Anden del af bestemmelsen fortæller, at arbejdsgiveren ikke skal pålægges en uforholdsmæssig stor byrde, ved at tilpasse ansættelsen til ansøgeren eller medarbejderen, da det vil i dette tilfælde ikke være uhensigtsmæssigt.

⁹⁶ 2000/78/EF

⁹⁷ Lov nr. 92, samling 2004-2005, almindelige bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2.

⁹⁸ Skriftlig fremsættelse af L92 d. 11-11-2004, 1. spalte

Inden specialet tager stilling til hensigtsmæssige foranstaltninger og uforholdsmæssige byrde, gennemgås første de forudgående forhold, som skal være til stede, før foranstaltningerne findes relevante. Der er tale om, hvorvidt arbejdsgiveren *ved* eller *burde vide*, at ansøgeren eller medarbejderen har et handicap og om ansøgeren eller medarbejderen er *egnet*, *kompetent* eller *disponibel* til den konkrete stilling.

3.5.1 Arbejdsgiveren viden om handicappet

Det fremgår af første punktum i forskelsbehandlingsloven § 2 a, at:

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

Arbejdsgiveren bliver således pålagt, at denne skal træffe hensigtsmæssige foranstaltninger, særligt rettet mod de konkrete behov som personen med handicap måtte have, for at få adgang til beskæftigelse, udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, jf. forskelsbehandlingsloven § 2 a, 1. pkt.

Spørgsmålet om, hvorvidt arbejdsgiveren er forpligtet til at foretage foranstaltninger, afhænger af, om arbejdsgiveren *vidste* eller *burde vide*, at medarbejderen eller ansøgeren har et handicap. Praksis⁹⁹ på området indikerer, at arbejdsgiveren skal træffe passende foranstaltninger, når det er klart, at arbejdsgiveren vidste eller burde have vidst, at ansøgeren eller medarbejderen lider af et handicap som det er defineret i forskelsbehandlingsloven.¹⁰⁰

I Skibby Supermarked-sagen, gik sagen ud på, at en ansat i et supermarked fik konstateret leddegigt i sommeren 2008, efter 14 års ansættelse. I juni 2009 blev medarbejderen deltidssygemeldt, og i løbet af sensommeren 2009 blev medarbejderen fuldtidssygemeldt. Senere samme år, i december 2009, blev medarbejderen opsagt med én måned varsel under henvisning til 120-dages reglen¹⁰¹ i funktionærloven.

Højesteret konkluderede i dommen, at medarbejderen faldt under definitionen af handicap i forskelsbehandlingsloven, sådan som det blev fortolket under EU-Domstolens afgørelse Ring- og Werge-sagerne¹⁰², som tidligere gennemgået i afsnit 3.4.1.3. Retten bemærkede også, at arbejdsgiveren var eller burde have været klar over, at medarbejderens sygdom udgjorde et handicap. Derfor påhvilede det arbejdsgiveren en forpligtelse til at undersøge og foretage passende tilpasningsforanstaltninger for at imødekomme medarbejderens handicap, medmindre dette ville medføre en uforholdsmæssig byrde, jf.

⁹⁹ U 2015.3827H, Skibby Supermarked-sagen.

¹⁰⁰ VEJ nr. 9223 af 05/04/2024, pkt. 4.1.3.

¹⁰¹ Begrebsafklaring: 120-dages reglen i funktionærloven tillader arbejdsgivere at opsiges en funktionær med en forkortet opsigelsesperiode på én måned, hvis funktionæren inden for de sidste 12 måneder har haft 120 sygedage. Denne regel kan kun anvendes, hvis den er aftalt i ansættelseskontrakten eller gennem kollektive overenskomster.

¹⁰² De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11).

forskelsbehandlingsloven § 2 a, 2. pkt. Højesteret vurderede i sagen, hvilke foranstaltninger der var relevante og nødvendige, og fandt på baggrund af dette, at medarbejderen kunne have været omplaceret til andet arbejde i virksomheden. Dette blev ikke gjort, og derfor blev tilpasningsforpligtelsen ikke overholdt.

Arbejdsgiveren kunne således ikke anvende 120-dages reglen til afskedigelse af medarbejderen og blev idømt at skulle betale 373.257 kr. til medarbejderen, svarende til ni måneders løn.

3.5.2 Kompetent, egnet eller disponibel

Foruden at det tæller med i bedømmelsen om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at ansøgeren eller medarbejderen har et handicap, skal ansøgeren eller medarbejderen være *kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med den pågældende stilling*.¹⁰³

Beskæftigelsesdirektivet beskriver det således:

*”med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver direktivet hverken ansættelse, forfremmelse, forsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet eller disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.”*¹⁰⁴

Tilpasningsforpligtelsen vil derfor kun være relevant for arbejdsgiveren, når personen med handicappet har de nødvendige kvalifikationer, for at kunne betrede stillingen med de tilpasninger som er nødvendige. Det kan altså forstås som om, at der ikke er en pligt til positiv særbehandling, men at medarbejderen skal have samme vilkår som alle andre.¹⁰⁵

Vestre Landsret tog i en sag stilling til, hvor lang rækkevidden for tilpasningsforpligtelsen er, når medarbejderen ikke nødvendigvis har de nødvendige kvalifikationer.¹⁰⁶ I denne sag blev det undersøgt, om en medarbejder der havde fået en blodprop i hjernen og derefter blev opsagt, var blevet behandlet i strid med forskelsbehandlingsloven. Opsigelsen var begrundet med, at nedgang i ordrer til den maskine medarbejderen betjente nødvendiggjorde nedlæggelsen af stillingen. Arbejdsgiveren forsøgte at omskole medarbejderen til en anden maskine, men medarbejderen havde udtrykt, at han ikke mente, at han kunne tilegne sig de nødvendige færdigheder. Arbejdsgiveren valgte at pause opsigelsen og kontakte HK, som ville hjælpe med at tilpasse arbejdspladsen til medarbejderen, men selv efter tilpasningerne, kunne medarbejderen ikke bestride den nye maskine.

Vestre Landsret skulle afgøre, om medarbejderen var blevet uretmæssigt afskediget under hensyn til forskelsbehandlingsloven, selvom der var implementeret en række tiltag for medarbejderen. Landsretten

¹⁰³ VEJ nr. 9223 af 05/04/2024, pkt. 4.1.3.2.

¹⁰⁴ 2000/78/EF, betragtning 17.

¹⁰⁵ Lov nr. 92, samling 2004-2005, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 11.

¹⁰⁶ U 2013.2435V, blodprop-dommen.

vurderede, at beskyttelsen af medarbejdere med handicap ikke omfatter en forpligtigelse for arbejdsgiveren til at opretholde ansættelsen af en medarbejder, der trods gennemførte tilpasningsforsøg, ikke længere er kompetent, egnet og disponibel til at betræde stillingen.

Efter en gennemgang af ovenstående kriterier, vil specialet nedenfor gennemgå, hvad tilpasningsforpligtelsen indeholder, særligt henset til de hensigtsmæssige foranstaltninger, og hvornår disse blive uforholdsmæssigt byrdefulde.

3.5.3 Hensigtsmæssige foranstaltninger

Formålet med bestemmelsen i forskelsbehandlingslovens § 2 a, er ligeledes at fastlægge arbejdsgiverens pligt til at sørge for passende foranstaltninger, der tager højde for de behov, som en person med handicap har, for at opnå adgang til arbejdsmarkedet, bevare sit nuværende arbejde og udvikle sig i sin stilling på samme måde, som de øvrige kollegaer, der ikke har et handicap.¹⁰⁷ Det betyder i praksis, at arbejdsgiveren skal sørge for, at foranstaltningerne skal være tilpasset til de konkrete behov en ansøger eller medarbejder måtte have, således de kan arbejde i stillingen på lige fod med de øvrige medarbejder.¹⁰⁸

En hensigtsmæssig foranstaltning kan bestå af flere ting, men skal i sidste ende tilpasses den konkrete medarbejder. Beskæftigelsesdirektivet giver en opregning af eventuelle foranstaltninger eller tilpasninger i sine betragtninger:¹⁰⁹

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

Det fremgår her af betragtning 20, at arbejdsgiveren ikke blot tilpasse omgivelser som lokaler, og specialudstyr, men at tilpasningen også kan bestå i andre arbejdsopgaver, arbejdsmønstre og eventuel videreuddannelse.

I Ring- og Werge dommen, som tidligere omtalt i afsnit 3.4.1.3, fastslog EU-Domstolen, at nedsat arbejdstid kan være en del af tilpasningsforpligtelsen, selvom det ikke fremgår decideret af lovteksten, men i stedet fortolker domstolen dette som en del af begrebet *arbejdsmønstre*.¹¹⁰ EU-Domstolen mente i sagen, at nedsættelse af arbejdstid godt kan være en rimelig og hensigtsmæssig tilpasning, men bemærker i sidste ende, at det er den nationale domstol, der skal vurdere, om det vil være rimeligt eller uforholdsmæssigt i den konkrete sag.¹¹¹

Hvorvidt der i nogle tilfælde er tale om en uforholdsmæssig byrde, vil behandles i nedenstående afsnit.

¹⁰⁷ Lov nr. 92, samling 2004-2005, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 11.

¹⁰⁸ VEJ nr. 9223 af 05/04/2024, pkt. 4.1.3.1.

¹⁰⁹ 2000/78/EF, betragtning 20.

¹¹⁰ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11), præmis 56.

¹¹¹ De forenede Ring- og Werge-sager (C-333/11 og C-337/11), præmis 59.

3.5.4 Uforholdsmæssig byrde

Det fremgår af beskæftigelsesdirektivets betragtning¹¹², at:

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

Betragtningen her bestemmer, at arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at foretage tilpasninger, hvis det vil medføre en urimeligt stor byrde for arbejdsgiveren at tilrette jobbet. Der vil altså ikke være tilpasningspligt i en sådan situation.¹¹³

Momenter der skal inddrages i denne vurdering, er således *virksomhedens størrelse, virksomhedens finansielle midler og muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte*.

Det er et udtryk for, at selvom forpligtelsen til at foretage tilpasninger sigter mod at beskytte medarbejderen med handicap, skal dette afvejes mod arbejdsgiverens interesse, da byrden ikke må være uforholdsmæssig stor. Derfor indebærer rimelighedsvurderingen også et hensyn til arbejdsgiveren, hvilket yder beskyttelse til denne part også.¹¹⁴

¹¹² 2000/78/EF, betragtning 21.

¹¹³ Nielsen, Ruth: *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 215.

¹¹⁴ VEJ nr. 9223 af 05/04/2024, pkt. 4.1.3.3.

3.6 Opsummering af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse

Når en medarbejder er omfattet af beskyttelsen af handicapbegrebet, pålægges arbejdsgiveren en tilpasningsforpligtelse, der fremgår af forskelsbehandlingslovens § 2 a. Denne forpligtelse blev indført i 2004 som led i Danmarks overholdelse af internationale forpligtelser, herunder implementeringen af EU's beskæftigelsesdirektiv, som omfatter ligebehandling i relation til beskæftigelse og erhverv.

Art. 5 i beskæftigelsesdirektivet kræver, at arbejdsgiveren skal træffe rimelige tilpasninger for personer med handicap. Dette indebærer, at arbejdsgiveren er forpligtet til at foretage hensigtsmæssige foranstaltninger for ansøgere eller medarbejdere med handicap, dog er der en grænse for, hvor stor byrden for arbejdsgiveren må være.

Forskelsbehandlingslovens § 2 a, opdeler forpligtelsen i to dele: den første del pålægger arbejdsgiveren at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger baseret på de konkrete behov hos personen med handicap, for at muliggøre adgang til, udøvelse af, eller fremskridt i sit arbejde samt adgang til uddannelse. Den anden del omhandler, at disse foranstaltninger ikke må pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig stor byrde, og at offentlige tilskud kan gøre denne byrde mindre byrdefuld.

Før tilpasningsforpligtelsen er relevant, er det afgørende, at arbejderne ved eller bør vide, at medarbejderen eller ansøgeren har et handicap. Desuden skal den pågældende være kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen.

I en Skibby Supermarked-sagen, blev en medarbejder med leddegigt efter 14 års ansættelse opsagt under henvisning til 120-dages reglen. Højesteret fastslog, at medarbejderen var omfattet af beskyttelsen i forskelsbehandlingsloven og at arbejdsgiveren ikke havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, da medarbejderen kunne have været omplaceret til et andet arbejde.

Ydermere beskriver beskæftigelsesdirektivet, at direktivet ikke kræver ansættelse, forfremmelse eller fortsat ansættelse af en person, der ikke kan udføre jobbet væsentligste funktioner, selv med rimelige tilpasninger. Dette blev understøttet af Vestre Landsret¹¹⁵, hvor en medarbejder efter en blodprop ikke kunne tilpasse sig nye arbejdsfunktioner trods tilpasningsforsøg. Retten konkluderede, at beskyttelsen af medarbejderen med handicap ikke strækker sig til at fastholde ansættelse i det konkrete tilfælde.

Tilpasningsforpligtelsen indebærer også, at arbejdsgiveren skal vurdere, hvilke hensigtsmæssige foranstaltninger der kan træffes uden at påføre virksomheden en uforholdsmæssig byrde. Ved denne vurdering indgår virksomhedens størrelse, økonomiske forhold og tilgængeligheden af tilskud. Denne

¹¹⁵ U 2013.2435V, blodprop-dommen.

rimelighedsvurdering sikrer, at tilpasningsforpligtelsen opfyldes op en måde, der er rimelig for både medarbejderen og arbejdsgiveren.

Kapitel 4 – Forskelsbehandling af fleksjobbere på arbejdsmarkedet

Denne del af specialet, vil belyse hvordan forskelsbehandlings af fleksjobbere ofte til manifestere sig på arbejdsmarkedet, *før, under* og ved ansættelsens *ophør*.

Før der kan foreligge forskelsbehandling af en fleksjobber, er det et krav, at fleksjobberen skal være handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. En fleksjobber vil ikke nødvendigvis være handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, da der ikke er samme krav for at blive visiteret til fleksjob efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, som der er for at være indeholdt i handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand.

For at blive visiteret til fleksjob, skal der bl.a. foreligge *varig* og *væsentlig* nedsat arbejdsevne, jf. lov om en aktiv beskæftigelsesindsats § 116, stk. 1, 2. pkt. Denne formulering er ikke den samme, når handicapbegrebet efter forskelsbehandlingsloven skal vurderes. Efter forskelsbehandlingsloven, forudsætter et handicap, at der skal være tale om en *langvarig funktionsnedsættelse*¹¹⁶, men kravet om væsentlighed er ikke med i vurderingen.

Der vil således kunne argumenteres for, at en fleksjobber ikke altid vil være omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand. Der skal derfor altid foretages en konkret vurdering af, hvorvidt der foreligger et handicap hos en fleksjobber, før en der kan rejses et krav efter forskelsbehandlingslovens regler.

Selvom der er tale om en konkret vurdering, vil der formegentligt i langt de fleste tilfælde være tale om, at en fleksjobber er omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven.

Denne del af specialet tager udgangspunkt i en række domme, der er afsagt af danske domstole og Ligebehandlingsnævnet.¹¹⁷ Sagerne er særligt relevante, da de giver en indblik i, hvordan diskrimination af fleksjobbere kan forekomme på arbejdsmarkedet. I det følgende vil et udvalg af retspraksis bliver undersøgt for at vise de typiske situationer, hvor fleksjobansatte oplever diskrimination på grund af deres handicap.

¹¹⁶ Ligebehandlingsnævnets notat om handicapbegrebet, s. 8.

¹¹⁷ Ligebehandlingsnævnet er en uafhængig dansk institution, der behandler klager over forskelsbehandling på baggrund af faktorer som race, alder, køn, handicap m.m. og kan tilkende erstatning ved diskrimination.

4.1 Forskelsbehandling af fleksjobbere før ansættelsen

Det fremgår af forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, at en arbejdsgiver ikke må forskelsbehandle lønmodtagere eller ansøgere til ledige stillinger ved ansættelse, afskedigelse, forflyttelse, forfremmelse eller med hensyn til løn- og arbejdsvilkår. Beskyttelsen er således, før ansættelsesforholdet, under ansættelsesforholdet og ved ansættelsesforholdets ophør. I indeværende afsnit, vil forskelsbehandling *før ansættelsen* gennemgås. Denne type sager omhandler ofte situationer, hvor en ansøger bliver uberettiget afvist grundet dennes status som fleksjobber.

4.1.1 Ligebehandlingsnævnet afgørelse J.nr. 18-69701, Ansøgeren¹¹⁸

I en afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet, skulle nævnet taget stilling til, om en klager blev forskelsbehandlet, da han ikke kunne komme i betragtning til en stilling.

I sagen undersøgte en mand, som havde en fleksjobbevilling, muligheden for at opnå ansættelse på baggrund af et jobopslag. Da manden spurgte, fik han at vide, at det var usandsynligt, at han ville blive ansat på fleksjobbetingelser, af en af virksomhedens medarbejdere. Mere konkret svarede medarbejderen:

” (...) vi har brug for en styrkelse af ressourcerne i vores it-enhed og har derfor som udgangspunkt brug for en medarbejder, der kan arbejde 37 timer om ugen. Vi kan derfor næppe tilbyde dig ansættelse i en fleksjobordning ”

Manden kunne derfor fremvise faktiske omstændigheder, der kunne påvise, at han muligvis var blevet udsat for diskrimination på grund af handicap.

Den indklagende virksomhed bemærkede, at de var klar over, at svaret ikke var hensigtsmæssigt. Men den indklagede virksomhed mente ikke, at de kendte til ansøgerens handicap, da han ikke havde fremsendt en ansøgning, hvoraf skånehensynene fremgik. Ydermere tilføjede den indklagede virksomhed, at den havde flere medarbejdere ansat i fleksjob, og at det derfor ikke kunne udelukkes, at indklageren kunne have bestridt jobbet.

Ligebehandlingsnævnet mente ikke, at den indklagende virksomhed kunne løfte den, delte bevisbyrde, og virksomhed kunne ikke bevise, at de havde overholdt ligebehandlingsprincippet.

Manden fik medhold i klagen, men da han ikke havde ansøgt jobbet, var der ikke belæg for at tilkende manden en godtgørelse.

4.1.2 Ligebehandlingsnævnes afgørelse j.nr. 19-41760, Pædagogen¹¹⁹

I en anden afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet, skulle nævnet igen tage stilling til, hvorvidt en klager ikke kom i betragtning til en stilling som pædagog, fordi denne led af et handicap.

¹¹⁸ KEN nr. 9622 af 26/06/2019

¹¹⁹ KEN nr. 9152 af 20/02/2020

Sagen handler om en mand, der tidligere havde lidt en arbejdsskade og som var tilkendt fleksjob. Manden søgte en pædagogstilling på en skole. Skolens leder for fritidsordningen oplyste, at det ikke var muligt at ansætte personer i fleksjob. Manden fremsendte sin ansøgning, hvori det var beskrevet, at han havde problemer med ryggen og havde de sidste seks år arbejdet som pædagog i en børnehave, hvor han arbejdede i et fleksjob på 15 timer ugentligt.

Den indklagede skole besvarede ansøgningen med:

"Kære (klager) Tak for din ansøgning. Jeg har desværre ikke mulighed for at ansætte flex-jobbere. Held og lykke med jobsøgningen (...)"

Nævnet erkendte, at manden havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og at der på baggrund af afslaget forelå faktiske omstændigheder, som kunne antyde, at han var blevet udsat for diskrimination på grund af sit handicap.

Nævnet vurderede, at skolen ikke har formålet at løfte bevisbyrden for, at denne havde overholdt ligebehandlingsprincippet. Nævnet lagde ved vurderingen vægt på, at afvisningen specifikt blev begrundet med mandens skånebehov, som relaterede sig til hans handicap.

Indklageren fik medhold i klagen og nævnet tilkendte ham en erstatning på 12.500, der var skønsmæssigt fastsat. Sagen var således et udtryk for direkte forskelsbehandling, da der var tale om en begrundelse, som rettede sig direkte til ansøgerens handicap.

4.1.3 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-32870, Mystery shopper¹²⁰

I afgørelse j.nr. 21-32870, skulle nævnet tage stilling til om en klager blev forskelsbehandlet på grund af sit handicap, fordi klager ikke kom i betragtning til en stilling som mystery shopper.¹²¹

Sagen omhandlede en kvinde, som indgav en klage til Ligebehandlingsnævnet efter at have fået at vide af en virksomhed, at hun ikke kunne tages i betragtning til en stilling, på grund af sin status som fleksjobber.

Nævnet konkluderede i sagen, at den freelancebaserede stilling som Mystery Shopper var at betragte som et ansættelsesforhold, der var omfattet af forskelsbehandlingsloven. Nævnet tog stilling til dette, da et freelancebaseret forhold i nogle tilfælde, ikke er at anse som et ansættelsesforhold, som i Vestre Landsrets afgørelse fra 2015.¹²²

Kvinden fremlagde faktiske beviser, som var baseret på ordlyden i afslaget, der kunne give anledning til at tro, at hun var blevet udsat for forskelsbehandling på grund af sit handicap i forbindelse med ansættelsesprocessen.

¹²⁰ KEN nr. 9521 af 04/04/2022

¹²¹ En mystery shopper er en helt almindelig kunde, der betales for at besøge en butik, og efterfølgende skal beskrive oplevelsen.

¹²² U 2015.197V

Det fremgik af stillingsopslaget, at hvis man er tildelt fleksjob, så kan man desværre ikke påtage sig jobbet som mystery shopper. Indklager henvendte sig til indklagende virksomhed, så hun kunne få en uddybning på, hvorfor en fleksjobber ikke kunne betræde stillingen.

Indklagede virksomhed besvarede med, at:

” (...) desværre er vores setup med udførelse af mystery shopping opgaver ikke forenelige med brugen af fleksjobbere. (...) ”

Den indklagede virksomhed havde i sit afslag specifikt nævnt fleksjobordningen, der var relateret til kvindens handicap. Den indklagede virksomhed bemærkede efterfølgende, at det var begrundet i, at de ikke havde nok opgave til ansættelse af en fleksjobber, og at der i periode med særligt få opgaver ikke kunne opretholdes en fleksjobber.

Nævnet vurderede derfor, at virksomheden ikke havde formået at bevise, at denne havde overholdt ligebehandlingsprincippet.

Kvinden fik således medhold i sin klage, men da hun ikke havde ansøgt om stillingen, var der ikke grundlag for at tildele hende en godtgørelse, ligesom i sagen om Ansøgeren.¹²³ Der var i sagen tale om en direkte forskelsbehandling, i det indklagede lagde direkte vægt på, at fleksjobbere ikke kunne ansættes.

4.1.4 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 22-28906, Servicehunden¹²⁴

I denne afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet, skulle nævnet afgøre, om en klager ikke kom til samtale, fordi hun var blevet forskelsbehandlet på grund af sit handicap.

En kvinde, diagnosticeret med posttraumatisk belastningsreaktion og som følge deraf benyttede sig af en service hund, klagede over forskelsbehandling på grund af handicap, da hun ikke deltog i en ansættelsessamtale hos den indklagede virksomhed. Klager havde søgt stillingen som bogholder og blev oprindeligt indkaldt til jobsamtale. Under forberedelse til jobsamtalen opstod der en mailkorrespondance mellem klager og indklagede virksomhed omkring nødvendigheden af klagers servicehund, hvorefter klager valgte at trække sig fra jobsamtalen.

Nævnet vurderede, at kvinden ikke havde fremvist tilstrækkelige beviser for, at hun var blevet forskelsbehandlet på grund af sit handicap. Nævnet bemærkede, at det var kvinden selv, der trak sig fra samtalen, og hun blev derfor ikke aktivt fravalgt af virksomheden på grund af sit handicap. Indklagede virksomhed ville drøfte servicehunden over en telefonisk samtale, men opfordrede stadigvæk til jobsamtale.

¹²³ KEN nr. 9622 af 26/06/2019

¹²⁴ KEN nr. 9234 af 15/03/2024

I sagen her, modsat de øvrige, fik klager *ikke* medhold. Sagen er derfor inddraget for at belyse, hvornår nævnet f.eks. vurderer, at der ikke er tale om forskelsbehandling i en lignende sag. Sagen her indikere, at når personen omfattet af beskyttelsen efter forskelsbehandlingsloven selv aktivt trækker sig, og virksomheden ikke har taget et aktivt valg, at der med overvejende sandsynlighed ikke foreligger forskelsbehandling.

4.1.5 Del konklusion – forskelsbehandling før ansættelsen

Afsnittet underbygger og diskutere praksis vedrørende forskelsbehandling baseret på handicap i relation til ansøgere, som er bevilliget fleksjob, før ansættelsesforholdets begyndelse. Forskelsbehandlingslovens § 2 a, stk.1, fastslår forbuddet mod forskelsbehandling i forbindelse med ansættelse, og afsnittet beskriver en række afgørelse fra ligebehandlingsnævnet, som viser anvendelsen af bestemmelsen i praksis.

Sagerne, der præsenteres, involvere fleksjobbere, som enten er blevet afvist på grund af deres handicap eller på anden måde er behandlet anderledes end andre ansøgere. Afgørelserne understreger vigtigheden af, at arbejdsgiveren nøje overvejer og dokumentere deres beslutninger, når de afviser ansøgere med handicap, for at sikre, at disse beslutninger ikke strider imod ligebehandlingsprincippet.

Specifikt illustrere sagen om *Pædagogen*¹²⁵ og *Mystery shopperen*¹²⁶, hvordan direkte henvisning til ansøger fleksjobstatus eller behovet for tilpasning kan udgøre diskriminerende praksis. Derudover bidrager afgørelsen vedrørende *Servicehunden*¹²⁷ til en nuancering af diskussionen, idet den påpeger, at en klager ikke nødvendigvis for medhold, hvis vedkommende selv vælger at trække sig fra en ansættelsesproces, selvom der er indikationer på forskelsbehandling.

I konklusionen på dette afsnit fremhæves det, at trods beskyttelsen fra forskelsbehandlingsloven, så er implementering og overholdelse i praksis kompleks og kræver omhyggelig håndtering og dokumentation fra særligt arbejds, men også ansøger. Yderligere understreger afgørelserne nødvendigheden af klar kommunikation og dokumentation fra arbejdsgiveren side for at undgå brud på ligebehandlingsprincippet og sikre retfærdig behandling af alle ansøgere, uanset handicap.

4.2 Forskelsbehandling af fleksjobbere under ansættelsen

Dette afsnit af specialet, vil belyse nogle udvalgte sager, hvor forskelsbehandling af fleksjobbere forekommer *under* ansættelsesforholdet. Problemerne vedrørende forskelsbehandling opstår typisk omkring løn- og arbejdsvilkår, hvorfor Ligebehandlingsnævnet og domstolen har behandlet en række af denne type sager.

¹²⁵ KEN nr. 9152 af 20/02/2020

¹²⁶ KEN nr. 9521 af 04/04/2022

¹²⁷ KEN nr. 9234 af 15/03/2024

4.2.1 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-45650, Jubilæumsgratiale¹²⁸

I Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-45650, skulle nævnet taget stilling til, hvorvidt klager blev forskelsbehandlet på grund af sit handicap da han fik udtalt et jubilæumsgratiale.

Sagen handlede om en klager, som var ansat i en fleksjobstilling med en ugentlig arbejdstid på fire timer. Klager modtog i forbindelse med sin ansættelse en jubilæums gratiale, der var mindre end det som hans fuldtidskollegaer modtog. Klager opfattede dette, som om han blev forskelsbehandlet på grund af sit handicap.

Klager fremsatte i sagen, at denne modtog 500 kr., mod de 1000 kr., dennes kollegaer fik.

Indklagede begrundede det i, at det var en fast praksis og kutyme, at deltidsansatte fik mindre end de fuldtidsansatte og at dette i øvrigt var sagligt begrundet i princippet om *pro rata temporis*¹²⁹ og at der efter dette princip, alene skulle tilfalde klager 108 kr. (4/37 dele af 1000 kr.)

Nævnet vurderede, at selvom dette var en tilsyneladende neutral praksis, ville denne praksis stille klager ringere, end andre kollegaer. Klager har derfor påvist faktiske omstændigheder, der tyder på, at klager blev indirekte forskelsbehandlet på grund af sit handicap.

Nævnet konkluderede i sagen, at arbejdsgiveren ikke har formået at bevise, at deres fremgangsmåde ved udbetaling af jubilæumsgratiale var objektivt og sagligt begrundet, og at det var passende og nødvendigt at gøre det på denne måde i klagers tilfælde.

Nævnet vurderede, at det var i strid med forskelsbehandlingsloven, at indklagede virksomhed udbetalt et mindre jubilæumsgratiale til klager. Nævnet gav derfor klager medhold.

Indklagede blev idømt at skulle betale en godtgørelse på 2.500 kr. til klager.

4.2.2 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 20-40871, Uddannelseskonsulenten¹³⁰

Ligebehandlingsnævnet skulle i sagen tage stilling til, om en klager blev forskelsbehandlet på grund af sit handicap, da hun i en periode fra 1. juni 2015 til 1. juni 2019, blev ansat fire gange på tidsbegrænsede kontrakter.

I sagen klagede en klager over at have været udsat for forskelsbehandling på grund af sit handicap. Klager, der arbejdede i fleksjob som uddannelseskonsulent hos den påklagede virksomhed, led af en kronisk hjertelidelse, hvilket nødvendiggjorde særlige skånehensyn, heri nedsat arbejdstid. Fra 1. juni 2015 til 1. juni 2019 blev klager gentagne gange ansat på tidsbegrænsede kontrakter.

¹²⁸ KEN nr. 10232 af 28/10/2022

¹²⁹ Pro rata temporis-princippet indebærer en fordeling af beløb eller rettigheder baseret på tid. I arbejdssammenhænge bruges princippet ofte til at beregne delvise lønninger, bonusser eller andre fordele på grundlag af den faktiske arbejdstid eller ansættelsesperiode.

¹³⁰ KEN nr. 9825 af 02/06/2022

Under en jobtilfredshedssamtale d.13. februar 2019 udtrykte klager, at hun gerne ville have en fastansættelse, da de konstante genansættelser medbragte en usikkerhed. Virksomheden informerede klager om, at hendes tidsbegrænsede ansættelser var en følge af hendes helbredstilstand, da virksomheden ønskede fleksibilitet, samt at klager var ansat i fleksjob på grund af sit helbred.

Dette ledte til, at klager kunne fremvise beviser for omstændigheder, der indikerede potentiel forskelsbehandling begrundet i hendes handicap.

Nævnet pålagde derfor virksomheden at bevise, at denne ikke havde brudt ligebehandlingsprincippet. Virksomheden hævdede over for nævnet, at de tidsbegrænsede ansættelser var begrundet i økonomiske årsager. Det var også sket en nedgang i virksomhedens omsætning, men nævnet vurderede, at dette ikke var tilstrækkeligt dokumenteret. Derimod vurderede nævnet, at det var påvist af et referat fra jobtilfredshedssamtalen, at de gentagende ansættelser var grundet i ønsket fleksibilitet samt det forhold, at klager var fleksjobansat.

Som følge af den utilstrækkelige dokumentering, gav nævnet klager medhold. Virksomheden skulle betale 25.000 kr. i godtgørelse til klager.

4.2.3. Vestre Landsrets dom, U 2010.1748V, Advokatsekretæren

Sagen fra Vestre Landsret, omhandlede hvorvidt advokatsekretæren (A) blev opsagt i strid med forskelsbehandlingslovens forbud mod forskelsbehandling på grund af handicap, og om opsigelsen ligeledes var i strid med funktionærlovens § 2 b. Derudover behandles spørgsmålet om, hvorvidt A er berettiget til at pensionsbidrag af den udbetalte løn efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, samt om A har krav på godtgørelse på grund af et mangelfuldt ansættelsesbevis. Grundet specialets omfang og afgrænsning, behandles kun den del af dommen, som vedrører, hvorvidt A blev opsagt i strid med forskelsbehandlingsloven.

Sagen omhandlede A, som havde været ansat hos INTERLEX Advokater (L) siden 1975. Efter at A var involveret i en alvorlig ulykke i 2004, hvor hun pådrog sig et kraniebrud og en hjerneskade, oplevede A symptomer som hukommelsesvækkelse, koncentrationsbesvær mv. På baggrund af en varig nedsættelse af hendes arbejdsevne, blev hun i 2006 bevilliget et fleksjob, hvorunder L indvilligede i at indrette en arbejdsordning, så A kunne arbejde 20 timer om ugen. I 2008 blev A opsagt med den begrundelse, at hun ikke formåede at udføre sit arbejde på en tilfredsstillende måde trods fleksjobordningen. A gjorde herefter krav på godtgørelse, idet hun hævdede, at opsigelsen strider imod forskelsbehandlingsloven.

Landsretten bemærkede, at A's hjerneskade havde medført en permanent funktionsnedsættelse og dermed var hendes tilstand omfattet af handicapbegrebet i loven og derfor beskyttelsen heri. Arbejdsgiveren har derfor en tilpasningsforpligtelse til at træffe konkrete foranstaltninger, som også beskrevet i tidligere i specialet.¹³¹

¹³¹ Se afsnit 3.5.

L bemærker i sagen, at denne ikke mente, at A's tilstand kunne være at betragte som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, da dette allerede var kompenseret for, ved bevillingen af fleksjob. Ydermere bemærkede L, at en yderligere nedsættelse i tid, ikke ville være i overensstemmelse med en nødvendig hensigtsmæssig foranstaltning. Slutteligt bemærker L, at A ikke er omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse, da hun ikke er kompetent, egnet eller disponibel til at udføre de opgaver, der hørte til stillingen.

Vedrørende dette bemærker Landsretten, at L ikke havde bevist, at denne i tilstrækkeligt omfang har forsøgt at tilpasse stillingen til A. Ligeledes at L ikke har bevist, at A ikke længere er kompetent, egnet og disponibel. Det fremgår af Landsrettens begrundelse og resultat, at:

”Interlex Advokater I/S opretholdt A's ansættelse efter ulykken og etablerede et fleksjob, men det er ikke efter bevisførelsen godtgjort, at de i tilstrækkeligt omfang har imødekommet A's konkrete behov, herunder for eksempel tilpasset arbejdsmønstrene og arbejdsfordelingen for en advokatsekretær til A's situation. Det er endvidere ikke godtgjort, at A ikke ville være kompetent, egnet og disponibel, såfremt arbejdsopgaverne havde været tilpasset hendes konkrete situation.”

Landsretten gav A medhold i sagen, og dømte L til at betale 250.000 kr. i godtgørelse til A. Ved udmålingen af godtgørelse lagde retten vægt på, at A havde været ansat i mange år.

4.2.4. Del konklusion – forskelsbehandling under ansættelsen

Afsnittet fremhæver et udvalg af sager, hvor forskelsbehandling af fleksjobbere på arbejdsmarkedet bliver belyst gennem to afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet og en dom fra Vestre Landsret. Disse sager viser klare udfordringer i behandlingen af fleksjobbere med hensyn til løn- og arbejdsvilkår, og viser de forpligtelser, arbejdere har overfor ansatte med nedsat arbejdssevne.

Fra nævnets afgørelser ser vi eksempler, hvor fleksjobbere oplever forskelsbehandling ved tildeling af jubilæumsgratualer¹³² og ringere arbejdsvilkår ved kortvarige ansættelseskontrakter¹³³, hvilket skaber en følelse af usikkerhed. Særligt Uddannelseskonsulenten¹³⁴ viser, at selvom en praksis kan virke neutral, kan dens anvendelse stadigvæk være indirekte diskriminerende og i strid med forskelsbehandlingsloven, hvis den placerer personer med handicap i en ringere position, uden objektiv eller saglig begrundelse.

Landsrettens dom¹³⁵ understreger vigtigheden af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse under ansættelsesforholdet og påviser, at manglende overvejelser omkring tilpasning af arbejdsopgaver og vilkår til personer med handicap kan føre til brud på forskelsbehandlingsloven. Dommen belyser, at det ikke er

¹³² KEN nr. 10232 af 28/10/2022

¹³³ KEN nr. 9825 af 02/06/2022

¹³⁴ KEN nr. 9825 af 02/06/2022

¹³⁵ U 2010.1748V, Advokatsekretæren

tilstrækkeligt for arbejdsgivere blot at oprette et fleksjob; forholdende skal også aktivt tilpasses, så den ansatte reelt kan udføre sig arbejde.

Konklusionen er ydermere, at Vestre Landsret og Ligebehandlingsnævnet understøtter en stærk beskyttelse mod forskelsbehandling, og arbejdsgiverne skal tage aktive skridt for at opfylde deres forpligtelser over for ansatte i fleksjob.

4.3 Forskelsbehandling af fleksjobbere ved ophør af ansættelsen

Forskelsbehandling af fleksjobbere forekommer særligt ved ansættelsesforholdet ophør og det er som oftest her, at de fleste sager om diskrimination af fleksjobbere forekommer. Arbejdsgivere kan godt afskedige fleksjobbere, men dette skal ske på baggrund af et sagligt hensyn. Problemerne opstår særligt vedrørende nedsat arbejdstid, som vil blive belyst nedenfor. Det indeværende afsnit vil således behandle forskelsbehandling af fleksjobbere ved *ophør* af ansættelsen.

4.3.1 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 18-66468, Plejehjemsassistenten¹³⁶

I Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 18-66468, skulle nævnet tage stilling til, hvorvidt klager blev forskelsbehandlet på grund af sit handicap, da klager blev afskediget fra en plejehjem.

Sagen omhandlede en plejehjemsassistent (klager), som tidligere havde været ramt af to blodpropper i hjernen. Klager skiftede til et fleksjob på samme plejehjem, hvor han før havde været i fuldtidsansættelse. Flere år efter skiftet fra fuldtidsansat til fleksjobber, blev klager sammen med fire andre kollegaer afskediget som led i en budgetjustering. I forbindelse med denne beslutning skulle kommunen lave individuelle vurderinger af medarbejderne, og ved vurderingen af klager, tog kommunen (som drev plejehjemmet) stilling til klagers arbejdspræstation, kapacitet, tilpasningsevne og evnen til at håndtere opgaver. Kommune bemærkede, at der allerede ved overgangen fra fuldtid til fleksjob var problemer med klager, og at det var blevet værre sidenhen.

Kommunens vurdering førte derfor til en formodning om, at assistenten kunne have været udsat for diskrimination på grund af sit handicap.

Kommunen havde ikke senere udtrykt utilfredshed med hans præstationer, og der var ingen bevis for, at yderligere tilpasninger var nødvendige. Det er kommunen der har bevisbyrden for, at pligten til at foretage rimeligt tilpasninger er opfyldt.

Kommunen kunne derfor ikke bevise, at assistenten ved opsigelsestidspunktet ikke var kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen.

Ligebehandlingsnævnet gav derfor klager medhold i sagen, og klager blev tilkendt en godtgørelse på 450.000 svarende til ca. 12 måneders løn. Nævnet statuerede i denne sag, at arbejdsgiveren skal være aktiv i sin tilpasningsforpligtelse, og baggrunden for opsigelsen skal være sagligt begrundet. Det var opsigelsen i sagen ikke, hvorfor klager fik medhold.

4.3.2 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 19-32214, Læreren¹³⁷

I denne sag fra Ligebehandlingsnævnet, skulle nævnet tage stilling til et forhold om indirekte diskrimination. Sagen handlede om en klager, der mistede sit lærerjob under en besparelse på skoleområdet, hvor der blev

¹³⁶ KEN nr. 9441 af 24/04/2019

¹³⁷ KEN nr. 9432 af 28/05/2021

foretaget en udvælgelse af medarbejdere baseret på flere forhold, herunder kvalifikationer i klasseledelse. Klager, som led af dissemineret sklerose og havde særlige skånebehov, havde et handicap.

Ligebehandlingsnævnet fandt, at klager kunne vise faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at de tilsyneladende neutrale kriterier, der var blevet brugt i udvælgelsesfasen, stillede hende ringere end sine andre kollegaer, som ikke havde et handicap. Der var navnlig tale om klagers klasseledelse. Kriteriet synes umiddelbart sagligt, problemet opstår imidlertid, at på grund af klagers handicap påvirker dette hendes relation til klasseledelse.

Nævnet vurderede, at den ansættende kommune ikke formåede at løfte bevis for, at denne havde taget højde for klager skånebehov, eller at hun uanset disse behov ville have været valgt til afskedigelse.

Nævnet gav derfor klager medhold og klager blev tildelt en godtgørelse på 385.000 kr., svarende til ni måneders løn.

Kriteriet for afskedigelse synes umiddelbart sagligt, hvilket nævnet også bemærker. Problemet opstår imidlertid, at på grund af klagers handicap påvirker dette særligt hendes relation til klasseledelse. Klager havde nemlig oplyst, at hun på grund af sin lidelse har behov for enkle og overskuelige opgaver i et roligt arbejdsmiljø, hvor der ikke er meget støjbelastning, da dette kunne påvirke klagers klasseledelse. Derfor blive det tilsyneladende saglige kriterie forskelsbehandlende, da klager i relation til klasseledelse, vil stå ringere end sine øvrige kollegaer som følge af sit handicap.

Sagen understreger, at indirekte forskelsbehandling, i modsætningen til f.eks. Plejehjemsassistenten,¹³⁸ hvor der forelå direkte forskelsbehandling, er et reelt problem ved afskedigelse.

4.3.3 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-49064, Projektmedarbejderen¹³⁹

I Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-49064, skulle nævnet tage stilling til, hvorvidt klager var blevet forskelsbehandling på grund af sit handicap, da klager blev afskediget fra sin stilling som projektmedarbejder.

Klager mente i sagen, at denne var blevet forskelsbehandlet på grund af sit handicap, efter han blev afskediget i sin stilling som projektmedarbejder. Klager led af angst og PTSD, hvilket krævede en reduceret arbejdstid og førte til hyppigt sygefravær.

Klagers opsigelse blev begrundet med hans hyppige fravær og tvivl om hans evne til på kort sigt, at kunne udføre sine opgaver tilfredsstillende. Nævnet vurderede derfor, at der var påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var sket forskelsbehandling af klager, grundet klagers handicap.

¹³⁸ KEN nr. 9441 af 24/04/2019

¹³⁹ KEN nr. 9274 af 14/03/2023

Den 12. juni 2020 blev klager informeret om en forestående omplacering til en anden afdeling, en ændring der skulle tilpasse både organisationsstruktur og klagers arbejdssituation. Kort efter dette møde blev klager sygemeldt fra d. 15. juni. En lægeerklæring dateret til d. 29. juni viste, at han kunne genoptage arbejdet hjemmefra fra denne dato. Indklagede virksomhed valgte dog alligevel at afskedige klager d. 24. juni 2020.

Ligebehandlingsnævnet konkluderede i sagen, at indklagede virksomhed ikke havde undersøgt eller afprøvet tilstrækkeligt, om klager kunne fortsætte i sin stilling med passende tilpasninger i den nye afdeling, inden de traf beslutningen om at afskedige ham. Nævnet fandt det heller ikke bevist af virksomheden, at det ville have været urimeligt byrdefuldt af afvente resultatet af omplaceringen eller at klager med rimelige tilpasninger ikke kunne være kompetent, egnet eller disponibel til at kunne opfylde de væsentligste funktioner i stillingen.

Nævnet bemærker her, at arbejdsgiveren er for hurtigt til at afskedige klager. Klager får altså ikke chancen for at starte i den nye afdeling og der bliver ikke gjort et tilpasningsforsøg. I en lignende afgørelse fra Ligebehandlingsnævnet,¹⁴⁰ vurderede nævnet også, at arbejdsgiveren afskedigede medarbejderen uden at leve op til sin tilpasningsforpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2 a.

Klager fik medhold i afgørelsen og blev derfor tildelt en godtgørelse á 550.000 kr. svarende til 12 måneders løn.

4.3.4 Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-28328, Fagforeningen¹⁴¹

Sagen omhandlede en sekretær (klager), der havde et handicap efter forskelsbehandlingsloven. Klager blev opsagt fra sin stilling i en fagforening blot en uge efter, at klager var bevilliget fleksjob.

Afskedigelsen af klager var begrundet i driftsmæssige udfordringer på grund af sekretærens længevarende sygdomsforløb. I afskedigelsesbrevet angav fagforeningen, at fleksjobmodellen set i forhold til de arbejdsopgaver som klager skulle varetage, ikke var hensigtsmæssige for driften i den pågældende afdeling.

Klager havde deltaget i en arbejdsprøvning inden for fagforeningen med det formål at etablere et fastholdelsesfleksjob. Indtil klagers afskedigelse havde fagforeningen implementeret relevante tilpasningsforanstaltninger, herunder nedsættelse af arbejdstid og begrænsning i arbejdsopgaver.

Med disse tilpasningsforanstaltninger på plads, gav fagforeningen på intet tidspunkt udtryk for, at klager ikke kunne varetage dennes opgaver med de konkrete skånehensyn.

Ligebehandlingsnævnet fandt, at organisationen ikke havde bevist, at klager med den nødvendige skånehensyn var ikke var kompetent, egnet eller disponibel til at varetage de væsentligste arbejdsopgaver i stillingen. Endvidere kunne fagforeningen ikke dokumentere, at det ville være en uforholdsmæssig stor belastning at

¹⁴⁰ KEN nr. 10132 af 14/09/2022

¹⁴¹ KEN nr. 10199 af 03/10/2022

fortsætte med at tilbyde de nødvendige tilpasninger og samarbejde med klager og kommunen om fastholdelsesfleksjobbet.

Klager fik således medhold i sin klage og blev tildelt en godtgørelse på 565.000 kr., svarende til 12 måneders løn.

Opsigelsen var i dette tilfælde direkte og udelukkende begrundet i klagers sygdomsforløb, hvori grunden til sygdomsforløbet var udførligt beskrevet og afklaret i forbindelse med visitation og den efterfølgende fleksjobbevilling. Det fremgår af afgørelsen, at indtil opsigelsen af klager havde fagforeningen løbende tilpasset arbejdet ved henholdsvis nedsættelse i timer og arbejdsopgaver, og kunne ikke påvise, at det ville være byrdefuldt at fortsætte. Nævnet konkluderede, at der var tale om direkte forskelsbehandling. Afgørelsen understøtter de øvrige afgørelser i, at særligt arbejdstid og mangel på tilpasning herpå er et problem.

4.3.5 Del konklusion – forskelsbehandling ved ansættelsens ophør

Afsnittet fokuserer på, hvordan fleksjobbere ofte støder på diskrimination ved ansættelsesforholdets ophør. Flere afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet belyser forskellige scenarier, hvor fleksjobbere bliver forskelsbehandlet, primært på grund af deres nedsatte arbejdstid, som er en del af deres skånehensyn.

De fire nævnte afgørelser viser en tydelig tendens til, at arbejdsgivere ikke altid overholder deres forpligtelser i henhold til forskelsbehandlingsloven. I det fleste tilfælde (tre ud af fire) er der tale om direkte forskelsbehandling, hvor medarbejdernes handicap åbenlyst spiller en rolle i beslutningen for deres afskedigelse. I sagen om Læreren,¹⁴² er der tale om indirekte forskelsbehandling, hvor tilsyneladende neutrale kriterier uforholdsmæssigt påvirker den handicappede ansatte negativt.

Afgørelserne understreger vigtigheden af, at arbejdsgivere ikke kun foretager saglige og velbegrundede vurderinger, men også aktivt indgår i tilpasningsforanstaltninger for at imødekomme fleksjobberes særlige behov. Dette indebærer en forpligtelse til at afvente resultater af eventuelle omplaceringer eller tilpasningsprocesser, før drastiske beslutninger som afskedigelser træffes. Mangel på sådanne overvejelser fører ofte til, at arbejdsgivere ikke kan løfte bevisbyrden for, at opsigelse er sagligt begrundede.

Nævnet tildeler betydelige godtgørelser på op mod 565.000 kr. til klagere, som sender et stærkt signal om nødvendigheden af at overholde forskelsbehandlingsloven.

¹⁴² KEN nr. 9432 af 28/05/2021

Kapitel 5 – Udmåling af godtgørelse

For at sikre effektive regler og beskyttelse af handicappede, herunder fleksjobbere, mod forskelsbehandling, skal sanktionerne dels være proportionelle, og dels have en afskrækkende virkning.¹⁴³

Godtgørelsesvurderingen når fleksjobbere blive forskelsbehandlet har imidlertid været uklar siden fleksjobordning trådte i kraft den 1. januar 2013. Praksis har vist, at fleksjobbere ansat på den ”gamle” ordning, altså personer, der fik tilkendt fleksjobbevilling før den 1. januar 2013, fik tilkendt godtgørelser af mellem 9-12 måneders løn i tilfælde af ulovlig opsigelse, hvor der forelå brud på forskelsbehandlingsloven.¹⁴⁴ Månedslønnen, som lå til grund for godtgørelserne, var sammensat af en samlet ”lønpakke”, hvor både den faktiske løn som arbejdsgiveren betalte og fleksløntilskuddet fra kommune indgår. Denne samlede lønpakke var som udgangspunkt tilsvarende det, som en almindelig fuldtidsansat ville få i mindsteløn efter overenskomst. En opsigelse i strid med forskelsbehandlingsloven var med andre ord omkostningsfuld for arbejdsgiveren.

For så vidt angår personer, der har fået bevilliget fleksjob efter den ”nye” ordning efter den 1. januar 2013, har praksis derimod været tvetydig. Vestre Landsret har afsagt to domme,¹⁴⁵ som modsiger hinanden med blot en enkelt uges mellemrum. I U 2023.2831V mente landsretten, at godtgørelsen skulle indeholde både den faktiske løn som arbejdsgiveren udbetaler og fleksløntilskuddet. I U 2023.2841V vurderede landsretten derimod, at godtgørelsen udelukkende skulle indeholde den reelle løn fra arbejdsgiveren, som er af betydelig mindre størrelse.

Ved anke af den ene af disse domme¹⁴⁶ og en tilsvarende dom fra Østre Landsret,¹⁴⁷ kom Højesteret frem til, at udmålingen af godtgørelsen alene skal tage udgangspunkt i den faktiske løn som arbejdsgiveren udbetaler til fleksjobberen, men ikke indeholde fleksløntilskuddet.¹⁴⁸ Der anes således en ændring i retstilstanden, hvoraf fleksløntilskuddet ikke indgår i godtgørelsen. Fordi godtgørelsesudbetalingens størrelse er blevet mindre, er spørgsmålet om arbejdsgiverne er blevet mere tilbøjelige til at afskedige fleksjobbere på et usagligt grundlag.

Det følgende afsnit vil derfor analysere de ovenfor nævnte domme for at belyse, hvordan retstilstanden på området er fremadrettet.

¹⁴³ Østre Landsret, U 2023.1434Ø

¹⁴⁴ Nielsen, Ruth: *Lov om forbud mod forskelsbehandling*, 1. udgave, 1. oplag, 2017. S. 251.

¹⁴⁵ Vestre Landsret, U 2023.2841V og U 2023.2841V

¹⁴⁶ Vestre Landsret, U 2023.2841V

¹⁴⁷ Østre Landsret, U 2023.1434Ø

¹⁴⁸ Højesterets samtidige afgørelse, U 2024.2491 og U 2024.2472

5.1 Østre Landsrets afgørelse af 14. december 2022 – U 2023.1434Ø

Analysen tager udgangspunkt i Østre Landsret dom, hvor retten skulle tage stilling til udmålingen af godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven til en butiksassistent, som var blevet afskediget under henvisning til omstrukturering.

Butiksassistenten var fleksjobansat i Rema 1000 med en ugentlig arbejdstid på 2,5 time. Butiksassistenten modtog et månedligt fleksløntilskud på 18.489 kr. fra kommunen, mens den reelle lønudbetaling fra arbejdsgiveren var omkring 1.550 kr. Da opsigelsen fandt sted, havde butiksassistenten været ansat i omkring 2 år.

Østre Landsret fandt, at arbejdsgiveren ikke havde opfyldt til tilpasningsforpligtelse over for butiksassistenten, og at afskedigelsen derfor var i strid med forskelsbehandlingslovens §§ 2 og 2 a. Landsretten bemærkede, at butikken havde ansat en anden medarbejder, som var blevet visiteret til at arbejde 30 timer i ugen. I denne sammenhæng vurderede landsretten, at arbejdsgiveren som en del af sin tilpasningsforpligtelse kunne have valgt at ansætte denne medarbejder til færre end de visiterede 30 timer eller reduceret arbejdstiden for en af de andre medarbejdere i butikken.

Spørgsmål blev følgelig, om godtgørelsen efter forskelsbehandlingsloven skulle baseret på den overenskomstmæssige løn, altså den faktiske løn fra arbejdsgiveren og fleksløntilskuddet, eller alene på den faktiske løn udbetalt af arbejdsgiveren uden fleksløntilskuddet.

Landsretten bemærkede, at det følger af retspraksis, herunder U 2013.2575¹⁴⁹, at der ved fastsættelse af godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, skal tages udgangspunkt i de retningslinjer, der har udviklet sig i praksis ved afskedigelse i strid med ligebehandlingslovens § 9, hvorefter godtgørelser fastsættes til et vist antal måneders løn afhængigt af krænkelsens grovhed og hvor lang tid medarbejderen har været ansat i den pågældende virksomhed.

Landsretten udtalte følgende i den forbindelse:

”Udgangspunktet er herefter, at godtgørelsen skal udmåles i forhold til den løn, der faktisk udbetales af arbejdsgiveren. Der findes allerede derfor ikke grundlag for at udmåle godtgørelsen med udgangspunkt i den overenskomstmæssige løn for en fuldtidsansat.”

Hertil tilføjede landsretten:

”Det findes videre bedst stemmende med den hidtidige retspraksis for udmåling af godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven og ligebehandlingsloven, at godtgørelsen fastsættes med udgangspunkt i

¹⁴⁹ I Højesterets dom U 2023.2575 fastsatte domstolen en godtgørelse på 84.000, der var svarende til 6 måneders løn.

arbejdsgiverens reelle lønudgift i ansættelsesforholdet, således at der ved udmåling ikke medregnes flekssløntilskuddet fra kommunen.”

Landsretten bemærkede altså i dommen, at godtgørelsen skal udmåles på lige fod med tidligere praksis, og at dette godtgørelsen omfattede kun den faktiske løn betalt af arbejdsgiveren. Denne praksis gælder for fleksjobbere, der er ansat på den nye ordning.

Dernæst bliver spørgsmålet, hvorvidt den forskel der er på udmålingen i godtgørelsen til fleksjobbere bevilliget fleksjob før 1. januar 2013 og dem bevilliget efter 1. januar 2013, i sig selv udgør en forskelsbehandling.

Landsretten bemærkede til dette, at dette skal tolkes i forhold til de bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv¹⁵⁰ og formålet med ændringen af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats i 2013 (ændringen af fleksjobordning).

Til dette bemærkede domstolen, at formålet med ændringen af fleksjobordningen var at målrette ordningen, så de mennesker der havde sværest ved at komme i arbejde også kunne komme i fleksjob og derved blive en del af arbejdsmarkedet. Ligeledes at det skulle være mere attraktivt for arbejdsgiveren at ansætte en fleksjobber, da arbejdsgiveren nu alene skulle betale for den faktiske løn og ikke som førhen 1/3 eller 2/3 af lønnen.

På anden vis udtalte Østre Landsret, at arbejdsgiveren, der ansætter fleksjobbere efter 1. januar 2013, også betaler mindre, hvorfor det er mere attraktivt at ansætte en fleksjobber. Ligeledes, at formålet er, at flere arbejdsgivere skal ansætte en fleksjobber efter denne ændring. Landsretten bemærker derfor, at det vil være mod formålet, hvis en godtgørelse for en lovovertrædelse er uproportionel i forhold til, hvad arbejdsgiveren betaler.

Herudover bemærker domstolen, at det af EU-Domstolens afgørelse, Colson¹⁵¹, fremgik, at erstatning ved en overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling skal være effektiv og have en afskrækkende virkning, så det ikke blot bliver symbolsk.

Til det udtalte landsretten:

”Henset hertil finder landsretten, at godtgørelsen skal udmåles skønsmæssigt og ikke udelukkende ud fra den faktiske størrelse af Appellants, tidligere Sagsøger arbejdsgiverbetalte løn, da lønnen uden fleksjobtilskuddet er så lav, at godtgørelsen ikke ville have tilstrækkelig afskrækkende virkning. Der findes derfor grundlag for at fravige de sædvanlige udmålingskriterier, der er fastlagt i retspraksis.”

Domstolen valgte derfor alligevel at fravige udmålingskriterierne i retspraksis, i de situationer, hvor den faktiske løn er så lav, at det ikke ville være afskrækkende. Landsretten fastsatte herefter godtgørelsen til 30.000 kr. Der kan derfor udledes af dommen, at det ikke altid kun vil være den faktiske løn, men i nogle tilfælde vil

¹⁵⁰ Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

¹⁵¹ EU-Domstolens dom af 10. april 1984 i sag C-14/83, Colson.

beregningen også være skønsmæssig, hvis dommen skal leve op til det EU-retslige princip om, at godtgørelsen skal være afskrækkende. Uden den skønsmæssige fastsættelse, ville godtgørelsen blot have været fastsat til 14.000 kr.

5.2 Vestre Landsrets afgørelse af 23. marts 2023 – U 2023.2841V

Et lignende resultat kom Vestre Landsret frem til i U 2023.2841V.

Sagen omhandlede en medarbejder ansat i fleksjob med en ugentlig arbejdstid på først 6 timer og senere 10 timer. Medarbejderen udførte primært lagerarbejde, men ifølge ansættelseskontrakten skulle hun også rådgive kunder og deltage i messer om negle. Efter ca. 2,5 års ansættelse blev medarbejderen opsagt på grund af en omstrukturering i virksomheden, hvor hendes stilling blev nedlagt.

Det var ubestridt for landsretten, at opsigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven, og at medarbejderen derfor havde ret til en godtgørelse. Herefter var spørgsmålet, ligesom i ovenstående dom U 2023.1434Ø om godtgørelsen efter forskelsbehandlingsloven skulle beregnes ud fra den overenskomstmæssige løn for en lignende fuldtidsansat, herunder den faktiske løn med fleksløntilskud, eller blot den faktiske udbetale løn fra arbejdsgiveren, uden fleksløntilskuddet.

Vestre Landsret fastslog, ligesom U 2023.1434Ø, at godtgørelsen alene skulle beregnes efter den faktiske løn, der blev udbetalt af arbejdsgiveren.

Landsretten lagde til grund herfor, at godtgørelsen skulle ses i lyset af det bagvedliggende beskæftigelsesdirektiv og formålet med lovændringen af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, hvori fleksjobordningen fremgår.

Vestre landsret understøttede dog begrundelsen for udmålingen af faktiske med:

”Efter karakteren af ansættelsesforholdet og i overensstemmelse med den hidtidige praksis for udmåling af godtgørelser efter forskelsbehandlingsloven og under hensyntagen til, at der netop er tale om en godtgørelse og ikke en erstatning, finder landsretten, at godtgørelsen til A skal fastsættes med udgangspunkt i M’s reelle lønudgift i ansættelsesforholdet således, at der ved udmålingen ikke medregnes fleksløntilskuddet fra kommunen. En sådan godtgørelse vil udgøre en følelig sanktion og have en afskrækkende virkning og dermed leve op til det EU-retslige effektivitetsprincip, der følger af artikel 17 og af præambelens betragtning 35 i beskæftigelsesdirektivet.”

I denne begrundelse bemærkede retten, at der var tale om en godtgørelse og ikke en erstatning. Hvilket typer på, at retten mener taler for, at beløbet også er passende uden fleksløntilskuddet.

Retten fastsatte herefter godtgørelsen med udgangspunkt i den faktiske løn, som arbejdsgiveren betalte. Godtgørelsen var derfor 66.278,34 kr., og denne gang var der ingen skønsmæssig vurdering ved fastsættelsen,

som der var i Østre Landsrets afgørelse. Der blev ikke foretaget en skønsmæssig ændring af godtgørelsen, fordi retten mente, at den samlede vurdering ikke gav anledning til det. Herunder, var der taget hensyn til krænkelsen af individet, længden på ansættelsesforholdet og grovheden af overtrædelsen.

5.3 Vestre Landsrets afgørelse af 29. marts 2023 – U 2023.2831V

Blot en uge efter U 2023.2841V skulle Vestre Landsret igen tage stilling til en lignende sag.

Sagen omhandlede afskedigelsen af en medarbejder ansat i fleksjob efter 1. januar 2013. Det var ubestridt, at medarbejderen var handicappet i henhold til forskelsbehandlingsloven.

Landsretten vurderede, at medarbejderen var blevet forskelsbehandlet og dermed havde ret til en godtgørelse. Spørgsmålet blev imidlertid, som i de forrige sager, hvordan godtgørelsen skulle udmåles.

Vestrelandsret anførte ved begrundelsen for udmåling af godtgørelsen, at godtgørelsen skulle fastsættes efter fast praksis, det vil sige et antal måneders løn, baseret på grovheden af krænkelsen og medarbejderens anciennitet. Dette minder meget om begrundelsen, der blev afsagt i U 2023.2841V.

Der bemærkes i forlængelse af retten, at der skal tages hensyn de formål, lovgiver havde med ændringen af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats. Til dette bemærkede retten:

”Det fremgår ikke af lovens forarbejder, om der ved ændringen har været tilsigtet en ændring af ansatte i fleksjobs beskyttelse efter forskelsbehandlingsloven eller ligebehandlingsloven. Beskæftigelsesministeren har i et svar af 29. november 2012 om fleksjobansattes afskedigelsesbeskyttelse til Folketingets Beskæftigelsesudvalg i anledning af lovforslaget (Beskæftigelsesudvalget 2012-13 L53, endeligt svar på spørgsmål 17) bl.a. anført, at der ved den foreslåede ordning ikke vil være forskel på beskyttelsen af ansatte i fleksjob hos samme arbejdsgiver, uanset om personen har meget ringe eller mindre ringe arbejdsevne.”

Landsretten inddrog en anden ligestillingsproblematik, som ikke var nævnt i de tidligere domme. Her lå retten vægt på, at formålet ikke var, at fleksjobbere skulle stilles ringere efter lovændringen. Til dette tilføjede retten yderligere:

”En ordning, hvorefter godtgørelsen for ansatte omfattet af den nugældende fleksjobordning alene fastsættes med udgangspunkt i arbejdsgiverens reelle lønudgift, vil indebære, at ansatte med meget ringe arbejdsevne ikke ydes samme beskyttelse som ansatte med mindre ringe arbejdsevne, da arbejdsgiverens reelle lønudgift vil afhænge af arbejdsevnen.”

Forarbejderne, eller manglerne på samme, bliver tillagt en større vægt ved afgørelsen af godtgørelsen. Tillige gør det fremlagte ministersvar.

På baggrund af ovenstående fandt landsretten, at det bedst afspejler den praksis, der var gældende for godtgørelse til ansatte under den tidligere fleksjobordning, samt lovgivers intentioner ved lovændringen, at

godtgørelsen for ansatte under den nuværende fleksjobordning ikke baseres på arbejdsgiverens faktiske lønudgift. Landsretten mente i stedet, at godtgørelsen burde beregnes ud fra medarbejderens samlede lønindkomst, inklusive flekstilskuddet fra kommunen.

På baggrund af det anførte, fastslog Vestre Landsret, at godtgørelsen skal udmåles til 197.812,98 kr. Afgørelsen går derfor imod tidligere retspraksis på området og skaber derfor en usikkerhed omkring retstilstanden.

5.4 Højesterets afgørelse af 12. marts 2024 (U 2024.2491 og U 2024.2472)

Højesteret afsagde d. 12. marts 2024 to samtidige afgørelser.

Ved domsafsigelsen behandlede Højesteret de to indankede domme den tidligere nævnte dom fra Østre Landsret, som omhandlede en afskedigelse af en Rema 1000 butiksassistent, som modtog en godtgørelse på 30.000 kr.,¹⁵² og tidligere nævnte dom fra Vestre Landsret, som omhandlede en fleksjobber, der hovedsageligt lavede lagerarbejde og som modtog en godtgørelse på 66.278,34 kr.¹⁵³

Højesterets begrundelse og resultat var identiske i begge sager, foruden for selve størrelsen af godtgørelsen, hvorfor de analyseres samlet nedenfor.

Sagen omhandlede, hvorvidt godtgørelsen efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, skulle beregnes udelukkende baseret på den faktisk udbetalte løn fra arbejdsgiveren, eller om godtgørelsen skal være en sammensætning af den faktiske løn og det udbetalte flekslønstilskud fra kommunen. Hvis godtgørelsen kun baseres på den faktiske løn, skal det vurderes, om denne forskel i godtgørelsen for fleksjobsansatte, der blev bevilliget fleksjob før d. 1. januar 2013, og dem, der begyndte senere, er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling. Derudover skal det afklares, hvorvidt der er grundlag for at forhøje den godtgørelse, som landsretten har sat i de respektive afgørelser på henholdsvis 30.000 og 66.278,34 kr.

5.4.1 Sammensætningen af godtgørelsen

Vedrørende sammensætningen af godtgørelsen, tog Højesteret udgangspunkt i fleksjobordningen og den grundlæggende forskel, der er i selve tilskudsmodellen. Dette er også beskrevet kort i specialets afsnit 2.2.

Domstolen bemærkede, at der ved personer, som fik bevilliget fleksjob efter ordningen *før* d. 1. januar 2013, fungerer tilskudsmodellen på en sådan måde, at den fleksjobsansatte var ansat på fuld tid, lige meget hvor mange timer fleksjobberen reelt arbejdede. Arbejdsgiveren betalte hele lønnen og arbejdsgiveren modtog derefter enten 1/2 eller 2/3 af lønnen i tilskud fra kommunen.

Ved den nye model *efter* d. 1. januar 2013, ændrede det sig til, at arbejdsgiveren kun betaler for de timer, som medarbejderen reelt arbejder. Fleksjobberen bliver i stedet kompenseret gennem et flekslønstilskud, som denne

¹⁵² Østre Landsret, U 2023.1434Ø

¹⁵³ Vestre Landsret, U 2023.2841V

modtager direkte fra kommunen. Fleksløntilskuddet, som er op til 98 pct. af dagpengesatsen, bliver i stedet reguleret efter lønnen. Modellen er vendt om.

Højesteret bemærkede i den sammenhænge, at tidligere retspraksis omkring godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, hele tiden har været med på baggrund af den faktiske løn, forskellen er blot, at selve tilskudsmodellen ikke længere er den samme.

I forlængelse af det bemærker Højesteret at:

”Efter den nye fleksjobordning er arbejdsgiveren som nævnt kun forpligtet til at betale den fleksjobansatte løn for den arbejdsindsats, den pågældende reelt yder, hvorimod arbejdsgiveren efter den gamle ordning er forpligtet til at betale den fleksjobansatte løn svarende til lønnen for en fuldtidsansat. Den nye ordning indebærer således en helt anden og mindre lønforpligtelse for arbejdsgiveren end den gamle ordning, og der er tale om to ordninger, som er grundlæggende forskellige.”

Til dette tilføjede Højesteret:

”På den anførte baggrund finder Højesteret, at en fravigelse af udmålingspraksis for så vidt angår personer, der er påbegyndt fleksjobbet den 1. januar 2013 eller senere - således at der ved udmålingen af godtgørelsen tages udgangspunkt i den udbetalte løn med tillæg af fleksløntilskuddet, som den fleksjobansatte modtager fra kommunen - må kræve klare holdepunkter i lovgivningen. Højesteret finder, at der ikke i beskæftigelsesindsatsloven eller dens forarbejder er sådanne holdepunkter.”

Højesteret kom således frem til, at godtgørelsen udelukkende skal baseres på den faktiske løn, som medarbejderen får udbetalt af arbejdsgiveren, og at dette sker på grundlag af, at der ikke findes anden hjemmel. Dette er det modsatte af, hvad Vestre Landsret mente var formålet, jf. omtalen i afsnit 5.3.¹⁵⁴

5.4.2 Er godtgørelsen i strid med forbuddet mod forskelsbehandling

Højesteret skulle også tage stilling til et andet spørgsmål. En godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1, som beregnes udelukkende ud fra den faktiske løn, resulterede i, at personer, der begyndte deres fleksjob før 1. januar 2013, modtager en de facto højere godtgørelse end dem, der begyndte deres fleksjob efter 1. januar 2013. Spørgsmålet bliver så, om dette udgør en forskelsbehandling.

Vedrørende dette spørgsmål henviste Højesteret til hvad der tidligere blev nævnt i landsretten. Herunder, at formålet med lovændringen i lov om en aktiv beskæftigelse var at sikre, at de personer med mindst arbejdsevne også kunne komme ud på arbejdsmarkedet og at ordningen skulle gøres mere attraktiv for arbejdsgivere. Dette blev den f.eks. ved, at arbejdsgiveren efter ændringen af loven, kun skal betale for det arbejde, som fleksjobberen reelt udfører.

¹⁵⁴ Vestre Landsret, U 2023.2831V

Højesteret bemærkede hertil, at retsforholdet mellem medarbejderen og fleksjobberen er forskelligt afhængigt af, hvilken af de to fleksjobordninger som fleksjobberen er omfattet af.

På denne baggrund bemærker Højesteret, at:

”Højesteret finder på denne baggrund, at forskellen i udmålingen af godtgørelsen til fleksjobansatte afhængig af fleksjobbets påbegyndelsestidspunkt ikke indebærer direkte forskelsbehandling, da forskellen ikke er baseret på fleksjobansattes handicap eller er uadskilleligt forbundet med deres handicap, jf. herved præmis 51 i EU-Domstolens dom af 26. januar 2021 i sag C-16/19. Hertil kommer, at der under alle omstændigheder ikke foreligger sammenlignelige situationer.

Endvidere finder Højesteret, at der heller ikke foreligger indirekte forskelsbehandling, idet forskellen i udmåling af godtgørelsen er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.”

Højesteret kom frem til, at der ikke er tale om hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling, og at dette er begrundet i, at der er tale om ikke sammenlignelige situationer og en objektiv begrundelse i et sagligt formål.

5.4.3 Er der grundlag for at forhøje godtgørelsen

I U 2024.2491 og U 2024.2472 kom Højesteret frem til, at der ved godtgørelsen skulle lægges vægt på grovheden af lovovertrædelsen, baggrunden for denne overtrædelse, kränkelsen der er påført den enkelte person, lige så vel som den ansattes løn. Højesteret havde muligheden for at yde indflydelse på godtgørelsen i begge domme, men valgte ikke at gøre dette.

Højesteret mente, at der efter en samlet vurdering ikke var grund til at fravige de resultater, som landsretten allerede var kommet frem til. Der var på den baggrund ikke grundlag for at forhøje godtgørelsen allerede fastsat af landsretten.

Højesteret tiltrådte derfor godtgørelsen på henholdsvis 30.000 kr., og 66.278,34 kr. Højesteret var af den overbevisning, at denne vurdering er i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets art. 17, hvorefter der er bestemt, at sanktioner skal være effektive og stå i rimeligt forhold til overtrædelsen samtidigt med, at sanktionen har en afskrækkende effekt.

Højesterets vurdering om ikke at forhøje godtgørelsen, måtte være en indikation om en retsstilling, hvor godtgørelsesudmåling, alene skal indeholde den faktiske løn, medmindre den faktiske løn er så lav, at det ikke ville være afskrækkende for arbejdsgiverne. I disse tilfælde skulle der en skønsmæssig vurdering til. Hvor denne laveste grænse er, valgte Højesteret ikke at tage stilling til dommen, hvorfor den må afklares i fremtidig retspraksis.

5.5 Fremtidens godtgørelser for fleksjobbere

Ved U 2024.2491 og U 2024.2472, blev retsstillingen vedrørende udmåling af godtgørelse som udgangspunkt fastsat. Udgangspunktet var, at godtgørelsen efter forskelsbehandlingsloven på baggrund af usaglig opsigelse, alene skal baseres på den faktiske løn, som fleksjobberen modtager fra arbejdsgiveren. Der vil dog i nogle situationer være behov for en skønsmæssig udmåling af godtgørelsen, for at godtgørelsen kan leve op til kriterierne i beskæftigelsesdirektivets art. 17, hvoraf det fremgår, at sanktioner skal være effektive, stå i rimelighed til lovovertrædelsen og være afskrækkende.

Fremadrettet betyder dette formentligt, at fleksjobordningen kan få en større udbredelse, i det arbejdsgiveren ikke risikerer lovovertrædelser som tidligere har været tilfældet. Den potentielle godtgørelse er procentuelt lavere, end den har været i tidligere afgørelse, som f.eks. i Ligebehandlingsnævnets afgørelse, Fagforeningen,¹⁵⁵ hvori klager fik tildelt en godtgørelse på 565.000 kr.

Som bemærket i U 2024.2491 og U 2024.2472, er der hverken tale om direkte eller indirekte diskrimination, når godtgørelsen alene skal baseres på den faktiske løn, som bliver udbetalt af arbejdsgiveren. Dette stiller alligevel fleksjobbere, som er startet i ordningen efter 1. januar 2013 ringere i forhold til godtgørelse, end hvad der er tilfældet for de personer, som er bevilliget fleksjob før 1. januar 2013, hvad enten dette har været lovgivers intention eller ikke.

Vestre Landsret mente i U 2023.2831V at formålet med lovændringen i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats ikke var, at fleksjobbere under den nye ordning, skulle stilles ringere end dem, som indgik i den gamle ordning.

Højesteret mente derimod, at lovgiver ikke har taget stilling til problematikken ved lovændringen i 2013, og at det der desuden ikke er tale om sammenlignende situationer.

Udgangspunktet for fremtiden må derfor være, på baggrund af ovenstående analyse, at godtgørelsen skal tage udgangspunkt i den faktiske løn og hvis dette ikke har været lovgivers hensigt, så skal det ændres fra politisk side. Hvorvidt dette fører til en fremtid, hvor der er større tilbøjelighed til at afskedige fleksjobbere på usagligt grundlag, må tiden vise.

Problematikken kan imidlertid fremover opstå, når arbejdsgiveren skal opfylde sin tilpasningsforpligtelse. Der vil også være grund til at tro, at denne nye praksis kan give anledning til spekulationer i, hvorvidt det vil være mere rentabelt for en virksomhed at afskedige en fleksjobber i stedet for at opfylde sin tilpasningsforpligtelse. Da en tilpasningsforpligtelse i nogle tilfælde, særligt hvis der er tale om specielt udstyr, vil være mere økonomisk bebyrdende end at imødekomme en godtgørelse.

¹⁵⁵ KEN nr. 10199 af 03/10/2022

5.6 Del konklusion

For at sikre effektive regler og beskyttelse af fleksjobbere mod forskelsbehandling skal sanktioner stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og hvad en afskrækkende virkning. Siden indførelsen af den nye fleksjobordningen 1. januar 2013 har spørgsmålet om udmåling af godtgørelse ved ulovlig opsigelse været uklart. Analysen viser, at fleksjobbere under den gamle ordning typisk modtager en godtgørelse baseret på den faktiske løn og fleksløntilskuddet, hvilket resulterer i højere godtgørelser. Fleksjobbere under den nye ordning modtager derimod kun godtgørelse baseret på den faktiske løn fra arbejdsgiveren.

Vestre Landsret har i U 2023.2831V og U 2023.2841V fastslået forskellige principper for udmåling af godtgørelse, hvilke skabte en vis usikkerhed. Højesteret har i U 2024.2491 og U 2024.2472 slået fast, at godtgørelse skal baseres på den faktiske løn udbetalt af arbejdsgiveren, uden at inkludere fleksløntilskuddet, hvilket kan gøre det ”billigere” for arbejdsgivere at opsiges fleksjobbere ulovligt.

Fremtiden for godtgørelse til fleksjobbere vil sandsynligvis være præget af denne præcedens, medmindre der sker en politisk ændring. Der vil dog stadig være tilfælde, hvor en skønsmæssig udmåling er nødvendig for at sikre, at godtgørelserne er effektive og afskrækkende, som krævet af beskæftigelsesdirektivet. Dette stiller fleksjobbere, som er startet efter 1. januar 2013, i en vanskeligere position end dem, som startede før denne dato. Hvis dette ikke har været lovgivers hensigt, skal der handles fra politisk side for at ændre retstilstanden.

Kapitel 6 – Konklusion

Formålet med specialet har været at undersøge, hvornår fleksjobbere omfattes af forskelsbehandlingsloven, og hvordan forskelsbehandling af fleksjobbere manifestere sig på arbejdsmarkedet. Gennem en analyse af fleksjobordningen, forskelsbehandlingslovens udvikling og anvendelse, samt konkrete domme og afgørelser, er det blevet tydeligt, at der eksisterer en række komplekse udfordringer og en praksis, der påvirker fleksjobberes vilkår *før, under og efter* ansættelsen.

Kapitel 2 redegør for fleksjobordningen og de kriterier, der skal opfyldes, før en person kan bevilliges fleksjob. Fleksjobordningen er blevet en central del af arbejdsmarkedspolitikken, som har til formål at interagere personer med nedsat arbejdsevne i arbejdsmarkedet. For at blive bevilliget fleksjob, skal en persons arbejdsevne være varigt og væsentligt nedsat, og det skal være dokumenteret, at andre foranstaltninger ikke kan sikre beskæftige på normale vilkår. Denne grundlæggende forståelse af fleksjobordningen er afgørende for at kunne vurdere, hvornår og hvordan forskelsbehandlingsloven finder anvendelse.

Kapitel 3 omhandler forskelsbehandlingslovens historiske udvikling og dens anvendelsesområde, med særligt fokus på EU-Domstolens forståelse af handicapbegrebet og arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse. Denne del af specialet fremhæver, at handicapbegrebet er dynamisk og ikke entydigt defineret, hvilket kan skabe udfordringer i praksis. EU-Domstolen har fastlagt, at handicap skal forstås som en tilstand, der i samspil med forskellige barriere kan hindre fuld og effektiv deltagelse i arbejdslivet på lige fod med andre, som ikke lider af et handicap. Arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse, hvori arbejdsgiveren skal tilpasse arbejdsforholdene til personens konkrete skånebehov, er central for at forhindre forskelsbehandling, men implementeringen af denne forpligtelse kan også variere og kræver en konkret vurdering i hver enkelt sag. Der kan f.eks. være tale om skånebehov i form af nedsat til, eller brug af et arbejdsredskab.

Kapitel 4 analyserer, hvordan forskelsbehandling af fleksjobbere finder sted på arbejdsmarkedet, både før, under og ved ansættelsesforholdets ophør. Gennem en række domme, og en række afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet, belyses forskellige former for forskelsbehandling som fleksjobbere kan opleve.

Ved forskelsbehandling *før* ansættelsen har Ligebehandlingsnævnet i flere sager konkluderet, at fleksjobbere bliver fravalgt på grund af deres nedsatte arbejdsevne. Eksempelvis i sagen med Ansøgeren (J.nr. 18-69701), hvor nævnet fandt, at arbejdsgiveren havde handlet i strid med forskelsbehandlingsloven ved at afvise en ansøger med direkte reference til ansøgerens handicap.

Gennem en analyse af flere afgørelser, hvor fleksjobbere blev behandlet på en ringere måde end andre ansatte, fandt specialet, at der forekom forskelsbehandling *under* ansættelsen. For eksempel i sagen om Jubilæumsgratiale (J.nr. 21-45650), hvor Ligebehandlingsnævnet fandt, at arbejdsgiveren havde forskelsbehandlet en fleksjobansat ved at udbetale et jubilæumsgratiale, som bestod af halvdelen af det beløb de øvrige ansatte modtog.

Vedrørende forskelsbehandling ved ansættelsens *ophør*, så viste denne del, at fleksjobbere ofte oplever usaglige opsigelser. Et eksempel var sagen om Plejehjemsassistenten (J.nr. 18-66468), hvor Ligebehandlingsnævnet vurderede, at opsigelsen var sket på et diskriminerende grundlag, da arbejdsgiveren ikke havde tilpasset arbejdsforholdene efter medarbejderens skånebehov.

Specialets kapitel 5 indeholder en dybdegående analyse af udmåling af godtgørelse til fleksjobbere, som er blevet usagligt opsigt i strid med forskelsbehandlingsloven. Specialet fokuserer på fire centrale domme, som har skabt præcedens for udmåling af godtgørelse i ovenfor nævnte situation.

I Østre Landsrets afgørelse af 14. december 2022 (U 2023.1434Ø), fastlagde landsretten, at godtgørelse alene skal baseres på den faktiske løn udbetalt af arbejdsgiveren uden at inkludere flekslønstilskuddet. Dette kunne potentielt gøre det mindre omkostningstungt for arbejdsgiveren at opsiges fleksjobber ulovligt, hvilket kan påvirke retssikkerheden.

Vestre Landsret afsagde d. 23. marts 2023 (U 2023.2841V) en afgørelse, hvori denne konstaterede, ligesom Østre Landsret, at godtgørelsen alene skulle baseres på den faktiske løn udbetalt af arbejdsgiveren og være foruden flekslønstilskuddet. Knap en uge senere afsagde Vestre Landsret deres afgørelse af 29. marts 2023, hvori de kom frem til det modsatte. Vestre Landsret lagde i denne sag vægt på lovgivers intention om, at fleksjobbere efter den ”nye” ordningen fra 1. januar 2013, ikke skulle stå ringere end dem, som var bevilliget fleksjob før d. 1. januar 2023. Disse to modstridende domme, skabte blot endnu mere usikkerhed på området.

På baggrund af den usikre retsstilling blev Højesteret bedt om at tage stilling til problematikken. Ved Højesterets samtidige afgørelser af 12. marts 2024 (U 2024.2491 og U 2024.2472) tilsluttede Højesteret sig resultaterne afsagt at landsretten, som indebar, at godtgørelsen alene skulle baseres på den faktiske løn. Højesteret gav yderligere klar om beregningsgrundlaget for godtgørelse, og dette har skabt en retspraksis, hvor flekslønstilskuddet ikke indgår i godtgørelsesberegningen, hvilket må sige at have store konsekvenser for fleksjobbene bevilliget fleksjob efter 1. januar 2013.

Specialet konkluderer, at den nuværende praksis med beregning af godtgørelse uden flekslønstilskud vil føre til en lavere godtgørelse for fleksjobbere ved ulovlige afskedigelser. Dette skaber en retstilstand, hvor fleksjobbere, der modtager flekslønstilskud efter 1. januar 2013, stilles økonomisk ringere i godtgørelsessager end på den tidligere ordning. Højesterets afgørelse er en indikation om at fastholde denne beregningsmetode, hvilket understreger behovet for politiske tiltag, hvis fleksjobberes retsstilling skal stå lige så stærkt som tidligere.

Vedrørende vurdering af fremtidig godtgørelse, kommer specialet frem til, at fleksjobbere sandsynligvis vil blive præget af denne praksis, som er fastlagt gennem de analyserede afgørelser. På baggrund af Højesterets afgørelse, gør det nu fleksjobordningen mere attraktiv for arbejdsgivere og en udbredelse af fleksjobordningen er derfor sandsynlig. Dette resultat stemmer også overens med lovgiver hensigt, ved ændringen af loven i 2013.

Hvis retstilstanden skal ændres, vil det sandsynligvis kræve politiske ændringer og i dette tilfælde kan det være nødvendigt at indfører specifikke retningslinjer eller lovændringer, som præciserer, at fleksløntilskuddet skal inkluderes i godtgørelsesudmålingen.

Slutteligt konkluderer specialet, at der fortsat er behov for en juridisk og politisk opmærksomhed på forskelsbehandling af fleksjobbere for at sikre, at de får samme rettigheder og muligheder som de øvrige arbejdstagere på arbejdsmarkedet. Arbejdsgivere skal opfylde deres tilpasningsforpligtelser og sikre, at deres praksis ikke diskriminerer personer med nedsat arbejdsevne. Derudover skal der sikres klare retningslinjer og praksis for udmåling af godtgørelser, der kan fungere som effektive og afskrækkende sanktioner mod forskelsbehandling.

Kapitel 7 – Litteraturliste

7.1 Bøger

- Munk-Hansen, Carsten; *Den juridiske løsning*, 1. udgave. 1, oplag, Djøf Forlag, 2017.
- Munk-Hansen, Carsten; *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. opgave, 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 A/S, 2017.
- Svenning, Andersen, Lars; *Funktionærret*, 6. udgave, 1 oplag, Djøf forlag 2020.

7.2 Hjemmesider

- Danmarks Statistik: <https://www.dst.dk/da/Statistik/nyheder-analyser-publ/nyt/NytHtml?cid=46006>
 - Senest besøgt d. 20-03-2024
- Beskæftigelsesministeriet: <https://bm.dk/nyheder/pressemeddelelser/2023/10/aldrig-set-foer-3-millioner-i-beskaeftigelse/>
 - Senest besøgt d. 22-03-2024
- Ritzau: <https://via.ritzau.dk/pressemeddelelse/13742310/ny-analyse-antallet-af-nye-fortidspensionister-slar-rekord-nogle-kommuner-tildeler-i-stor-stil?publisherId=13559667&lang=da>
 - Senest besøgt d. 22-03-2024
- Jobindsats <https://www.jobindsats.dk/databank/ydelser/fleksjob/personer-forlob-og-udgifter/antal-personer-og-fuldtidspersoner/>
 - Senest besøgt d. 03-03-2024
- Ritzau: <https://via.ritzau.dk/pressemeddelelse/13791884/hk-efter-dom-i-hojesteret-vi-skal-have-genoprettet-beskyttelsen-for-landets-80000-ansatte-i-fleksjob?publisherId=90400&lang=da>
 - Senest besøgt d. 14-05-2024

7.3 Vejledninger

- Beskæftigelsesministeriets vejledning, VEJ nr. 9118 af 04/02/2019, *vejledning om forskelsbehandling*.
- Beskæftigelsesministeriets vejledning, VEJ nr. 9223 af 05/04/2024, *vejledning om forskelsbehandling*.

7.4 Ankestyrelsens principafgørelser

- Ankestyrelsens principafgørelse 35-15
 - KEN nr. 9744 af 07/07/2015
- Ankestyrelsens principafgørelse N-11-06

- KEN nr. 10973 af 29/09/2006

7.5 Internationale og EU-kilder

- Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.
- Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse
- FN's Konvention om Rettigheder for Personer med Handicap

7.6 Lovgrundlag

- Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, *LBK nr. 280 af 01/03/2024*
- Forskelsbehandlingsloven, *LBK nr. 399 af 05/04/2024*
- Ligebehandlingsloven, *LBK nr. 645 af 08/06/2011*

7.7 Lovforarbejder

- Lov nr. 270, samling 1996-1997;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om social bistand og lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel.*
- Lov nr. 136, samling 2000-2001;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om aktiv socialpolitik og andre love.*
- Lov nr. 92, samling 2004-2005;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. (Indsættelse af alder og handicap som kriterier i loven.*
- Lov nr. 233, samling 2005-2006;
 - *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.*
- Lov nr. 53, samling 2012-2013;
 - *Forslag til lov om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, lov om aktiv socialpolitik, lov om social pension og forskellige andre love.*
- Lov nr. 209, samling 2018-2019;
 - *Forslag til Lov om en aktiv beskæftigelsesindsats*

7.8 Danske afgørelser

- U 2010.1748V – Vestre Landsrets dom af 12. marts 2010 – Advokatsekretæren
- U 2012.890H – Højesterets afgørelse af 7. december 2011

- U 2013.2435V – Vestre Landsrets afgørelse af 17. maj 2013 – Blodprop-dommen
- U 2015.3827H – Højesterets afgørelse af 11. august 2014 – Skibby Supermarked
- U 2015.197V – Vestre Landsrets afgørelse af 17. september 2014
- U 2023.1434Ø – Østre Landsrets afgørelse af 14. december 2022
- U 2023.2575Ø – Østre Landsrets afgørelse af 13. marts 2023
- U 2023.2841V – Vestre Landsrets afgørelse af 23. marts 2023
- U 2023.2831V – Vestre Landsrets afgørelse af 29. marts 2023
- U 2024.2491 og U 2024.2472 – Højesterets samtidige afgørelser af 12. marts 2024

7.9 EU-afgørelser

- Sag 170/84, Bilka-dommen, dom af 13-05-1986
- Sag C-13/05, Chacón Navas, dom af 11-07-2006
- Sag C-54/07, Feryn-sagen, dom af 10-06-2008
- De forenede Ring- og Werge-sager C-335/11 og C-337/11, dom af 11-01-2013
- Sag C-354/13, Kaltoft-sagen, dom af 18-12-2018

7.10 Ligebehandlingsnævnets afgørelser

- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 18-66468, Plejehjemsassistenten. KEN nr. 9441 af 24/04/2019
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 18-69701, Ansøgeren. KEN nr. 9622 af 26/06/2019
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 19-41760, Pædagogen. KEN nr. 9152 af 20/02/2020
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 19-32214, Læreren. KEN nr. 9432 af 28/05/2021
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-32870, Mystery shopper. KEN nr. 9521 af 04/04/2022
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 20-40871, Uddannelseskonsulenten. KEN nr. 9825 af 02/06/2022
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-28328, Fagforeningen. KEN nr. 10199 af 03/10/2022
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-45650, Jubilæumsgratiale. KEN nr. 10232 af 28/10/2022
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 21-49064, Projektmedarbejderen. KEN nr. 9274 af 14/03/2023
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse j.nr. 22-28906, Servicehunden. KEN nr. 9234 af 15/03/2024

Kapitel 8 – Bilag

8.1 Bilag 1 – Skærbillede af anslag

