



Juridisk Institut
Aalborg Universitet

Handicapbegrebet i forskelsbehandlingslovens forstand

10. semester

Forfattere:

Lisa Andersen

Emilie W. Eiskjær

Vejleder:

Martin Kristian Valbirk

15. maj 2013

Specialets indhold er frit tilgængeligt, men offentliggørelse skal ske med
korrekt kildeangivelse.

Forord

Specialet er udarbejdet, som det afsluttende projekt på den juridiske kandidatuddannelse, ved Aalborg Universitet. Specialet er skrevet med assistance fra vores vejleder Martin Kristian Valbirk og advokatfirmaet HjulmandKaptain, hvilke har ydet betydelig hjælp. Vi vil hermed gerne rette en tak til disse, for deres støtte.

Indholdsfortegnelse

1. Summary	5
2. Indledning	6
2.1. Problemformulering	7
3. Metodeafsnit	8
3.1. Afgrænsning	8
3.2. Projektets Opbygning.....	10
4. Handicapbegrebet	11
4.1. Indledning.....	11
4.2. Funktionsnedsættelse	13
4.2.1. <i>Beskæftigelsesindsatsloven</i>	13
4.2.2. <i>Kompensationsloven</i>	15
4.3. Retspraksis der fastslår handicap	16
4.4. Retspraksis der afviser handicap.....	25
4.5. Handicap og sygdom - afgrænsning.....	30
4.6. Kompensationsbehov	33
4.7. Rækkevidden.....	38
4.8. Delkonklusion.....	39
5. Varighed	41
5.1. Indledning.....	41
5.2. Chacòn Navas-sagen	42
5.3. Sygedagpengeloven.....	42
5.4. Bekendtgørelse nr. 649 af 25/06/2012.....	43
5.5. Delkonklusion.....	43
6. Arbejdsgiverens forpligtelser	45
6.1. Indledning.....	45
6.2. Generelt om tilpasningsforpligtelsen.....	47
6.2.1. <i>Bevisbyrden</i>	50
6.3. Nedsat arbejdstid som tilpasningsforanstaltning	51
6.3.1. <i>EU-Domstolens dom (Anden Afdeling) 11. april 2013</i>	56
6.4. For byrdefuldt for arbejdsgiveren.....	61
6.4.1. <i>Omdrejningspunkt 1 - Finansielle udgifter og andre omkostninger</i>	62
6.4.2. <i>Omdrejningspunkt 2 - Virksomhedens størrelse og finansielle midler</i> ...	63
6.4.3. <i>Omdrejningspunkt 3 - Offentlige tilskud eller anden støtte</i>	63
6.5. Retspraksis	65
6.6. Sagerne ved Sø- og Handelsretten - muligt udfald.....	70
6.7. Delkonklusion.....	74

7. Godtgørelse	76
7.1. Indledning.....	76
7.2. Retspraksis	77
7.3. Delkonklusion.....	79
8. Konklusion	81
9. Perspektivering.....	83
9.1. Arbejdsgiverens fremgangsmåde	83
9.4.1. Ansættelsessituation.....	83
9.4.2. Opsigelsessituation.....	84
10. Litteraturliste.....	87
10.1. Artikler.....	87
10.2. Betænkninger og forarbejder.....	87
10.3. Bøger	87
10.4. Dansk Domstolspraksis.....	87
10.5. Europæisk Domstolspraksis.....	88

1. Summary

The implementation of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000¹, established a general framework for equal treatment in employment and occupation. This resulted in an amendment to the Danish Discrimination Act, so that disability was added as a protected criteria, which prohibits an employer from discriminating against an employee on the grounds of their disability.

As a member state of the European Union, Denmark is required to implement The Employment Directive, which was met by the addition in 2004. It is left up to the Member States to clarify what is to be understood, by the concept of disability. Unfortunately, the Preparatory to the Danish Discrimination Act, is not particularly illuminating in relation to the Danish understanding of the concept of disability. The question of when a disorder or disease can be characterized as a disability, and thereby covered by the discrimination law's protection area, has therefore been left up to the Danish courts to answer.

It is of great importance, both for the employer and the employee, to know when there is a disability covered by the protection area. The concept of disability is constantly evolving and new issues still emerge. It is not yet clearly defined what it is to be understood by the concept of disability.

The goal of this thesis has been to provide an insight into the current situation and thereby try to define the concept of disability. This has been brought forward by the use of a legal dogmatic basis, in conjunction with a review of the Council Directive Statements, which has contributed to the understanding of the concept of disability.

¹ The Employment Directive

2. Indledning

Ved implementeringen af EU-direktiv 2000/78 (beskæftigelsesdirektivet), gennemførtes i 2004 en ændring af forskelsbehandlingsloven således, at handicap blev tilføjet som et beskyttet kriterie, hvilket forbyder en arbejdsgiver i at diskriminere en medarbejder på grund af dennes handicap.

Danmark er som medlemsland forpligtet til at implementere beskæftigelsesdirektivet, hvilket blev opfyldt ved tilføjelsen i 2004. Det er således overladt til medlemslandene, at klargøre hvad der skal forstås ved begrebet handicap. Desværre er de danske forarbejder til forskelsbehandlingsloven ikke særligt oplysende, i relation til den danske forståelse af handicapbegrebet. Dette har derfor været op til domstolene, hvorfor den efterfølgende retspraksis i stor grad har angået spørgsmålet om, hvornår en lidelse eller et sygdomsforløb kan karakteriseres som handicap, og dermed omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelsesområde.²

Det har stor betydning både for arbejdsgiveren og arbejdstageren at vide, hvornår der er tale om et handicap, og ikke blot sygdom, i forskelsbehandlingslovens forstand. Der foreligger imidlertid ikke en definition, hverken i beskæftigelsesdirektivet eller i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, hvorfor fortolkningen endelig skal fastsættes af domstolene.

Handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven er i konstant udvikling, og der kommer stadig nye afgørelser. Det er endnu ikke klart defineret, hvad der skal til for, at en medarbejder falder ind under handicapbegrebet. Vi vil i vores speciale give et indblik i den nuværende retstilstand samt forsøge, at give en definition på begrebet handicap.

² Finn Schwarz m.fl.: Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven, 1. udg., s. 258

2.1. Problemformulering

Specialets formål er at belyse den nuværende retsstilling på området, samt analysere og vurdere retspraksis i lyset af ændringen i 2004. Opgaven ønsker at bidrage til definitionen af begrebet handicap, i forskelsbehandlingslovens forstand. Specialets problemformulering er formuleret på følgende måde:

Hvad skal forstås ved begrebet handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, herunder arbejdsgiverens særlige tilpasningsforpligtelse?

For at besvare projektets hovedproblem fyldestgørende, vil der igennem opgaven blive besvaret følgende arbejdsspørgsmål:

- Hvad er en funktionsnedsættelse?
- Hvad lægges der i kravet om et kompensationsbehov?
- Hvor lang rækkevidde har handicapbegrebet?
- Hvad skal forstås ved begrebet varighed?
- Er handicapbegrebet for snævert implementeret i dansk ret?
- Hvor langt rækker arbejdsgiverens tilpasningspligt?
- Hvor ligger godtgørelsesniveauet for forskelsbehandling af en handicappet arbejdstager?

Det er hensigten med afhandlingen, at analysere og udrede gældende retspraksis på området, i et forsøg på at afdække en definition på handicapbegrebet.

3. Metodeafsnit

For at belyse det ovenstående vil der blive benyttet et retsdogmatisk udgangspunkt (afdækning af gældende ret), i samspil med en gennemgang af direktivudtalelser fra EU og retspraksis fra EU-domstolen, der kan bidrage til forståelsen af handicapbegrebet. Det er således formålet, at afdække hvad gældende ret er samt bidrage med en belysning, og om muligt, en afdækning af en definition på handicapbegrebet.

Belysningen vil til en hver tid bære præg af, at være gennemgået ud fra den begrænsede retspraksis der er på området, ud fra forarbejderne, den juridiske litteratur samt europæisk retspraksis og lovgivning. Dette skulle have til formål at udrede en definition på handicapbegrebet.

3.1. Afgrænsning

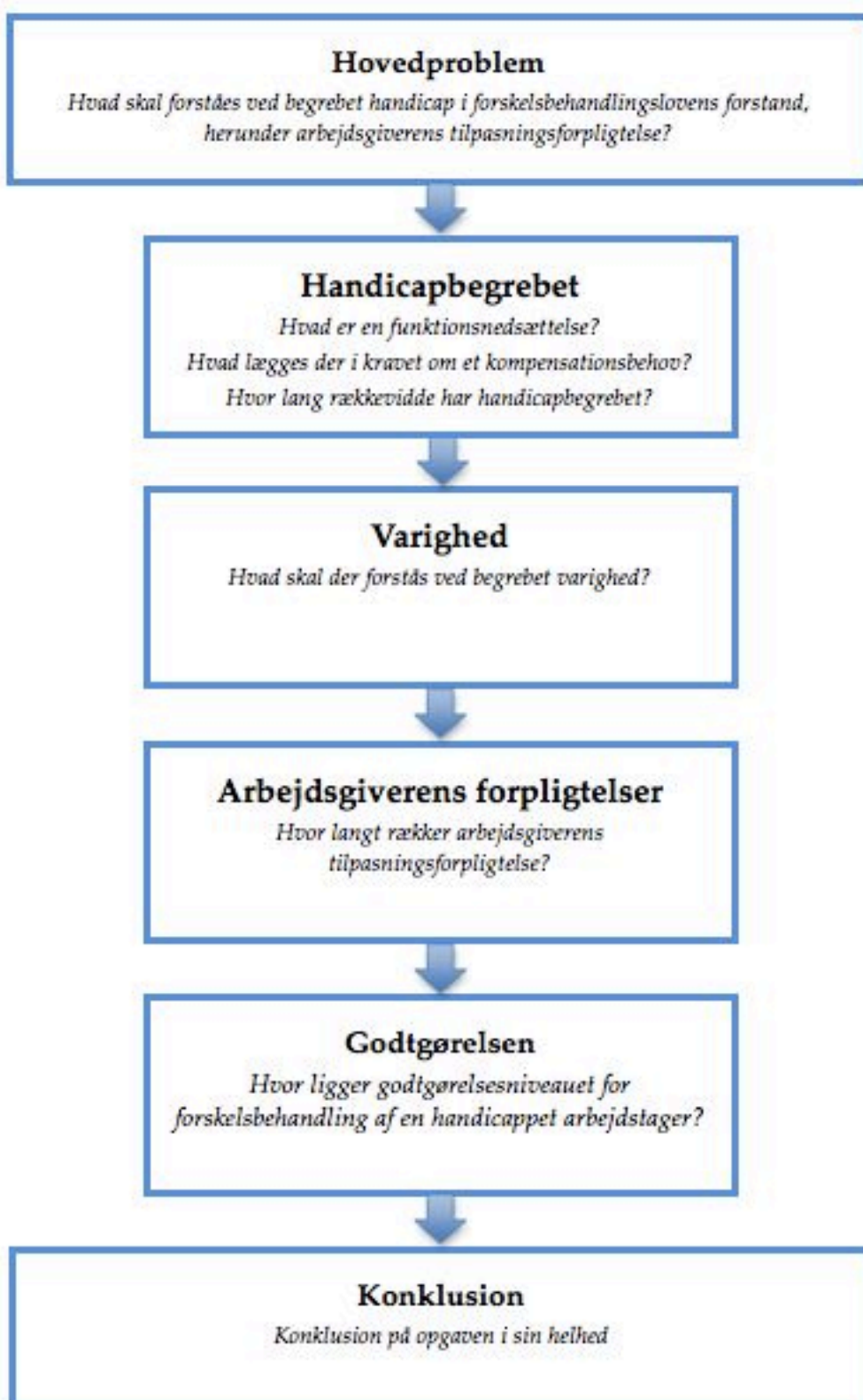
Indledningsvist vil afhandlingen afdække en beskrivelse af handicapbegrebet. Det er således alene begrebet handicap i forbindelse med *forskelsbehandlingsloven*, som vil blive udredet, da tidshorisonten og opgavens udstrækning ikke tillader en nærmere gennemgang af begrebet i forbindelse med lovgivningens andre områder. Arbejdsmarkedetslovgivningens andre områder, vil alene blive inddraget, såfremt disse kan være behjælpelige med en nærmere fortolkning af handicapbegrebet. Endvidere vil forskelsbehandlingslovens øvrige beskyttede kriterier, ikke blive berørt.

For at udarbejde en så fyldestgørende afhandling, som muligt, vil denne indeholde en beskrivelse og udredning af begrebet sygdom, såfremt dette findes relevant. Dette medbringes derfor alene ud fra et ønske om, at give en større forståelse af begrebet handicap.

Handicapbegrebets udstrækning gennemgås i det omfang, det kan bidrage til en nærmere forståelse og udredning af en definition på begrebet.

Til slut vil godtgørelsesniveauet berøres, da dette vil bidrage til en perspektiverende forståelse af begrebets arbejdsretslige praktiske betydning.

3.2. Projektets Opbygning



Formålet med denne grafiske fremvisning er, at skabe overblik samt give en illusorisk fremstilling af projektets behandling af problemstillingen. Det er vores overbevisning, at et sådan overblik vil være gavnlig for forståelsen undervejs og til slut således, at den røde tråd er synlig.

4. Handicapbegrebet

4.1. Indledning

Som tidligere nævnt, ændredes forskelsbehandlingsloven i december 2004, således at handicap, sammen med alder, blev en del af de beskyttede kriterier, jf. forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1. Det har imidlertid efterfølgende vist sig i praksis, at være forbundet med væsentlige problemer, at definere præcist hvad begrebet handicap dækker over.

For at belyse og bidrage til forståelsen af begrebet handicap samt diskrimination heraf, må definitionen således søges i direktivudtalelser fra EU og EU-Domstolens afgørelser, forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, dansk retspraksis og litteraturen iøvrigt.

Rådet har i forbindelse med beskæftigelsesdirektivet ikke defineret handicapbegrebet, og har således efterladt det til medlemslandene selv at definere begrebet. Dette fremgår tillige af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven.³ Man må herefter formode, at definitionen skulle findes i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, desværre er Danmarks fortolkning af dette begreb ikke særligt oplysende, men lader sig i stedet støtte op af det Centrale Handicapråds definition:

*"For at tale om et handicap eller en person med handicap må der kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation, jf. Handicap og Ligebehandling - et refleksionspapir s. 2, Det Centrale Handicapråd, 2001."*⁴

³ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 3

⁴ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 6

Denne definition er på sin vis forvirrende, idet den lægger op til en snæver definition af begrebet handicap, se nedenfor. Ser man i stedet på betragtningerne til beskæftigelsesdirektivet, lægger disse op til en bredere forståelse af handicapbegrebet. Litteraturen har generelt ytret kritik af denne retstilstand, hvilket vil blive analyseret i de følgende afsnit.

Det kan samtidig undres, at der i forarbejderne lægges op til, at der ikke nødvendigvis foreligger et krav om et konkret kompensationsbehov⁵, når det af retspraksis fremgår, at kompensationsbehovet skal tillægges betydelig vægt ved afgørelsen af, hvorvidt der eksisterer et handicap, som det skal forstås i forskelsbehandlingens forstand.

Der er forelagt præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, hvilke denne har afgivet svar på d. 11. april 2013. Disse er accepteret forelagt af Sø- og Handelsretten i forbindelse med to sager angående handicap. EU-Domstolens dom vil ligeledes blive inddraget i de følgende afsnit og således være behjælpelig med en nærmere fortolkning af begrebet handicap.

Indførelsen af handicap, som et beskyttet kriterie, har således efterladt definitionen op til domstolene, hvilket ligeledes afspejler sig i de efterfølgende sager. For at komme nærmere målet, hvilket er at klarlægge dette begreb, vil der i de følgende afsnit blive redegjort for EU-direktivet 2000/78⁶, forarbejderne, retspraksis samt andre fortolkningsbidrag, i et forsøg på at tilnærme sig en definition af begrebet handicap.

⁵ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 6

⁶ Beskæftigelsesdirektivet

4.2. Funktionsnedsættelse

En egentlig definition af begreberne handicap og funktionsnedsættelse, giver hverken forarbejderne eller beskæftigelsesdirektivet, hvorfor man tilnærmelsesvist, må se på den sparsomme retspraksis.

Nedenfor vil forarbejderne blive gennemgået samt de love, hvilke forarbejderne lader sig støtte op af.

4.2.1. Beskæftigelsesindsatsloven

Forarbejderne lader sig blandt andet støtte op af beskæftigelsesindsatsloven, hvilket de gennemgår i punkt 5. *Forholdet til anden lovgivning*, hvor de anfører, at:

“I henhold til lov om aktiv beskæftigelsesindsats er der mulighed for.....”⁷

Denne giver mulighed for at få tilskud til undervisningsmaterialer, arbejdsredskaber, og mindre pladsindretninger i forbindelse med ansættelse af personer med handicap. Det skal her bemærkes, at det er en betingelse, at *“tilskuddet er af afgørende betydning for, at personen kan deltage i tilbuddet, eller at redskabet eller indretningen kompenserer for personens eventuelle begrænsning i arbejdsevnen.”⁸* Det følger af beskæftigelsesindsatsloven, at tilskuddet kan ydes i forbindelse med virksomhedspraktik eller fleksjob og, at dette skal have betydning for, hvorvidt vedkommende kan deltage i fleksjobbet eller den pågældende virksomhedspraktik.

I forbindelse med virksomhedspraktik, er det en betingelse efter beskæftigelseslovens § 77, at den pågældende har en nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne og derved et kompensationsbehov for at kunne deltage.

⁷ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 4

⁸ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 4

Forarbejderne beskriver på samme måde i punkt 5, *Forholdet til anden lovgivning*, at der i forbindelse med fleksjob, kan ydes tilskud til hjælpemidler m.v.⁹ Dette følger af beskæftigelseslovens § 74, hvor det fremgår, at det er en betingelse at arbejdsredskabet eller arbejdspladsindretningen kompenserer for vedkommendes begrænsninger i arbejdsevnen.

Ligeledes skal der for, at den pågældende kan blive berettiget til fleksjob, være tale om en varig begrænsning af arbejdsevnen, som skyldes fysisk, psykisk eller sociale grunde, hvilket fremgår af beskæftigelsesindsatsloven. Der bliver således i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven draget paralleller til beskæftigelsesindsatsloven, som blandt andet anfører, at der skal være en funktionsnedsættelse, hvilken medfører et behov for kompensation – dette kan identificeres med den definition som fremlagt af det Centrale Handicapråd.

Det fremgår af bestemmelsen, at de berettigede til fleksjob er personer, hvis arbejdsevne er nedsat grundet fysisk, psykisk eller sociale grunde. Personkredsen, i forbindelse med tildeling af fleksjob, er således udvidet i forhold til de personer, der er omfattet af handicapbegrebet, hvis man lægger FN's handicap definition til grund. Efter de gamle regler var muligheden for, at få tildelt fleksjob dermed større end muligheden for, at blive betragtet som handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, idet den nedsatte arbejdsevne endvidere kan skyldes sociale grunde.

Anne Mortensen m.fl. klarlægger på samme måde, at det *“at være berettiget til et fleksjob er således ikke synonymt med at være handicappet i fysisk og psykisk forstand, men en person kan omvendt godt på grund af et handicap have en begrænset arbejdsevne, der berettiger til tilskud i henhold til beskæftigelsesindsatsloven.”*¹⁰ Det understreges hermed, at efter de gamle regler, var man ikke nødvendigvis

⁹ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s 4

¹⁰ Anne Mortensen m.fl., Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U.2010B.115, s. 2

omfattet af handicapbegrebet, trods det at den pågældende havde fået tildelt fleksjob.

Det skal her bemærkes, at en konsekvens af EU-Domstolens afgørelse af 11. april 2013, vil formentlig være, at en person som er tildelt fleksjob, ligeledes vil være handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand.

Der er, ifølge forarbejderne, ikke tvivl om, at en person med handicap er berettiget til tilskud, men en nærmere tolkning af handicapbegrebet, bidrager forarbejderne ikke med.

4.2.2. Kompensationsloven

Forarbejderne til forskelsbehandlingsloven henviser endvidere til lov om kompensation til handicappede i erhverv m.v. – personlig assistance. Her beskrives det, at en person med en fysisk funktionsnedsættelse kan opnå tilskud til en personlig assistent. Eksempler på en konkret funktionsnedsættelse fremgår af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven:

”Det er muligt for personer med en fysisk funktionsnedsættelse at opnå tilskud til en personlig assistent, fx for personer med synsnedsættelse eller ordblindhed, alvorligt hørehandicap eller med betydelig eller alvorligt nedsat funktion som følge af et handicap, og som derfor har behov for enten praktisk eller anden særlig bistand.”¹¹

Af kompensationslovens § 4 fremgår, hvilket ligeledes er påpeget i forarbejderne, at personer med en betydelig fysisk eller psykisk funktionsnedsættelse, kan blive ydet personlig assistance. Denne lov bidrager således med en nærmere fortolkning af begrebet handicap, idet der er tale om en betydelig og varig funktionsnedsættelse, der afføder et behov for personlig assistance, for personer med handicap, som nævnt ovenfor.

¹¹ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 4

Advokat Anne Mortensen og cand. Jur. Maria Topholm Skarup sætter, i artiklen "Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb", spørgsmåltegn ved forarbejdernes opbygning. Disse udtrykker, at der i forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, ikke foreligger et krav om et konkret behov for kompensation i forbindelse med handicap, hvorfor det kan undres, at forarbejderne samtidig lægger op til en fortolkning af, begrebet handicap i overensstemmelse med beskæftigelses-indsatsloven og kompensationsloven. Disse love henviser jo netop til, at der opereres med et snævert kompensationsbestemt handicap, hvilket betyder, at der skal være et decideret kompensationsbehov, før der kan statueres handicap. Dette uddybes yderligere i afsnit 4.2.4., kompensationsbehov.

I de to følgende afsnit, vil retspraksis, der henholdsvis fastslår og afviser handicap, blive gennemgået, for hjælpe til en bredere forståelse af, hvorledes handicapbegrebet bør fortolkes.

4.3. Retspraksis der fastslår handicap

I forarbejderne lægges der op til nogle grundlæggende forhold, hvilke har betydning i forbindelse med at vurdere, hvorvidt den pågældende er handicappet. Blandt andet skal der foreligge en psykisk, fysisk eller intellektuel funktionsnedsættelse - denne kan være permanent eller forbigående. Denne funktionsnedsættelse skal påvirke arbejdet således, at medarbejderen rammes i arbejdstiden, eller det skal have betydning for medarbejderens udførelse af arbejdet.¹² Ligeledes skal funktionsnedsættelsen afføde et kompensationsbehov. Se afsnit 4.2.4. for nærmere gennemgang.

For en nærmere afklaring af begrebet handicap er man nødsaget til, at se på tidligere afsagte domme for derved, at klarlægge nogle fundamentale

¹² Finn Schwartz m.fl.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 263

elementer, som formodentligt bør være til stede hos en handicappet medarbejder.

Ser man på dommen U.2008.1450.Ø (arkitekten), som omhandlede en synshandicappet arkitekt, der grundet nedskæringer på arbejdspladsen, blev opsagt. Arkitekten anlagde sag mod arbejdsgiveren, idet han mente, at opsigelsen var sket i strid med forskelsbehandlingsloven. Arkitekten var grundet et større synshandicap, ikke i stand til at besigtige huse på egen hånd og havde derfor en assistent, samt diverse hjælpemidler, til brug for hans arbejde. Det var ikke af parterne bestridt, at arkitekten var handicappet. Retten anfører i sin begrundelse, at:

*“På denne baggrund finder vi, at bestemmelsen om at lægge afgørende vægt på medarbejdernes fleksibilitet var objektivt begrundet i et sagligt formål, og at afskedigelsen af appellantens efter styrelsens forhold var hensigtsmæssig og nødvendig.”*¹³

Landsretten lovliggør således, at opsigelsen indirekte begrundes i medarbejderens handicap, idet den nedsatte fleksibilitet er en direkte følge af dennes synshandicap.

Det fremgår hermed af dommen, at arkitekten er handicappet, hvilket også stemmer overens med forarbejderne; *“f.eks. personer med synsnedsættelse eller ordblindhed.....”*¹⁴ Det kan dog diskuteres, hvorvidt rettens argument for opfyldelse af tilpasningspligten er korrekt. Dette vil blive nærmere gennemgået i afsnit 6.5.

¹³ U.2008.1450.Ø (arkitekten) s. 7

¹⁴ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 4

Ser man i stedet på dommen U.2009.1948.SH (eleven), som omhandlede en uddannelsesaftale mellem en medarbejder LL og et byggemarked W, var der ligeledes i denne dom tale om handicap. Opsigelsen er dog her, modsat ovenstående dom, i strid med forskelsbehandlingsloven.

Elevansættelsen skulle påbegyndes d. 1. september 2004 og afsluttes d. 31. august 2006. Ansættelsen blev etableret med lønstilskud, grundet funktionærens helbredsproblemer med ryggen. I begyndelsen af uddannelsesforløbet, havde LL ikke overflod af sygedage, men dette ændredes med 48 sygedage fra d. 22. december 2004 til d. 21. juni 2005. Herefter blev LL igen sygemeldt d. 27. juli 2005 - på dette tidspunkt blev det erklæret, at LL forventedes sygemeldt i endnu 1-2 uger. LL var dog stadig sygemeldt d. 17. januar med en forventning om yderligere 6-8 ugers fravær.

D. 6. oktober skrev kommunen til LL, at de agtede at bringe revalideringsforløbet samt løntilskud til ophør pr. 31. januar 2006, eftersom LL havde haft meget sygefravær og ikke fandt det realistisk at fortsætte læreforholdet. Kommunen oplyste på samme tid arbejdsgiveren om deres beslutning d. 4. januar 2006, hvorefter denne, d. 17. januar 2006, ophævede uddannelsesaftalen.

Retten lagde, på baggrund af LL's egne oplysninger samt lægelige dokumenter, til grund, at LL havde en funktionsnedsættelse med et deraf affødt kompensationsbehov, i forhold til de arbejdsopgaver som var påkrævet hos arbejdsgiveren. Rygproblemerne var derfor et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Arbejdsgiveren havde ikke truffet de nødvendige afbødningsforanstaltninger, på trods af opfordring fra kommunen, hvilket var medvirkende til, at retten fandt, at ophævelsen af uddannelsesaftalen var uberettiget efter forskelsbehandlingslovens § 7.

I denne dom var der tale om en funktionsnedsættelse med et deraf affødt kompensationsbehov, hvilken arbejdsgiveren ikke havde opfyldt. Et grundlæggende element i denne dom, var blandt andet de lægelige dokumenter, hvoraf det fremgik, at problemerne var af varig karakter og at LL var handicappet i forhold til den konkrete stilling hos arbejdsgiveren, hvilken indebar tunge løft. Det vil således altid bero på en konkret vurdering, hvorvidt den pågældende person er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand.

U.2011.2880.Ø (den hørehandicappede) er på samme måde, som ovenstående dom, et eksempel på en situation, hvor der var tale om uberettiget opsigelse af en medarbejder med en funktionsnedsættelse. Retten fandt at medarbejderen var handicappet i forskelsbehandlingslovensforstand, hvorefter sagsøgers påstand blev taget til følge.

Denne dom vedrører en hørehandicappet medarbejder, A, der efter en periode med sygemelding i sommeren 2009, blev opsagt i en alder af 26 år fra stillingen ved K kommune, som økonomiarbejder, med virkning fra 31. januar 2010. A anlagde herefter sag mod arbejdsgiveren, med påstand om betaling af løn svarende til 15 måneders løn – A gjorde gældende, at forskelsbehandlingsloven var overtrådt. Kommunen påstod frifindelse. Landsretten udtalte, at der var tale om handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, idet A havde en funktionsnedsættelse med et deraf affødt kompensationsbehov i form af et høreimplantat. Uden dette kunne A ikke fungere på lige fod med andre ikke-handicappede arbejdstagere.

Det fremgik ligeledes af opsigelsen, at denne var begrundet i A's dårlige hørelse og efterfølgende sygdom heraf. Ud fra denne opsigelse kunne A påvise, at der var blevet udøvet forskelsbehandling, hvorfor A's påstand blev taget til følge.

I modsætning til U.2008.1450.Ø (arkitekten), hvor der på samme måde var tale om et af de handicap, som er omtalt i forarbejderne, bliver sagsøgers påstand her taget til følge, da det af opsigelsen direkte fremgik, at handicappet blandt andet var årsag til opsigelsen.

På baggrund af denne dom kan det diskuteres, hvorvidt U.2008.1450.Ø (arkitekten) muligvis skulle have haft et andet udfald, idet opsigelsen af arkitekten var indirekte begrundet i dennes handicap. Se mere om dette i afsnit 6.5.

Endvidere understreges det i U.2010.2303.Ø (epilepsi), at epilepsi, som det forelå på opsigelsestidspunktet, ligeledes skal betragtes som handicap. Dommen vedrører en person, A, der siden han var 18 år havde lidt af epilepsi. A havde kun haft 10-15 anfald i tiden op til han blev 33.

A bliver d. 1. september 2007 ansat i et fleksjob på 25 timer om ugen ved sagsøgt cafe. Den 28. april 2008 overgik A til at arbejde for City Bolig A/S, hvilken ligeledes ejes af den personkreds, der står bag cafeen.

På et tidspunkt under ansættelsen er A ude for et trafikuheld, som følge af, at denne er kørt på motorvejen imod færdselsretningen. A ringer dagen efter til arbejdsgiveren for at sygemelde sig, hvorefter denne opsiges A, idet firmaet ikke længere ønsker at være ansvarlige for A's sikkerhed.

Det er lægeligt dokumenteret, at A havde en funktionsnedsættelse, hvilken affødte et kompensationsbehov, ligeledes udtaler Landsretten, at *"på baggrund af de lægelige oplysninger og efter oplysningerne i ressourceprofilen, hvilken profil har dannet baggrund for, at A er kommet under fleksjobordningen, finder landsretten det bevidst, at A's epilepsi har medført en funktionsnedsættelse."*¹⁵ Herefter lægges det af landsretten til grund, at A's epilepsi er af en sådan karakter, at hans funktionsnedsættelse skal kompenseres ved nedsat arbejdstid samt særlige

¹⁵ U.2010.2303.Ø (epilepsi) s. 6

hensyn på arbejdspladsen, hvilket i dette tilfælde ikke er blevet overholdt. Arbejdsgiveren bliver således dømt til at betale godtgørelse til A, da han er blevet opsagt i strid med forskelsbehandlingsloven.

Denne dom viser, at epilepsi, som det forelå på opsigelsestidspunktet, er et handicap i forskelsbehandlingslovensforstand. I det følgende afsnit vil der blive set på en lignende sag, hvor der ikke kunne statueres handicap.

To kendelser som yderligere er behjælpelige med at definere handicapbegrebet, er Sø- og Handelsrettens domme af 24. august 2009 (Werge - Piskesmældsskade) og 24. august 2009 (Ring - Slidgigt). Disse er begge blevet forelagt EU-domstolen til præjudiciel prøvelse, hvorfor de er særlig interessante i forhold til handicapbegrebet. Nedenfor vil begge kendelser blive gennemgået.

Kendelse afsagt d. 24. august 2009 ved Sø- og Handelsretten (Werge - Piskesmældsskade), vedrører en kvinde, Lone Skovboe Werge (F), som blev ansat i firmaet Pro Display d. 26. marts 1998. Den 19. december 2003 var F udsat for et trafikuheld, der medførte en piskesmældsskade. F vender tilbage til arbejdet efter 3 ugers sygefravær, hvorefter F varetager sit job alene med enkelte sygedage i perioden januar til november 2004.

F bliver i november 2004 deltidssygemeldt fra Pro display, med kun få timer på arbejdet. Samtidig bliver der af kommunen givet refusion til Pro display under deltidssygemeldingen.

Den 10. januar 2005, melder F sig endnu engang syg og er fortsat syg d. 23. februar 2005, hvor en lægeerklæring dokumenterer, at det er uvist hvornår F kan vende tilbage. Dette resulterer i, at F, med henvisning til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, opsiges fra sin stilling.

Af de lægelige dokumenter fremgår det blandt andet, at F har en væsentlig funktionsnedsættelse som indvirker negativt på arbejdsevnen. Denne funktionsnedsættelse kunne afhjælpes ved en reduktion af arbejdstiden, hvortil Pro display anførte at »nedsat arbejdstid« ikke kunne betegnes som et kompensationsbehov denne var forpligtet til at acceptere, hvilket også fremgår af de to domme fra Vestre Landsret. For nærmere uddybning se afsnit 4.2.4., kompensationsbehov. Sagens omstændigheder har således medvirket til spørgsmål, hvilke er blevet forelagt EU-Domstolen. Disse spørgsmål vil blive gennemgået i de følgende afsnit.

Ligeledes har kendelse afsagt ved Sø- og Handelsretten den 24. august 2009 (Ring - Slidgigt) deltaget i de spørgsmål, hvilke er blevet forelagt EU-Domstolen. Denne sag drejer sig om Dansk Almennyttigt Boligselskabs (DAB) opsigelse af Jette Ring (F), hvilken var overassistent hos DAB.

Den 17. juli 2000 indgår F ansættelsesaftale med DAB. I forbindelse hermed udfylder hun et helbredsskema, hvor hun erklærer, at hun ikke har lidt af nogen sygdom inden for de sidste tre år. Det fremgår ligeledes af sagens oplysninger, at DAB har en seniorordning, hvilken blandt andet giver mulighed for planlægning af seniortilværelsen – det være sig nedsat arbejdstid eller lignende.¹⁶

F søger d. 17. februar 2005 om hæve-sænkebord, hvorefter arbejdsgiveren meddeler, at muligheden for dette ville blive undersøgt. Herefter sygemeldes F d. 6. juni 2005, grundet en diskusprolaps. Efter en lægeerklæring af 23. juni 2005, der angav "sygdom", som årsagen til fraværet, genoptog F arbejdet. Den 26. august 2005 dokumenterer en lægeerklæring, at F har været sygemeldt siden d. 17. august 2005, grundet sygdom, og der forventedes endnu 1-2 ugers sygefravær.

¹⁶ SH2009.F-19-06S s. 2

Af en email fra 2. september fremgår det, at F ville være sygemeldt til 1. oktober. Herudover blev der talt fleksjob med F. Efterfølgende kommunikeres der med F via telefon, hvor det bliver oplyst, at F skulle gå til genoptræning og derfor ville være deltidssygemeldt fra 1. oktober. F bliver herefter, d. 15. september, 2005 bedt om at indsende en varighedserklæring – af denne fremgik det, at F ville være sygemeldt i 4 uger, hvorefter hun formentligt kunne overgå til delvist uarbejdsdygtig.

Efter udløbet af de 4 uger, ringer F og meddeler, at hun sandsynligvis ville være syg længere og F bliver derfor bedt om, at komme med endnu en lægeerklæring. Det understreges af lægeerklæringen d. 11 oktober, at sygemeldingen forløber yderligere 4 uger, og at delvis uarbejdsdygtighed alligevel ikke var en mulighed.

Der bliver den 15. november 2005 afsendt et brev til F, hvor det klarlægges, at fleksjob ikke er en mulighed. F der stadig var sygemeldt, sender d. 23. november 2005 et brev til DAB's direktør, hvor hun redegør for omstændighederne angående hendes ryg, hvilke skyldes slidgigt. Hun går på daværende tidspunkt til genoptræning, og skal derefter fortsætte med hjemmetræning. Dette hjælper med at stabilisere hendes ryg. Dog udtrykker F, at hun ikke kan arbejde på fuld tid mere, trods store fremskridt og fremsætter derfor ønske om et fleksjob. F modtager efterfølgende et svarbrev, hvor arbejdsgiveren afviser hendes ønske om fleksjob og DAB afskediger herefter F med henvisning til, at hun indenfor 12 måneder, har oppebåret løn under i alt 120 dages sygdom. F var chokeret over dette, da hun ikke forinden var blevet varslet.

Efter afskedigelsen af F, slår DAB en stilling op på 22 timer i deres regionalkontor i Lyngby – denne stilling omfattede de samme opgaver som F i sin tid havde varetaget. F selv bliver ansat i en stilling som receptionist i ADRA

Danmark, med fast ansættelse på fuld tid under fleksjob ordningen, hvorfor den ugentlige arbejdstid er på 20 timer.

De lægelige oplysninger dokumenterer, at F's erhvervsevne er varig nedsat, men trods dette anfører DAB, at opsigelsen af F ikke er i strid med beskæftigelsesdirektivet, idet de ikke mener, at hun ikke er blevet diskrimineret. Ligeledes anfører DAB, at i henhold til Vestre Landsret, er »nedsat arbejdstid« ikke et kompensationsbehov, hvilket de er forpligtet til at acceptere, hvorfor afskedigelsen af F er sagligt begrundet i dennes sygefravær.

Det lægges til grund, at F's rygproblemer skyldes et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Hvorvidt »nedsat arbejdstid« er et kompensationsbehov forelægges EU-Domstolen på samme måde, som kendelsen ovenfor. Dette vil blive nærmere gennemgået i afsnit 6.3.

En dom, hvilken ligeledes staturer handicap, er Østre Landsrets dom af 26. august 2010. Her blev en medarbejder F, der led af sklerose, afskediget fra sit hverv som advokat. F anlagde derefter sag mod arbejdsgiveren, idet hun mente at opsigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven.

Landsretten fandt, at F havde en funktionsnedsættelse med et affødt kompensationsbehov, i form af nedsat arbejdstid, personlig assistance samt indretning af arbejdspladsen således, at hun kunne fungere på lige fod med hendes kollegaer. Eftersom F havde påvist faktiske omstændigheder, hvilke gav anledning til at formode, at der var sket forskelsbehandling på baggrund af dennes handicap, påhvilede det arbejdsgiveren at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket. Retten fandt ikke at arbejdsgiveren kunne løfte bevisbyrden herfor, hvorfor det ikke fandtes godtgjort, at der var behov for at opsiges F. Arbejdsgiveren blev således pålagt, at betale godtgørelse til F.

Dommens udfald kan undres, eftersom Landsretten tidligere og efterfølgende har afsagt domme, hvor sklerose ikke kunne anses for værende handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Dette vil blive nærmere gennemgået i det følgende afsnit.

Dommene ovenfor giver et blandet indblik i, hvorledes en funktionsnedsættelse skal fortolkes. Men noget tyder på, at nogle væsentlige elementer går igen – disse skal formentligt være til stede for, at der kan statueres handicap.

De lægelige oplysninger i sagen skal dokumentere kronisk eller varig lidelse, som gør helbredelsesmulighederne usikre eller langt ude i fremtiden. Se afsnit 5. for nærmere uddybning. Ligeså gælder, at der skal være tab af medarbejderens erhvervsevne. På baggrund af de ovenfor nævnte domme, kan det ligeledes have en vis betydning, at arbejdsgiveren er blevet gjort opmærksom på mulige afbødningsforanstaltninger, og efterfølgende ikke har efterlevet disse. Dette formodes også at have betydning i forhold til vurderingen af, hvorvidt en medarbejder er blevet opsagt i strid med forskelsbehandlingsloven.¹⁷

4.4. Retspraksis der afviser handicap

I forhold til ovenstående domme, hvilke statuerer handicap, vil der i det følgende blive set på retspraksis som afviser handicap, heriblandt de to domme fra Vestre landsret, som begge kendelser fra Sø- og Handelsretten henviser til. Dette kan hjælpe til en bredere forståelse af begrebet handicap.

Indledningsvist betragtes Ligebehandlingsnævnets utrykte afgørelse af 28. november 2012, hvilken behandler endnu en sag om epilepsi. Her var udfaldet

¹⁷ Finn Schwartz m.fl.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 272

et andet end U.2010.2303.Ø (epilepsi), hvorfor det undres, at der i denne sag ikke blev statueret handicap.

I denne sag blev en pædagog, A, som lider af epilepsi, opsagt efter ganske kort tids arbejde. A blev d. 11. januar 2012 ansat i en SFO med tre måneders prøvetid. Hun oplyser, at hun lider af epilepsi, men er inde i en god rytme pga. medicinering. Efter ganske kort tid, bliver A d. 24. januar indkaldt til tjenestelig samtale, grundet flere episoder med børnene. Endvidere fortæller A kollegaerne om sine operationer i hjernen samt en voldtægt. Herudover får A et epilepsianfald til en diskofest i SFO'en, hvor det øvrige personale ikke er i stand til at få kontakt til hende.

Det fremgår ligeledes af de faktiske omstændigheder, at A melder sig for sent syg, hvorefter A forklarer, at hun ikke er bekendt med sygemeldingsproceduren. A modtager d. 2. februar 2012 et brev om, at SFO'en (arbejdsgiveren) påtænker at afskedige hende på baggrund af hendes adfærd overfor kollegaerne samt børnene. SFO'en er bange for, at A ikke kan påtage sig pædagogjobbet på forsvarlig vis, grundet de ovenfor nævnte situationer.

A bliver d. 29. februar afskediget, hvortil A gjorde gældende, at opsigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven. Retten lægger i sagen vægt på de (manglende) lægelige oplysninger, hvorefter de finder at A ikke kunne anses for værende handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, hvorfor opsigelsen ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet.

Denne dom viser, som det ovenfor nævnte, at det formodes at de lægelige dokumenter skal være til stede, før der kan statueres handicap, som var tilfældet i U.2010.2302.Ø (epilepsi) – her kunne der fremvises lægeerklæringer m.v., hvorimod der i denne sag blot var A's ord for at hun led af epilepsi samt,

at hun var under medicinering. Det bliver i U.2010.2302.Ø (epilepsi) endvidere lagt til grund, at sagsøger her har et konkret behov for kompensation.

Har A i denne sag et kompensationsbehov af nogen art, fremgår dette ikke af sagens faktiske omstændigheder. Det skal dog tilføjes, at forarbejderne udtrykker, at en funktionsnedsættelse ikke nødvendigvis behøver at afføde et konkret behov for kompensation. Det må hermed formodes, at de manglende lægelige oplysninger i denne sag, bliver tillagt betydelig vægt.

To domme fra Vestre Landsret der yderligere afviser handicap, og har givet meget omtale grundet udfaldet er, U.2008.306V (sklerose) og Vestre Landsret dom af 1. oktober 2007. Disse vil blive gennemgået nedenfor.

U.2008.306.V (sklerose) angår en kvinde A, som grundet sklerose havde en funktionsnedsættelse. Opsigelsen af A var dog ikke i strid med forskelsbehandlingsloven, idet hendes sklerose ikke kunne anses som værende et handicap i lovens forstand.

A bliver d. 19. december 2003, ansat i virksomheden O, hvor hun beskæftiger sig med telemarketing. Hun indgår i juli 2004 i et fleksjob på 25 timer, grundet multipel sklerose, og ytrer i 2005 ønske om, en yderligere reduktion af den ugentlige arbejdstid til 15 timer, hvilket arbejdsgiveren afviser. A opsiges herefter d. 28. februar 2005. A anlægger efterfølgende sag mod arbejdsgiveren med påstand om, at hun er blevet opsagt i strid med forskelsbehandlingsloven.

Landsretten frifinder arbejdsgiveren, idet de finder det bevist, at A har en funktionsnedsættelse grundet hendes lidelse, men da der alene skulle kompenseres for nedsat arbejdstid, mente retten ikke, at der var tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Landretten anerkender således, at der foreligger en funktionsnedsættelse, men udtaler, at da der alene var et behov for nedsat arbejdstid, kunne sklerose ikke anses for værende handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Endnu en dom, hvilken vedgår at sklerose ikke er handicap, er Østre Landsrets utrykte dom af 11. januar 2013. Her blev en person A, opsagt d. 28. januar 2010 med 4 måneders varsel. A gjorde gældende, at opsigelsen var sket i strid med forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1. Endvidere gjorde A gældende, at han havde haft gener i forbindelse med sit arbejde. Dette havde virksomheden dog ikke bemærket, idet A varetog sine opgaver uden særlige hjælpemidler, hvorfor landsretten tiltrådte, at opsigelsen var sagligt begrundet i virksomhedens nedgang og, at opsigelsen således ikke var i strid med forskelsbehandlingsloven. A's funktionsnedsættelse kunne altså ikke anses som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Denne dom omhandler, på samme vis som de to tidligere nævnte domme, sklerose. Der bliver ikke her statueret handicap, hvilket formentlig er begrundet i medarbejderens manglende funktionsnedsættelse. Som ovenfor beskrevet lægger Retten vægt på, at medarbejderen fungerer på lige fod med virksomhedens øvrige medarbejdere, uden at gøre opmærksom på gener.

Sklerose bliver ligeledes i U.2008.306.V afvist som værende handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Retten lægger her vægt på, at medarbejderen alene havde behov tilpasning i form af nedsat arbejdstid. Som tidligere nævnt kan udfaldet her diskuteres, hvilket da også kan udledes af Østre Landsrets dom af 26. august 2010, hvor Retten anførte, at medarbejderens sklerose medførte en funktionsnedsættelse, og dermed et handicap. Der var i begge sager tale om en medarbejder, hvilken led af multipel sklerose og var tildelt fleksjob, dette ændrer desto mindre ikke ved udfaldet.

Af disse 3 domme kan formentlig udledes, at det altid vil bero på en konkret vurdering, hvorvidt sklerose kan anses for værende handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, under hensyntagen til, hvor fremskreden sygdommen er på opsigelses tidspunktet.

I Vestre Landsrets dom af 1. oktober 2007, afvises det ligeledes, at der er tale om handicap. Denne dom vedrørte en medarbejder, A, som led af post traumatisk stress syndrom (PTSD).

A var fra 1. januar 2005 bevilliget virksomhedspraktik efter beskæftigelsesloven, og med virkning fra 30. september 2005 fik hun bevilliget fleksjob. A bliver herefter opsagt d. 27. december 2005, hvor arbejdsgiveren henviser til, at der er behov for en medarbejder, som kan varetage flere timer på jobbet. A lagde sag an mod arbejdsgiveren og gjorde gældende, at opsigelsen var sket i strid med forskelsbehandlingsloven.

Landsretten anerkender, at A lider af en funktionsnedsættelse, men lægger samtidig til grund, på samme måde som U.2008.306.V (sklerose), at post traumatisk stress syndrom ikke kan anses som handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, da der alene skal kompenseres i form af nedsat arbejdstid. Det skal her anføres, at dommens udfald kan diskuteres, set i lyset af EU-Domstolens dom af 11. april 2013. Dette vil blive nærmere diskuteret i afsnit 6.3.1.

Det kan således udfra ovenstående udledes, at handicapbegrebet altid vil bero på en konkret vurdering, hvor der lægges vægt på de elementer som fremgår af punkt 4.2.1. Dette kommer blandt andet til udtryk ved de tre sklerose domme, hvoraf to har samme udfald – her bliver der ikke statueret handicap efter forskelsbehandlingsloven, men i Østre Landsrets dom af 26. august 2010, bliver der, modsat de to andre, statueret handicap. Der er således mulighed for, at en sygdom, på et givet tidspunkt i forløbet, kan udvikle sig til et handicap. Det er

derfor af stor betydning, at få afgrænset sygdom overfor begrebet handicap, hvorfor dette vil blive nærmere undersøgt nedenfor.

4.5. Handicap og sygdom - afgrænsning

Sygdom og handicap er to begreber, hvilke lægger tæt op af hinanden, men alligevel tåler de ingen sammenligning, hvorfor det også var væsentligt for beskæftigelsesministeriet at knytte nogle bemærkninger hertil.

For at kunne skelne mellem disse to begreber, henvises der i forarbejderne til helbredsoplysningsloven¹⁸, som foreskriver, at arbejdsgiveren kan anmode om helbredsoplysninger, såfremt dette har betydning i forhold til det pågældende arbejde. I helbredsoplysningsloven begrænses adgangen *ikke* til, at spørge om medarbejderens færdigheder. Dog opstår der problemer når en manglende færdighed knytter sig til handicapbegrebet – en psykisk, fysisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, der i et vist omfang medfører et kompensationsbehov.¹⁹ Hvis færdigheden ikke kan henføres til ovenstående, er der ikke tale om et handicap. Nogle alvorlige sygdomme, dette være sig cancer, HIV-smittede, sklerose²⁰, sukkersyge m.v, kan muligvis medføre en funktionsnedsættelse, hvorfor det vil være oplagt at vurdere, hvorvidt der er tale om en sygdom der medfører et handicap.²¹ Det må formodes at sygdom kan være handicap i nogle tilfælde jf. Østre Landsret dom af 26 august 2010, afsnit 4.2.1, men ikke omvendt.

¹⁸ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 7

¹⁹ Finn Schwartz m.fl.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 279

²⁰ Østre Landsret dom af 26 august 2010

²¹ Finn Schwartz m.fl.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 279

I det ovenstående afsnit 4.2.2. (retspraksis der afviser handicap), må det antages, at opsigelserne er sket grundet et for højt sygefravær, hvorfor afgørelserne falder ud til, at opsigelserne har været sagligt begrundet. Dette kan dog diskuteres. Se nærmere om dette i afsnit 4.2.4., kompensationsbehov.

Sø- og Handelsretten har forelagt præjudicielle spørgsmål til prøvelse for EU-Domstolen. Der er forelagt 4 spørgsmål, alene spørgsmål 1, pkt. a, b og c vil blive gennemgået. Spørgsmålet er sålydende:

1.

- a) Vil enhver person, som på grund af fysisk, mentale eller psykiske skader ikke kan eller kun i begrænset omfang kan udføre sit arbejde i en periode, der opfylder kravet til længden af perioden, som anført i præmis 45 i (Chacòn Navas-dommen), være omfattet af begrebet handicap i direktiv 2000/78's forstand?
- b) Kan en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret uhelbredelig sygdom være omfattet af begrebet handicap i direktivets forstand?
- c) Kan en tilstand, der er forårsaget af en lægelig diagnosticeret forbigående sygdom, være omfattet af begrebet handicap i direktivets forstand?²²

EU-Domstolen beskriver handicap, som en begrænsning der, *“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.”*²³ Dette betyder således, at for der kan statueres handicap, skal der være en begrænsning i den pågældendes erhvervsevne, hvilket hindrer denne i, at deltage på lige fod med andre ikke-handicappede arbejdstagere.

Det fremgår på samme måde af EU-Domstolens dom af 11. april 2013, at direktiv 2000/78 ikke kun omfatter handicap der er medfødt eller skyldes ulykker, da handicap på denne måde, ville udelukke handicap som er

²² EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 26

²³ EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 41

forårsaget af sygdom.²⁴ EU-Domstolens dom foreskriver altså, at det er uden betydning hvordan handicappet hos den pågældende er opstået, så længe vedkommende har en begrænsning.

EU-domstolen lægger således op til, at et selvforskyldt handicap ligeledes kan være omfattet af direktivets beskyttelsesområde, og dermed forskelsbehandlingslovens beskyttelsesområde. Dette svar fra EU-Domstolen åbner hermed muligheden for, at fedme også kan medføre et handicap. Det skal her tilføjes, at der på nuværende tidspunkt er en sag i gang vedrørende dette spørgsmål, hvor der er en forelæggelseskendelse under udarbejdelse, idet der skal forelægges præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen.

Herudover påpeger EU-domstolen, at en sygdom, som ikke medfører en begrænsning, derfor ikke kan anses som værende et handicap:

“Derimod er en sygdom, som ikke medfører en sådan begrænsning, ikke omfattet af begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78. Sygdom i sig selv kan nemlig ikke anses for en grund, der sidestilles med de grunde, der er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78 (jf. Chacón Navas-dommen, præmis 57).”²⁵

Det skal her bemærkes, at det ikke er et krav at en funktionsnedsættelse medfører en fuldstændig udelukkelse af arbejdsmarkedet for, at denne kan henføres under begrebet handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, hvilket er modsat DAB og Pro Displays udsagn.

Det skal ligeledes tilføjes, at EU-Domstolen fastslår, at et uafsluttet sygdomsforløb ikke er et handicap i relation til beskæftigelsesdirektivet. Dette lægges yderligere til grund i Chacón-Navas-sagen, hvor der var tale om et

²⁴ EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 40

²⁵ EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 42

sygdomsforløb på 8 måneder, idet der skal være tale om en vedvarende eller meget langvarig tilstand.²⁶ For nærmere uddybning se afsnit 5. Varighed.

Det kan ud fra ovenstående konkluderes, at sygdom kan medføre en funktionsnedsættelse/en begrænsning, som ovenfor nævnt, således at denne kan henføres under begrebet handicap. En sygdom, hvilken ikke bevirker en sådan begrænsning, kan således ikke henføres under handicapbegrebet, idet sygdom ikke i sig selv kan sidestilles med de grunde, som er omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 2000/78.²⁷

4.6. Kompensationsbehov

"For at tale om et handicap eller en person med handicap må der kunne konstateres en fysisk, psykisk eller intellektuel funktionsnedsættelse, som afføder et kompensationsbehov, for at den pågældende kan fungere på lige fod med andre borgere i en tilsvarende livssituation jf. Handicap og Ligebehandling – et refleksionspapir s.2, Det Centrale Handicapråd. 2001"²⁸

Dette udsagn fremgår af forarbejderne og støtter sig op af Det Centrale Handicapråds definition af handicapbegrebet. Senere i forarbejderne, står der desuden skrevet, at der ikke nødvendigvis behøver at være et konkret kompensationsbehov:

"Efter lovforslaget er det dog ikke afgørende for beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap, at der er et konkret behov for kompensation."²⁹

Begge disse udsagn lægger op til diskussion, hvorfor der i det følgende, vil blive inddraget retspraksis, EU-Domstolens Dom af 11. april 2013 samt andet

²⁶ Agnete Andersen m.fl: *Ligestillingslovene*, 6. udg., s. 61

²⁷ EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 42

²⁸ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 6

²⁹ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 6

relevant materiale således, at der kan kommes nærmere en definition af begreberne handicap og kompensationsbehov.

I de to domme fra Vestre Landsret, U.2008.306V (sklerose) og Vestre Landsret dom af 1. oktober 2007, lægges det til grund, at en lidelse ikke alene skal have medført en funktionsnedsættelse, det skal ligeledes have resulteret i et kompensationsbehov – dette må ikke udelukkende være i form af nedsat arbejdstid.³⁰ En diskussion med udgangspunkt i disse sager, er særlig relevant.

Der er af Sø- og Handelsretten blevet forelagt præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen – blandt andet om nedsættelse af arbejdstiden kan karakteriseres som et kompensationsbehov, der kan henføres under handicapbegrebet:

"2) Skal en varig funktionsnedsættelse, som ikke afføder behov for særlige hjælpemidler eller lignende, og som alene eller i det væsentligste består i, at den pågældende person ikke er i stand til at arbejde på fuld tid, anses for et handicap i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2000/78?"³¹

Dette spørgsmål er der nu kommet svar på i EU-Domstolens dom af 11. april 2013. EU-Domstolen besvarer dette spørgsmål således, at helbredstilstanden for en handicappet person, som er i stand til at arbejde, om end kun på deltid, ligeledes kan henføres under begrebet handicap.³² Det kan således diskuteres hvorvidt begrebet handicap er for snævert implementeret i dansk ret, i forhold til, hvad der oprindeligt var hensigten med direktiv 2000/78.³³

Det kan endvidere diskuteres, hvorvidt der bør være et kompensationsbehov, når der er konstateret en funktionsnedsættelse, da det ud fra forarbejderne kan

³⁰ Finn Schwarz m.fl.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 281

³¹ EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 26

³² EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 44

³³ Beskæftigelsesdirektivet

betragtes, at der ikke nødvendigvis behøver at være et konkret kompensationsbehov, som tidligere nævnt.³⁴

Hvis man ser nærmere på de to sager fra Vestre Landsret, som begge angår spørgsmålet om, hvorvidt nedsat arbejdstid kan være et kompensationsbehov, er det tydeligt, at Landsretten har ønsket at sende et signal om, hvorledes handicapbegrebet skal fortolkes. Dette udtrykkes ligeledes af Linda Rudolph Greisen, hun lægger til grund, at: *"en funktionsnedsættelse er ikke i sig selv et handicap, hvis den ikke er ledsaget af et kompensationsbehov."*³⁵

Hun understreger således, at kompensationsbehovet skal være af en hvis betydning og, at »nedsat arbejdstid« ikke er af sådan en størrelse, hvorfor en samlet funktionsnedsættelse og et kompensationsbehov af denne art, ikke kan anses som handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Fremtidige sager må formodes at få et andet udfald end Vestre Landsrets sagerne, da EU-Domstolen netop konkluderer, at kompensation i form nedsat arbejdstid kan henføres under handicapbegrebet.

*"En fortolkning som den af DAB og Pro Display foreslåede, ville i øvrigt være uforenelig med målet med direktiv 2000/78, som bl.a. er, at en handicappet person kan få adgang til beskæftigelse eller til at udøve den."*³⁶

EU-Domstolen lægger her til grund, at ønsket med beskæftigelsesdirektivet har været en bredere anvendelse af handicapbegrebet, end lagt til grund af arbejdsgiverne i Sø- og Handelsrettens kendelser.

³⁴ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 6

³⁵ Handicap I forskelsbehandlingsloven af Linda Rudolph Greisner, Juristen nr. 6 2008 s. 175

³⁶ EU-Domstolens Dom af 11. april 2013, præmis 44

Forarbejderne lader sig, som tidligere nævnt, støtte op af beskæftigelsesindsatsloven og kompensationsloven, som begge foreskriver, at der bør være et kompensationsbehov før der kan gives tilskud af en art. Advokat Anne Mortensen og cand. Jur. Maria Topholm Skarum anfører, at der opereres med et snævert kompensationsbehov, som kan opfyldes inden for rammerne af social- og arbejdsmarkedslovgivningen.³⁷ Dette kan undres, når der i forarbejderne lægges op til, at der ikke er et konkret behov for kompensation.³⁸

Advokat Anne Mortensen og Cand. Jur. Maria Topholm Skarum, koncentrerer sig om netop disse to tilgange til handicapbegrebet - *“det snævre kompensationsbestemte handicapbegreb og det brede miljøbestemte handicapbegreb.”*³⁹ I det brede miljøbestemte handicapbegreb sondres der mellem handicap og funktionsnedsættelse, hvor der henvises til de fortolkningsbidrag fra FN, hvilke forarbejderne drager nytte af. Begrebet funktionsnedsættelse omfatter et stort antal forskellige *funktionsmæssige* begrænsninger, hvorimod handicap beskrives som tab eller begrænsning af *mulighederne* for, at deltage i samfundslivet på lige fod med andre ikke-handicappede.⁴⁰

*“Funktionsnedsættelsen er dermed det objektivt konstaterbare hos personen, mens handicap er det relative og situationsafhængige relateret til omgivelsernes indretning.”*⁴¹

Således understreger forfatterne, at *“fokus flyttes fra individet og over til samfundets indretning.”*⁴² Dette er derfor grundlaget for det brede miljøbestemte

³⁷ Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U2010B.115, s. 2

³⁸ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 6

³⁹ Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U2010B.115, s. 1

⁴⁰ Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U2010B.115, s. 3

⁴¹ Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U2010B.115, s. 3

⁴² Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U2010B.115, s. 3

handicapbegreb, hvor det samtidig lægges til grund, at det ikke er afgørende for beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap, at der forelægger et konkret behov for kompensation.

Det lægges yderligere til grund, at forarbejdernes bemærkning om, at der ikke nødvendigvis behøver at være et konkret kompensationsbehov, stemmer overens med FN's standardregler, hvorimod forarbejdernes henvisning til social- og arbejdsmarkedslovgivningen kan undres, da denne modsiger dette udsagn.⁴³ Forfatterne påpeger yderligere, at:

*"hvis det brede miljøbestemte handicapbegreb anvendes, må en person med funktionsnedsættelse altså være beskyttet mod forskelsbehandling på grund af handicap fra det øjeblik, det viser sig, at funktionsnedsættelsen medfører et tab eller en begrænsning i muligheden for at deltage på lige fod med andre i samfundslivet."*⁴⁴

Det kan således konkluderes, at Vestre Landsret benytter sig af det snævre kompensationsbestemte handicapbegreb, hvilket efter EU-Domstolens dom af 11. april 2013, ikke på nuværende tidspunkt kan formodes at have været hensigten med beskæftigelsesdirektivet.

Advokat Anne Mortensen og Cand. Jur Maria Topholm Skarum, understreger ydermere, at diskussionen om kompensation er svær, idet der ikke forelægger en egentlig definition af kompensationsbehov i Det Centrale Handicapråds fremlæggelse af begrebet. I forarbejderne henvises der til social- og arbejdsmarkedslovgivningen og ikke den brede forståelse, hvilken anføres af Mogens Wiederholt i artiklen Handicap- og kompensationsbegrebet i forskelsbehandlingsloven.⁴⁵

⁴³ Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U2010B.115, s. 3

⁴⁴ Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U2010B.115, s. 3

⁴⁵ Handicap- og kompensationsbegrebet I forskelsbehandlingsloven af Mogens Wiederholt, Juristen nr. 7, 2008, s. 206

Det kritiseres endvidere af advokat Pia Justesen, at Landsretten bruger et andet handicapbegreb, end det forarbejderne lægger op til. Hun anfører i denne sammenhæng, at der i beskæftigelsesdirektivet henvises til det brede miljøbestemte handicapbegreb, hvor der ikke er et konkret behov for kompensation. Hun anfører således, at *“denne indsnævring af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven synes ikke at leve op til hverken de internationale eller EU-retlige forpligtelser eller til Folketingets intentioner.”*⁴⁶

Vestre Landsret tilslutter sig det snævre kompensationsbestemte handicapbegreb, men efter EU-Domstolens dom af 11. april 2013, vil det blive interessant at betragte senere sager, herunder hvorledes sagerne ved Sø- og Handelsretten falder ud.

4.7. Rækkevidden

EU-Domstolen har ydermere taget stilling til, hvorvidt beskæftigelsesdirektivet beskytter medarbejdere, som må antages at være bærere af beskyttelseskriteriet. EU-Domstolen har således taget stilling til, hvorvidt direktivet beskytter personer, der ikke selv er handicappede, men blot tæt knyttet til en handicappet person.

Dette kommer til udtryk i Coleman-sagen, hvilken vedrører en kvinde, som har en handicappet søn. Hun angiver, at være blevet forskelsbehandlet som følge af sønnens handicap. Hertil svarer generaladvokaten, at direktivet også beskytter personer, hvilke har været udsat for forskelsbehandling, fordi de er tilknyttet en handicappet person.⁴⁷

“På grundlag af de anførte betragtninger må første del af det første spørgsmål samt det andet og tredje spørgsmål besvares med, at direktiv 2000/78, og navnlig artikel 1, artikel 2, stk. 1, og artikel 2, stk. 2, litra a), skal fortolkes således, at det heri fastsatte forbud mod direkte forskelsbehandling

⁴⁶ U.2008B.302, s. 5

⁴⁷ C-303/06 (Coleman), præmis 38, 50 og 56

ikke er begrænset til personer, som selv har et handicap. Når en arbejdsgiver behandler en ansat, der ikke selv har et handicap, ringere, end en anden ansat bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation, og det er bevist, at den ringere behandling, som den ansatte har været udsat for, skyldes et handicap hos den pågældendes barn, som vedkommende yder hovedparten af den pleje, barnet har brug for, er en sådan behandling i strid med forbuddet mod direkte forskelsbehandling i artikel 2, stk. 2, litra a)."⁴⁸

Dommen er blevet efterfulgt af en dansk sag på området, U.2010.2610.V. Denne sag omhandler en medarbejder, A, hvis barn havde et handicap grundet en kronisk lidelse. A, der var eneforsørger, oplyste arbejdsgiveren om, at hun ikke var i stand til arbejde som vanligt, grundet barnets handicap. Dagen efter blev A opsagt. A anlagde herefter sag mod arbejdsgiveren med påstand om, at opsigelsen var sket i strid med forskelsbehandlingsloven, idet hun mente, at opsigelsen var begrundet i barnets handicap. A fik herefter medhold både i Byretten og Landsretten.

Det kan slutteligt tilføjes, at det altså er uden betydning om det er den pågældende selv der har et handicap eller om det er vedkommendes barn, der er handicappet, hvorfor man er nødsaget til at betragte barnets funktionsnedsættelse frem for medarbejderens. Det er ikke relevant at diskutere, hvorvidt der eksisterer et kompensationsbehov, idet EU-Domstolens dom af 11. april 2013 fastslår, at der ikke forelægger et konkret krav om et kompensationsbehov.

4.8. Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at handicapbegrebet er for snævert implementeret efter den nye dom fra EU-Domstolen, hvorfor fremtidige domme må formodes afgjort efter det brede miljøbestemte handicapbegreb.

⁴⁸ C-303/06 (Coleman), præmis 56

Ligeledes kan det konkluderes, at hvorvidt der foreligger en funktionsnedsættelse, beror på en konkret vurdering, hvori lægelige oplysninger, der kan dokumentere om en lidelse er kronisk eller af varig karakter, bør være til stede. Herudover skal der være en begrænsning i erhvervsevnen, hvilken påvirker personen i en sådan grad, at denne ikke kan fungere på lige fod med andre ikke-handicappede arbejdstagere. Det er uden betydning hvordan handicappet er opstået, det centrale omdrejningspunkt er, hvorvidt lidelsen kan karakteriseres som et handicap.

I litteraturen sondres der imellem det snævre kompensationsbestemte handicapbegreb, og det brede miljøbestemte handicapbegreb. Overordnet kan det bemærkes, at det snævre begreb tillægger kompensationsbehovet væsentlig betydning, hvorimod det brede begreb lægger fokus på funktionsnedsættelsen. Det skal her bemærkes, at det teoretisk set er forholdsvist let at adskille de to begreber, men dette må formodes at kunne forvolde væsentlige problemer i praksis.

Det kan ligeledes konkluderes, at det ikke nødvendigvis behøver være personen selv, som har et handicap, men kan endvidere være et barn eller en eventuel ægtefælle, som lider af et handicap.

Afslutningsvist kan det udledes, at nogle sygdomme kan medføre en funktionsnedsættelse, som derved kan udgøre et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

5. Varighed

5.1. Indledning

I forbindelse med definitionen af handicapbegrebet, er det ligeledes relevant at se på begrebet varighed. Dette giver anledning til væsentlige problemstillinger i praksis, da det kan være forbundet med betydelige vanskeligheder, at definere begrebet. Det fremgår hverken af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, eller bemærkningerne til beskæftigelsesdirektivet, hvad der skal forstås ved begrebet varighed. Der må således søges fortolkninger på begrebet andre steder i lovgivningen.

Det skal indledningsvist bemærkes, at det af Chacòn Navas-sagen fremgår, at et handicap bør være af vedvarende eller lang varighed for at være beskyttet af beskæftigelsesdirektivet, og dermed forskelsbehandlingsloven, hvorfor det således ikke er muligt at være kortidshandicappet.⁴⁹

Præmis 45

"For at være omfattet af begrebet »handicap« skal begrænsningen muligvis være af lang varighed."⁵⁰

Der er ingen klar definition på hvorledes lang varighed skal defineres, hvorfor dette i praksis lægger op til nogle fortolkningsmæssige problemer. Nedenfor vil der blive gennemgået andre områder af dansk arbejdsretlig lovgivning samt andre fortolkningsbidrag, hvilke kan være behjælpelige med en nærmere fortolkning af varighedsbegrebet.

⁴⁹ Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene*, 6.udg. s. 61

⁵⁰ C-13/05 (Chacòn Navas), præmis 45

5.2. Chacòn Navas-sagen

Chacòn Navas sagen omhandlede en kvinde (Sonia Chacòn Navas), hvilken blev sygemeldt d. 14. oktober 2003. Af de offentlige sundhedstjenester fremgik, at hun ikke kunne raskmeldes inden for kort tid. Den 28. maj 2004 bliver hun opsagt af selskabet Eurest, uden nogen egentlig begrundelse. Selskabet anerkendte, at opsigelsen var uberettiget og tilbød hende en godtgørelse

Sonia Chacòn Navas gjorde herefter gældende, at opsigelsen var i strid med ligestillingsprincippet, eftersom denne var begrundet i, at hun havde været sygemeldt i *8 måneder*. Det blev herefter lagt til grund af den forelæggende ret, at Sonia Chacòn Navas var blevet opsagt som følge af hendes sygeoverlov.

Retten stiller, på baggrund af ovenstående, nogle præjudicielle spørgsmål til EU-retten, hvor de blandt andet spørger til, hvorvidt Sonia Chacòn Navas, som følge af sin sygdom, var handicappet.⁵¹ Her til svarer EU-retten, at en person, som grundet sygdom opsiges, ikke er omfattet af direktiv 2000/78, hvorfor retten indirekte erklærer, at Sonia Chacòn Navas ikke er handicappet.

EU-retten afgrænser i dette tilfælde handicap overfor sygdom. Det må således formodes, at for at et sygdomsforløb kan karakteriseres for værende af lang varighed, og dermed handicap omfattet af beskæftigelsesdirektivet og forskelsbehandlingsloven, skal have en varighed udover 8 måneder.

5.3. Sygedagpengeloven

”Sygedagpenge er oprindeligt tænkt som en korttidsydelse (1år) med en relativ høj sats.”⁵²

På baggrund af ovenstående, lægges det endvidere til grund af forarbejderne til sygedagpengeloven, at sygedagpenge er en kortvarig ydelse, hvilken gives i

⁵¹ C-13/05 (Chacòn Navas), præmis 29

⁵² LFF2010--2011.1.8, Forslag til lov om ændring af lov om sygedagpenge, s. 2

forbindelse med sygdom. Det må hermed formodes, at begrebet langvarig, er en tilstand, som varer udover et år.

Dette understøttes ligeledes af Chacòn Navas sagen, hvilken erklærer, at personer ikke kan være korttidshandicappet. Det må herefter antages, at tilstande som varer under et år, alene kan karakteriseres som sygdom, medmindre det ud fra de lægelige oplysninger fremgår, at vedkommende har en langvarig funktionsnedsættelse. Det vil dog formentligt, i praksis, være forbundet med betydelige vanskeligheder, at få en konkret udtalelse fra lægen om funktionsnedsættelsens varighed.

5.4. Bekendtgørelse nr. 649 af 25/06/2012

Ligeledes kan det ud fra bekendtgørelsen, om tilskud til pasning af børn med handicap eller langvarig sygdom udledes, at:

"Med langvarig lidelse forstås, at lidelsen normalt skønnes at vare et år eller mere."⁵³

På samme måde, som forarbejderne til sygedagpengeloven, fremgår det af bekendtgørelse nr. 649, at varer en tilstand ikke udover 1 år, kan denne ikke anses for værende af lang varighed.

5.5. Delkonklusion

Der er, som tidligere nævnt, ingen definition af begrebet langvarig, hvorfor det kan være behjælpeligt at betragte andre områder af arbejdsmarkedets lovgivning for dermed, at søge fortolkningsbidrag i forbindelse med begrebet langvarig. Det er således vores opfattelse, at en lidelse der ikke går udover et år, ikke kan anses som værende af langvarig karakter, hvorfor dette alene må betragtes som sygdom. Det skal her bemærkes, at det er hele lidelsens varighed

⁵³ BKG2012649, Bekendtgørelse 2012--06--25 nr. 649 om tilskud til pasning af børn med handicap eller langvarig sygdom, § 1, stk. 4.

der ikke må gå udover 1 år. En lidelse kan således godt være handicap allerede ved begyndelsen, hvis det vurderes at denne vil eksistere udover 1 år.

Det vil herefter blive interessant at følge fremtidige sager, hvor der i forbindelse med varighed, vil opstå tvivlsspørgsmål, idet det alt andet lige vil være forbundet med betydelige vanskeligheder, at vurdere på noget man ikke kan forudsige.

6. Arbejdsgiverens forpligtelser

6.1. Indledning

Som tidligere nævnt har arbejdsgiveren en særlig tilpasningsforpligtelse overfor den handicappede arbejdstager. Arbejdsgiveren er forpligtet til, at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger i forhold til den handicappedes konkrete behov, for således, at sikre denne adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller at have fremgang i beskæftigelse, eller for at give en person med handicap adgang til uddannelse, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, 1. pkt. Det skal dog bemærkes, at arbejdsgiveren ikke er forpligtet til at træffe konkrete foranstaltninger, hvis det skønnes at disse medfører en uforholdsmæssig stor byrde, jf. § 2a, 2. pkt. Bestemmelsen indeholder dermed en afvejning mellem de anførte rimelige forpligtelser, og forpligtelser der kan anses for byrdefulde.

Endvidere skal der ved afvejningen tages hensyn til virksomhedens forhold, herunder virksomhedens størrelse og økonomiske forhold, og hvorvidt denne byrde lettes i tilstrækkeligt omfang gennem offentlige foranstaltninger, jf. § 2a, 3. pkt.

Herudover er det vigtigt at understrege, at bekendtgørelse om faste arbejdssteders indretning⁵⁴, indeholder arbejdsgiverens almindelige arbejdsmiljøretlige forpligtelser. Arbejdsgiveren er dermed ved indretningen af (nye) faste arbejdssteder forpligtet til, at tage hensyn til handicappede arbejdstagere specielt i forhold til f.eks. færdselsveje og -arealer, jf. § 13, døre, porte mv., jf. § 15, rummelig indretning, jf. § 19 og indretning af toiletter, jf. § 47. Dette fremgår tydeligt af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven:

⁵⁴ Bekendtgørelse nr. 96 af 3. februar 2001

“Arbejdsmiljøreglerne fastlægger allerede i dag, at der ved indretning af faste arbejdssteder i givet fald skal tages hensyn til personer med handicap. Tilpasningsforpligtelsen efter dette lovforslag indebærer således en yderligere forpligtelse for arbejdsgiveren.”⁵⁵

Forskelsbehandlingslovens § 2a skal ses i sammenhæng med disse, i bekendtgørelsen, anførte grundbetingelser, og tilpasningsforpligtelsen gælder således udover disse forpligtelser. Dette indebærer dermed en yderligere forpligtelse for arbejdsgiveren, og denne har således ikke opfyldt sin § 2a forpligtelse, hvis alene betingelserne i bekendtgørelsen er opfyldt.

Et andet element der er væsentligt at bemærke i forbindelse med tilpasningsforpligtelsen er, at den handicappede efter opfyldelse af forpligtelsen muligvis skal være lige så kompetent egnet til stillingen, som en ikke handicappet medarbejder.⁵⁶ Det fremgår af Rådets betragtning 17 til beskæftigelsesdirektivet, at *“med forbehold af forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller at følge en given uddannelse.”*

Det har således ikke været Rådets intention med direktivet, at tilpasningsforpligtelsen skulle fremme positiv særbehandling af handicappede medarbejdere.

For at belyse og bidrage til forståelsen af tilpasningsforpligtelsen vil der i de følgende afsnit redegøres for direktivudtalelser fra EU og EU-Domstolens afgørelser, forarbejderne til forskelsbehandlingsloven og dansk retspraksis.

⁵⁵ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, LFF2004-2005.1.92, s. 8

⁵⁶ Finn Schwarz m.fl., *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 283

6.2. Generelt om tilpasningsforpligtelsen

Arbejdsgiverens særlige tilpasningsforpligtelse fremgår direkte af beskæftigelsesdirektivets artikel 5, som er refereret nedenfor, med hvilken Rådet har ønsket at fremme princippet om ligebehandlig af handicappede personer.

Artikel. 5. Tilpasninger til handicappede i rimeligt omfang

“Med henblik på at sikre, at princippet om ligebehandling af handicappede overholdes, foretages der tilpasninger i rimeligt omfang. Det betyder, at arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde. Hvis denne byrde i tilstrækkeligt omfang lettes gennem foranstaltninger, der er normale elementer i den pågældende medlemsstats handicappolitik, anses den ikke for at være uforholdsmæssig stor.”

Iværksættelse af sådanne tilpasningsforanstaltninger vil i mange tilfælde indebære, at arbejdsgiveren dermed vil kunne fokusere på den handicappede arbejdstagers kompetencer, og ikke på den pågældendes handicap. Dette hænger godt sammen med Rådets betragtning 20 til beskæftigelsesdirektivet, hvor der opstilles en række konkrete eksempler på praktiske tilpasningsforanstaltninger:

Direktiv 2000/78, 20. betragtning

“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, arbejdsmonstre, opgavefordeling, samt adgang til uddannelse og instruktion.”

Det er tydeligt at se fra opregningen, at disse ikke alene omhandler fysiske tilpasningsforanstaltninger, men også understreger, at den handicappede medarbejder skal have mulighed for afvekslende arbejdsmonstre og -opgaver. Arbejdsgiveren er dermed forpligtet til, ikke kun at tilpasse de fysiske rammer på arbejdspladsen, men ligeledes at tilpasse arbejdsprocesserne mv.

Ligesom betragtningerne til beskæftigelsesdirektivet indeholder momenter til fortolkningen af tilpasningsforpligtelsen, indeholder forarbejderne til forskelsbehandlingsloven ligeledes momenter der kan hjælpe, i forbindelse med en nærmere dansk forståelse af forpligtelsen. Det fremgår således heraf, at *“arbejdsgiveren forpligtes til at foretage tilpasninger for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse m.v.”*⁵⁷ Hermed implementeres beskæftigelsesdirektivet i dansk lovgivning, og understreger således arbejdsgiverens forpligtelser overfor en handicappet arbejdstager.

Af forarbejderne fremgår endvidere, at *“tilpasningsforpligtelsen vil alene være relevant i de tilfælde, hvor personen med handicap har de nødvendige kvalifikationer for at kunne bestride det pågældende job, med de eventuelle påkrævede tilpasninger.”*⁵⁸ Det bemærkes her, at der, som tidligere nævnt, ikke er et ønske om at fremme positiv særbehandling af handicappede arbejdstagere. Er den pågældende handicappede ikke kompetent og kvalificeret til at bestride jobbet, vil arbejdsgiveren ikke være forpligtet til at ansætte denne. Det skal dog understreges, at kompetencen og kvalifikationen først skal vurderes efter undersøgelse af eventuelle konkrete tilpasningsforanstaltninger, hvilket arbejdsgiveren vil være forpligtet til at undersøge.

Tilpasningsforpligtelsen, i forskelsbehandlingslovens § 2a, gælder naturligvis også i forbindelse med en afskedigelsessituation, hvor en manglende opfyldelse af tilpasningsforpligtelsen kan få den betydning, at en handicappet medarbejder opsiges. Udvikler en medarbejder et handicap på et givent tidspunkt i ansættelsesforholdet, vil en manglende undersøgelse af eventuelle

⁵⁷ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, LFF2004-2005.1.92 s. 8

⁵⁸ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, LFF2004-2005.1.92, s. 8

tilpasningsforanstaltninger, der kan kompensere medarbejderen, således også være i strid med forpligtelsen i § 2a.

I Chacón Navas, som tidligere refereret, tager EU-Domstolen specielt stilling til denne problemstilling, hvor de anfører i præmis 51, at:

“Forbuddet i artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 mod forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med afskedigelse 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.”

Dette er ligeledes antaget i U.2008.1450.Ø (Arkitekten), hvor medarbejderen først efter 16 års ansættelse udvikler et synshandicap, som følge af, at hans hornhinder falder ned. For nærmere gennemgåelse, se afsnit 6.5.

Det må formodes, at det endvidere har været EU-Domstolens intention, at en manglende opfølgning af tilpasningsforpligtelsen, undervejs i et ansættelsesforhold kan medføre, at arbejdsgiveren ikke har opfyldt sin § 2a forpligtelse. Forværres en handicappet medarbejders funktionsnedsættelse undervejs i ansættelsesforholdet, med den virkning, at medarbejderen får et yderligere behov for compensation, end de foranstaltninger der allerede foreligger, vil arbejdsgiveren endvidere være forpligtet til at undersøge disse. Dette var således tilfældet i U.2008.306.V (Sklerose), hvor den handicappede medarbejder bad om en yderligere reduktion i arbejdstiden.

Først når alle forhold er undersøgt, vil arbejdsgiveren have opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a. Det er her vigtigt at bemærke, at arbejdsgiveren skal kunne dokumentere, at de konkrete omkostninger er blevet undersøgt. Bevisbyrden vil i denne forbindelse være et centralt omdrejningspunkt - hos hvem ligger bevisbyrden for, at

tilpasningsforpligtelsen er opfyldt? Dette vil blive gennemgået i det følgende afsnit.

6.2.1. Bevisbyrden

Bevisbyrden i sager om forskelsbehandling af handicappede arbejdstagere, fremgår beskæftigelsesdirektivets artikel 10, hvilken er sålydende:

Artikel 10, stk. 1. Bevisbyrde

“Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retsorden alle nødvendige foranstaltninger til at sikre, at det, når en person, der mener sig krænket, fordi princippet om ligebehandling tilsidesættes i forhold til den pågældende, for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler den indklagede at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat.”

Ved indførelsen af L.2004.253 blev dette ligeledes implementeret i dansk ret, hvorefter der i forskelsbehandlingsloven blev indført § 7a, hvilken er sålydende:

Forskelsbehandlingslovens § 7a

“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.”

Dette har således den betydning, at kan den handicappede arbejdstager påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at den pågældende er blevet forskelsbehandlet på baggrund af dennes handicap, påhviler det arbejdsgiveren at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet krænket. Arbejdsgiveren har dermed bevisbyrden for, at et afslag på ansættelse eller en opsigelse af henholdsvis en handicappet arbejdstager eller medarbejder, ikke er begrundet i dennes handicap, så længe lønmodtageren har

godt gjort, at der er en formodning for, at denne er blevet udsat for forskelsbehandling.

Arbejdsgiveren skal kunne dokumentere, at alle skridt i forbindelse med tilpasningsforpligtelsen er undersøgt og opfyldt - både med hensyn til en ansættelses- og opsigelsessituation. Det skal her tilføjes, at bevisbyrden formentlig vil være svær at løfte, hvorfor dokumentation er yderst vigtig.

Det må formodes, at der i praksis vil være et krav om, at den handicappede medarbejder skal påvise betydelige faktiske omstændigheder, hvilke giver anledning til at formode, at denne er blevet forskelsbehandlet således, at det ikke er for let at vende bevisbyrden.

6.3. Nedsat arbejdstid som tilpasningsforanstaltning

Det fremgår af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, at formålet med § 2a har været, at *“fastslå arbejdsgiverens forpligtelse til at træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, den pågældende person med handicap har, for at få adgang til arbejdsmarkedet, bibeholde en ansættelse og udvikle sig i sin stilling, således som det er tilfældet for andre kolleger, der ikke er handicappede.”*⁵⁹ Det har imidlertid vist sig i praksis, at være forbundet med væsentlige problemer, at definere præcist hvilke tilpasningsforanstaltninger der er omfattet af forskelsbehandlingslovens § 2a specielt, hvorvidt nedsat arbejdstid er en mulig tilpasningsforanstaltning, som arbejdsgiveren skal tilbyde.

⁵⁹ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, LFF2004-2005.1.92, s. 8

Vestre Landsrets dom af 1. oktober 2007⁶⁰ (PTSD) og U.2008.306.V (Sklerose)

I de to afgørelser, som tidligere refereret, fremgår det, at funktionsnedsættelsen skal afføde et andet kompensationsbehov end behovet for nedsat arbejdstid. Landsretten understreger hermed i begge afgørelser, at kompensation i form af nedsat arbejdstid, ikke falder ind under § 2a forpligtelsen, og arbejdsgiveren er således ikke forpligtet til, at etablere et fleksjob eller en deltidsstilling i forhold til en handicappet medarbejder.

Det bemærkes at der er en gennemgående dommer i de to afgørelser, hvilket vel er begrundelsen for, at afgørelserne er så enslydende i deres argumentation og metode. Sagerne er af de første afsagt på handicapområdet, og det synes da også at bære præg af en vis tilbageholdenhed i handicapbegrebets udstrækning. Landsretten lægger Det Centrale Handicapråds definition af handicap til grund i begge afgørelser, hvorefter det, efter en konkret vurdering i begge sager, konstateres at sagsøgerne lider af en funktionsnedsættelse.

Op til dette punkt er afgørelsernes argumentation og metode let følgelig. Herefter bliver argumentationen dog forvirrende i dens metode, og nyere retspraksis viser, at udfaldet af dommen muligvis skulle have været en anden. Dette beskrives nærmere i afsnit 6.3.

Retten finder ikke at en funktionsnedsættelse, i form af nedsat arbejdstid eller yderligere nedsat arbejdstid, som var tilfældet i sklerose-dommen, kan sidestilles med et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Landsretten går her ind og vurderer handicappet i lyset af kompensationsbehovet, hvilket synes at blande juraen sammen. Retten anerkender funktionsnedsættelsen i begge sager, men vurderer, at da kompensationsbehovet alene består i en nedsættelse af arbejdstiden, så kan denne ikke anses for handicap. Hermed foreligger der en vurdering af kompensationsbehovet, inden der overhovedet er konstateret handicap, hvilket rent lovteknisk synes ukorrekt. En

⁶⁰ Ankesag B-2722-06

ordlydsfortolkning af § 2a må forudsætte, at kompensationsbehovet først skal vurderes når et handicap er konstateret, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, 1. pkt.:

“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.”

Landsretten anvender i sin vurdering af funktionsnedsættelsen det snævre handicapbegreb, hvor de får vendt problemstillingen på hovedet. Fokus ligger på kompensationsbehovet og ikke på selve funktionsnedsættelsen. Som ovenfor anført, kan det udledes af ordlyden i § 2a, at kompensationsbehovet, og dermed tilpasningsforpligtelsen, først kommer i anvendelse når der er konstateret et handicap. Det bør derfor ikke være nødvendigt, at vurdere kompensationsbehovet før et eventuel handicap er fastslået.

Endvidere fremgår det, som tidligere nævnt, af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven, at det *“ikke er afgørende for beskyttelsen mod diskrimination på grund af handicap, at der er et konkret behov for kompensation.”*⁶¹ Hvis man anvender denne betragtning på de to Landsrets afgørelser, burde begge medarbejderes funktionsnedsættelse have været anset som handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Mogens Wiederholt, Direktør for Spastikerforeningen, anfører om resultatet af de to Landsrets afgørelser, at *“det er skammeligt, at de to personer aldrig fik realitetsprøvet deres sag, fordi de fejlagtigt blev dømt ude, før substansen kunne prøves.”*⁶² Denne betragtning må vi tilslutte os.

⁶¹ L 92, Bemærkninger til forslag nr. 2, FT s. 2704

⁶² Mogen Wiederholdt, Handicap- og kompensationsbegrebet i forskelsbehandlingsloven, Juristen nr. 7, 2008

Sø- og Handelsrettens afgørelser af 24. august 2009 (Werge - piskesmældsskade) og 24. august 2009 (Ring - ryglidelse og slidgigt)

I disse to afgørelser, som tidligere refereret, udgør det endvidere et væsentligt problem, at definere præcist hvilke tilpasningsforanstaltninger der er omfattet af forskelsbehandlingslovens § 2a.

I Werge (piskesmældsskade) anførte medarbejderens fagforening, at:

“Arbejdsgiveren tog, selvom man var fuldt bekendt med årsagen til Fs fravær, ingen initiativer i så henseende, og man gjorde intet for at undersøge mulighederne for at iværksætte foranstaltninger.”⁶³

Og, at

“Et sådant manglende initiativ er arbejdsgiverens egen risiko, og arbejdsgiveren har under sådanne omstændigheder ikke løftet sin bevisbyrde efter forskelsbehandlingslovens § 2a.”⁶⁴

Sagsøger anfører hermed, at opsigelsen er i strid med ligebehandlingsprincippet, eftersom arbejdsgiveren ikke havde undersøgt anvendelsen af mulige foranstaltninger, hvilke kunne kompensere medarbejderen i forbindelse med stillingen.

I Ring (ryglidelse og slidgigt) anførte medarbejderens fagforening, at:

“Der er ikke grundlag for på forhånd at afoise, at nedsat tid kan være en relevant kompensationsforanstaltning, som arbejdsgiveren må iværksætte. De to domme fra Vestre Landsret har, hvis de skal forstås på denne måde, ingen støtte nogen steder.”⁶⁵

og, at

“Da DAB meddelte F afslag på fleksjob, og da man senere opsagde hende, var man fuldt ud orienteret om hendes gener og klar over, hvad der skulle til for at afhjælpe disse.”

⁶³ Sø- og handelsrettens afgørelse af 24. august 2009 (Werge - piskesmældsskade), s. 6

⁶⁴ Sø- og handelsrettens afgørelse af 24. august 2009 (Werge - piskesmældsskade), s. 6

⁶⁵ Sø- og Handelsrettens dom af 24. august 2009 (Ring - ryglidelse og slidgigt), s.

Sagsøger lægger dermed vægt på, at arbejdsgiveren havde nægtet at acceptere »nedsat arbejdstid«, som en afbødningsforanstaltningen, således at denne fortsat kunne udføre arbejdet. Begge synspunkter henviser til, at arbejdsgiveren ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse og opsigelsen dermed ikke er sagligt begrundet.

Sagsøgtens advokat i både Werge og Ring henviste til Vester Landsrets afgørelser af 1. oktober 2007 (PTSD) og U.2008.306.V (sklerose), hvorefter de anførte at afgørelserne skulle læses således, at »nedsat arbejdstid« ikke kan anses for et relevant kompensationsbehov. Sagsøgte påstår hermed, at tilpasningsforpligtelsen i § 2a er overholdt, idet arbejdsgiveren ikke skulle acceptere »nedsat arbejdstid« som en tilpasningsforanstaltning. Endvidere lægger sagsøgte til grund, at opsigelsen var sagligt begrundet i medarbejdernes sygefravær.

Det fremgår tydeligt af de to afgørelser, at medarbejderne havde en funktionsnedsættelse, hvilken affødte et kompensationsbehov. Det konkrete kompensationsbehov i sagerne ved Sø- og Handelsretten var en nedsættelse af arbejdstiden, hvilken Vestre Landsret i afgørelserne PTSD og Sklerose afviste som en mulig tilpasning, arbejdsgiveren skulle acceptere. Hermed opstår problemstillingen igen. Parterne var enige om, at medarbejderne led af en funktionsnedsættelse, men var uenige, for så vidt angår, arbejdsgiverens forpligtelser i forhold til forskelsbehandlingslovens § 2a.

HK Danmark, hvilken optræder som mandatar for sagsøger i begge sager, begærer herefter disse spørgsmål forelagt EU-domstolen til præjudiciel prøvelse, hvilket Sø- og Handelsretten accepterede. Det må hermed formodes, at retten har været i tvivl, med hensyn til, om denne skulle følge Vestre Landsrets argumentation i afgørelserne PTSD og Sklerose. Der er 4 spørgsmål

forelagt EU-Domstolen. Alene spørgsmål 2 og 3, og analysen af disse, vil blive gennemgået i det følgende. Spørgsmålene er formuleret således:

Spørgsmål 2

“Skal en varig funktionsnedsættelse, som ikke afføder behov for særlige hjælpemidler eller lignende, og som alene i det væsentligste består i, at den pågældende person ikke er i stand til at arbejde på fuld tid, anses for et handicap i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i [direktiv 2000/78]?”

Spørgsmål 3

“Er reduktion af arbejdstiden blandt de foranstaltninger, der er omfattet af artikel 5, i [direktiv 2000/78]?”

EU-Domstolen har den 11. april 2013 taget stilling til de forelagte spørgsmål. Det vil nedenfor blive analyseret og vurderet, hvorvidt Vestre Landsrets afgørelser af 1. oktober 2007⁶⁶ (PTSD) og U.2008.306.V (sklerose), muligvis skulle have haft et andet udfald. Endvidere vil det blive analyseret og fortolket, hvilken betydning EU-dommen vil have for sagerne ved Sø- og Handelsretten.

6.3.1. EU-Domstolens dom (Anden Afdeling) 11. april 2013

I forhold til spørgsmål 2 lægger EU-Domstolen i præmis 45 ud med, at understrege at konstateringen af at der foreligger et handicap, ikke afhænger af karakteren af tilpasningsforanstaltningerne:

Præmis 45

“Desuden afhænger konstateringen af, at der foreligger et handicap, ikke af karakteren af tilpasningsforanstaltningerne, såsom anvendelsen af specielt udstyr. Det skal i denne forbindelse fastslås, at definitionen af begrebet »handicap« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2000/78 går forud for fastsættelsen og vurderingen af de hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 5.”

⁶⁶ Ankesag B-2722-06

Som det fremgår af præmissen fortsætter domstolen med at fastslå, at en eventuel tilpasningsforanstaltning, under alle omstændigheder, aldrig vil være relevant at undersøge, medmindre der foreligger et konstateret handicap. Ved vurderingen af, om en given funktionsnedsættelse vil være at betragte som handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, skal man således ikke ind og se på et eventuelt kompensationsbehov. Som tidligere beskrevet er det ikke afgørende for beskyttelsen, at der er et konkret behov for kompensation. Vurderingen af hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger vil derfor alene være relevant, på det tidspunkt der foreligger et handicap.

Vestre Landsrets afgørelser af 1. oktober 2007 (PTSD) og U.2008.306.V (Sklerose), set i lyset af EU-Domstolens dom af 11. april 2013

Fortolker man Vestre Landsrets afgørelser (PTSD og Sklerose) i lyset af EU-Domstolens dom af 11. april 2013, må det konkluderes, at Landsrettens argumentation savner støtte. Som tidligere antaget, forekommer Landsrettens metode at være lovteknisk ukorrekt, og det må formodes, at afgørelserne skulle have haft et andet udfald. Lægges EU-Domstolens metode til grund i sagerne, skulle handicapbegrebet aldrig have været vurderet i lyset af kompensationsbehovet, da definitionen af handicappet skal gå forud for fastsættelsen, og vurderingen af tilpasningsforpligtelsen, jf. EU-Domstolens dom af 13. april 2013, præmis 45. EU-Domstolen understreger ligeledes dette synspunkt ved, i præmis 46, at anføre, at *“i overensstemmelse med 16. betragtning 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.**”*⁶⁷

Endvidere vurderer Landsretten i afgørelserne PTSD og Sklerose, at nedsættelse af arbejdstiden ikke er en tilpasningsforanstaltning som arbejdsgiveren skal acceptere. Denne problemstilling tager EU-Domstolen stilling til i forhold til

⁶⁷ EU-Domstolens dom af 11. april 2013, præmis 46.

spørgsmål 3, og lægger ud med at understrege, at de i 20. betragtning i direktiv 2000/78⁶⁸ oplyste foranstaltninger, ikke udgør en udtømmende opregning.⁶⁹ Det fastslås hermed, at det ikke modsætningsvist kan sluttes, at nedsættelse af arbejdstiden *ikke* er en tilpasningsforanstaltning omfattet af beskæftigelsesdirektivets artikel 5, og dermed forskelsbehandlingslovens § 2a, blot på grundlag af en manglende omtale heraf i direktivets 20. betragtning.

Domstolen lægger op til, at *“der skal foretages en fortolkning af begrebet »arbejdsmonstre«, som er anført i nævnte betragtning, med henblik på at afgøre, om en tilpasning af arbejdstiden kan henhøre under dette begreb.”*⁷⁰ Det må formodes, at det i fortolkningen af begrebet har været hensigten, at anvende en vid definition således, at nedsættelse af arbejdstiden *kan* være en mulig tilpasningsforpligtelse. Domstolen fortsætter med at understrege, at hensigten med Direktiv 2000/78 har været, at forsøge at fjerne de forskellige barrierer, *“som hindrer handicappede personer i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere.”*⁷¹ Der foreligger dermed ikke et ønske om, at begrænse rækkevidden af beskæftigelsesdirektivets artikel 5, til ikke at omfatte nedsættelsen af arbejdstiden, hvis dette kan hjælpe til at fjerne de barrierer, som bidrager til at udelukke en handicappet person fra arbejdsmarkedet.

For at udelukke en hver tvivl går EU-Domstolen et skridt videre og understreger, at selv hvis en fortolkning af begrebet »arbejdsmonstre« ikke indeholder nedsættelse af arbejdstiden, som tilpasningsforanstaltning, vil denne alligevel være omfattet af beskæftigelsesdirektivets artikel 5:

⁶⁸ Beskæftigelsesdirektivet

⁶⁹ EU-Domstolens dom af 11. april 2013, præmis 49

⁷⁰ EU-Domstolens dom af 11. april 2013, præmis 50

⁷¹ EU-Domstolens dom af 11. april 2013, præmis 54

Præmis 56

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

Arbejdsgiveren vil dermed, i forbindelse med en handicappet arbejdstager, være forpligtet til, at acceptere nedsat arbejdstid som en tilpasningsforanstaltning, hvis arbejdstiden er den barriere der hindrer den handicappede person i, at deltage på lige fod med andre arbejdstagere.

Det kan hermed forsigtigt konkluderes, at Vestre Landsrets afgørelser (PTSD og Sklerose) skulle have haft et andet udfald. Endvidere giver ovenstående anledning til overvejelser om, hvorvidt der er mulighed for genoptagelse af sager, hvor det hidtil snævre handicapbegreb har været lagt til grund for sagernes udfald, hvilket var tilfældet i Vestre Landsrets afgørelser af 1. oktober 2007⁷² (PTSD) og U.2008.306.V (Sklerose).

Sø- og Handelsrettens afgørelser af 24. august 2009 (Werge - piskesmældsskade og Ring - ryglidelse og slidgigt), set i lyset af EU-Domstolens dom af 11. april 2013

Efter EU-Domstolens dom af 11. april 2013, er man nu væsentlig tættere på en afgørelse i sagerne ved Sø- og Handelsretten. Problemstillingen er ligeledes her, hvorvidt nedsat arbejdstid er en tilpasningsforanstaltning, som arbejdsgiveren skal acceptere. Ud fra ovenstående må det således konkluderes, at nedsat arbejdstid, som tilpasningsforanstaltning, er omfattet af beskæftigelsesdirektivets artikel 5, og dermed forskelsbehandlingslovens § 2a. Arbejdsgiverne i sagerne ved Sø- og Handelsretten har dermed ikke opfyldt deres tilpasningsforpligtelse, for så vidt angår forskelsbehandlingslovens § 2a, 1. pkt., efter hvilken *”arbejdsgiveren skal træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap*

⁷² Ankesag B-2722-06

adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelse, eller for at give en person med handicap adgang til uddannelse.”⁷³

EU-Domstolen henviser herefter til, at begrebet arbejdsmønstre skal fortolkes i lyset af FN-konventionens artikel 2, fjerde led, hvilken er sålydende:

”»Rimelig tilpasning« betyder nødvendige og passende ændringer og justeringer, som ikke indebærer en uforholdsmæssig stor eller unødvendig byrde, når dette er nødvendigt i et konkret tilfælde for at sikre, at personer med handicap kan nyde eller udøve alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige fod med andre.”

Domstolen understreger hermed, at beskæftigelsesdirektivets artikel 5, 2. og 3. pkt., og dermed forskelsbehandlingslovens § 2a, 2. og 3. pkt, ligeledes gælder ved »nedsat arbejdstid«. Der skal således ikke vurderes på, hvorvidt »nedsat arbejdstid« kan være en rimelig tilpasningsforanstaltning arbejdsgiveren skal acceptere, men på hvorvidt denne tilpasningsforanstaltning er for byrde fuld for arbejdsgiveren, set i lyset af virksomhedens konkrete forhold og eventuelle offentlige tilskud. EU-Domstolen påpeger, at den konkrete vurdering af, hvorvidt »nedsat arbejdstid«, i en given sag, er for byrdefuld for arbejdsgiveren, tilfalder den nationale ret:

Præmis 59

”I hovedsagerne tilkommer det den nationale ret at vurdere, om en nedsættelse af arbejdstiden som en tilpasningsforanstaltning udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiverne.”

Det er således op til Sø- og Handelsretten at vurdere, hvorvidt »nedsat arbejdstid«, i de konkrete sager, udgør en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiverne. I det efterfølgende vil begrebet »uforholdsmæssigt stor byrde« blive gennemgået og fortolket.

⁷³ Forskelsbehandlingslovens § 2a, 1. pkt.

6.4. For byrdefuldt for arbejdsgiveren

Som tidligere beskrevet har arbejdsgiveren en tilpasningsforpligtelse, i forbindelse med en handicappet arbejdstager. Det skal således afklares, i hvilket omfang den handicappede har et konkret behov for compensation, i form af en tilpasningsforanstaltning, hvorefter arbejdsgiveren skal afholde udgiften til denne. Det er her vigtigt at bemærke, at *“dette gælder dog ikke, hvis arbejdsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde.”*, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, 2. pkt.

Når det skal vurderes, hvorvidt en tilpasningsforanstaltning er for byrdefuld for arbejdsgiveren, skal der tages hensyn til udgifternes størrelse, set i lyset af virksomhedens konkrete forhold, herunder virksomhedens størrelse og økonomiske situation. I afvejningen skal der endvidere tages hensyn til, hvorvidt denne byrde lettes i tilstrækkeligt omfang af det offentlige, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, 3. pkt. Det skal her bemærkes, at dækker det offentlige udgifterne eller dele heraf, vil en tilpasningsforanstaltning formentlig ikke være for byrdefuld for arbejdsgiveren, jf. Karnov note 24 til forskelsbehandlingsloven.

Der skal således foretages en afvejning af rimelige tilpasningsforanstaltninger som arbejdsgiveren er forpligtet til at træffe og forpligtelser, der anses uforholdsmæssigt byrdefulde, set i lyset af ovenfor nævnte.⁷⁴ Dette fremgår endvidere direkte af Rådets 21. betragtning til beskæftigelsesdirektivet, hvilken er sålydende:

Betragtning 21⁷⁵

“Når det vurderes, om disse tilpasninger medfører en uforholdsmæssig stor byrde, bør der navnlig tages hensyn til (1) de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet hermed, samt til (2) organisationens eller virksomhedens størrelse og finansielle midler samt (3) muligheden for at opnå offentlige tilskud eller anden støtte.”

⁷⁴ Dette fremgår ligeledes af beskæftigelsesdirektivets artikel 5.

⁷⁵ Direktiv 2000/78, beskæftigelsesdirektivet

Rådet har dermed opstillet 3 omdrejningspunkter, hvilke skal indgå i vurderingen af, hvorvidt arbejdsgiveren er forpligtet til, at afholde de konkrete udgifter. Disse vil blive nærmere gennemgået og fortolket nedenfor, ligesom der vil blive gennemgået relevant retspraksis for, at bidrage til en bedre forståelse af arbejdsgiverens forpligtelser.

6.4.1. Omdrejningspunkt 1 - Finansielle udgifter og andre omkostninger

Som det fremgår af Rådets 21. betragtning til beskæftigelsesdirektivet, skal der ved vurderingen af, hvorvidt en udgift til en tilpasningsforanstaltning er for byrdefuld for arbejdsgiveren, tages hensyn til de konkrete udgifter i forbindelse med opfyldelse af tilpasningsforpligtelsen.

Der skal endvidere tages hensyn til »andre omkostninger«. Hvad der menes med dette, fremgår hverken af beskæftigelsesdirektivet eller forarbejderne til forskelsbehandlingsloven. Det må dog formodes, at »andre omkostninger« kan tænkes, blandt andet, at indeholde en hensyntagen til tidsmæssige omkostninger, i forbindelse med en konkret tilpasningsforanstaltning.⁷⁶ Som eksempel kan nævnes »nedsat arbejdstid«. Her skal der således ikke alene ses på de økonomiske omkostninger, men ligeledes, hvorvidt de tidsmæssige omkostninger er for byrdefulde for arbejdsgiveren. Et konkret tilfælde kunne være, at en given stilling kræver fuldtid og en handicappet medarbejder har behov for tilpasning, i form af deltid på 22 timer om ugen. Arbejdsgiveren vil således være nødsaget til, yderligere, at ansætte en deltidsmedarbejder på 15 timer om ugen for, at opfylde virksomhedens behov. Det er således af stor betydning for arbejdsgiveren, at undersøge og vurdere alle relevante omkostninger ved en konkret tilpasningsforanstaltning.

⁷⁶ Finn Schwarz m.fl., *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 285

Hvorvidt disse omkostninger er for byrdefulde for arbejdsgiveren, vil bero på en konkret vurdering, sammenlignet med de andre omdrejningspunkter, hvilke vil blive gennemgået nedenfor.

6.4.2. Omdrejningspunkt 2 - Virksomhedens størrelse og finansielle midler

Ved vurderingen af ovenstående, skal der samtidigt tages hensyn til virksomhedens størrelse og finansielle omfang. En ordlyds fortolkning må således resultere i, at tilpasningsforpligtelsen kan variere fra virksomhed til virksomhed, afhængig af dennes størrelse og økonomi. Der stilles hermed større krav til store solide virksomheder, i forhold virksomheder af mindre omfang, og dermed også omkostningsmæssigt mindre ressourcestærke.

6.4.3. Omdrejningspunkt 3 - Offentlige tilskud eller anden støtte

I den samlede vurdering skal der endeligt tages hensyn til muligheden for, at opnå offentlige tilskud eller anden støtte. Arbejdsgiveren er, i forbindelse med ovenstående, forpligtet til at undersøge, hvorvidt der er mulighed for at opnå offentlig støtte, der kan afhjælpe alle eller dele af udgifterne. Undersøgelsen kan eventuelt ske i samarbejde med den handicappede, kommunen og handicaporganisationer.

Det fremgår af lov om aktiv beskæftigelsesindsats, at personer med handicap har mulighed for at få tilskud til hjælpemidler, se afsnit 4.2.1. Disse hjælpemidler omfatter arbejdsredskaber, såvel som mindre arbejdspladsindretninger.⁷⁷ Det skal dog bemærkes, at der foreligger et krav om, at tilskuddet er af afgørende betydning for den pågældendes arbejdsevne. Tilskuddet skal således afhjælpe et konkret behov for kompensation, i forbindelse med den handicappedes mulighed for, at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre ikke-handicappede arbejdstagere. Hvorvidt der er mulighed

⁷⁷ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 8

for at opnå tilskud, skal bero på en konkret vurdering, med hensyn til den handicappedes kompensationsbehov i forhold til ansættelsen. Af forarbejderne til forskelsbehandlingsloven fremgår det, at *“hjælpen er uafhængig af personens eller en evt. ægtefælles indtægts- og formueforhold.”*⁷⁸ I denne henseende er dermed alene virksomhedens forhold relevante.

Det skal dog understreges, at tilskuddet alene ydes til foranstaltninger, hvilke går udover hvad arbejdsgiveren forudsættes af afholde, med hensyn til dennes almindelige arbejdsmiljøretnlige forpligtelser, jf. bekendtgørelse om faste arbejdssteders indretning.⁷⁹

Der er endvidere mulighed for, at den handicappede kan få tildelt en personlig assistent, der kan afhjælpe nogle af de opgaver den pågældende, grundet sit handicap, ikke er i stand til at udføre på egen hånd. Denne ordning er hjemlet i bekendtgørelse om kompensation til handicappede i erhverv, se afsnit 4.2.2.

Disse 3 omdrejningspunkter, skal således alle undersøges af arbejdsgiveren. Det påhviler ligeledes arbejdsgiveren, at kunne dokumentere, at denne har afdækket den handicappede arbejdstagers behov for foranstaltninger, og muligheden for, at opnå økonomisk eller anden støtte. Først når dette er undersøgt, vil arbejdsgiveren kunne forsøge at løfte bevisbyrden for, at omkostningerne er for byrdefulde for denne.

For at give en bedre forståelse af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse og, hvorvidt en konkret tilpasningsforanstaltning er for byrdefuld for denne, vil der nedenfor blive gennemgået retspraksis, hvilken belyser problemstillingen.

⁷⁸ Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 9

⁷⁹ Bekendtgørelse nr. 96 af 3. februar 2001

6.5. Retspraksis

I U.2009.1948.SH (eleven), som tidligere refereret, havde arbejdsgiveren ikke opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Sagsøgeren havde svære rygproblemer, hvilket indebar en funktionsnedsættelse, og dermed handicap, i forbindelse med ansættelsen hos sagsøgte. Det fremgår af sagens faktiske omstændigheder, at sagsøgte havde afvist en assistance-ordning, hvilken var forslået af kommunen. Sagsøgte havde afvist assistance-ordningen på et tidspunkt, hvor det nærmere indhold af denne endnu ikke var blevet klarlagt. Retten anfører således at *“Retten finder på denne baggrund ikke, at der foreligger grundlag for at fastslå, hvorvidt en sådan ordning, som gjort gældende af HTS på P.W. Wulffs vegne, ville indebære en uforholdsmæssig stor byrde for P.W. Wulff, jf. forskelsbehandlingslovens § 2 a.”*⁸⁰

Arbejdsgiveren havde således ikke opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, for så vidt angår dennes forpligtelse til, at undersøge alle forhold i henhold til en handicappet medarbejders kompensationsbehov. På baggrund af dette var arbejdsgiveren ligeledes ikke i stand til at løfte bevisbyrden for, at en sådan ordning ville være for byrdefuld for arbejdsgiveren, idet denne ikke tilstrækkeligt havde undersøgt forholdene. Sagsøgtes ophævelse af sagsøgers uddannelsesaftale var derfor uberettiget. Se afsnit 7. for gennemgang af godtgørelsen.

Heroverfor står U.2008.1450.Ø (arkitekten), som tidligere refereret. Sagen omhandler, hvorvidt Kulturarvestyrelsens opsigelse af en handicappet medarbejder, var en overtrædelse af forskelsbehandlingsloven. Retten anfører at Arkitekten havde påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at denne var blevet forskelsbehandlet på baggrund af dennes handicap. Retten anerkender da også, at *“i henhold til lovens § 7a påhviler det*

⁸⁰ U.2009.1948.SH, s. 5-6

herefter indstævnte at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.”⁸¹ Arbejdsgiveren var således forpligtet til at undersøge alle 3 omdrejningspunkter, som tidligere gennemgået. Det påhvilede ligeledes arbejdsgiveren, at kunne dokumentere, at denne havde afdækket den handicappede arbejdstagers behov for foranstaltninger, og muligheden for, at opnå økonomisk eller anden støtte. Dette var dog ikke tilfældet i sagen - arkitekten havde haft 3 assistenter, hvilke denne selv havde taget initiativ til at søge bevilling til.

Der foreligger i dommen dissens og flerflertallet anfører, at *“vi finder det ikke godtgjort, at styrelsen i henhold til reglerne om compensation til handicappede i erhverv m.v. havde mulighed for at opnå løntilskud ved ansættelse af en personlig assistent for appellanten.....”* Denne vurdering synes forvirrende, da det efter § 2a påhviler arbejdsgiveren, at undersøge, dokumentere og dermed bevise, at der ikke er mulighed for at opnå offentlig støtte. Her lægger flertallet vægt på, at det ikke er godtgjort, at der var mulighed for at opnå støtte. Det synes hermed, at retten pålægger medarbejderen, at påvise at der var mulighed for at opnå offentlig støtte, hvilket får vendt bevisbyrden på hovedet. Flertallet lagde herefter til grund, at *“bestemmelsen om at lægge afgørende vægt på medarbejdernes fleksibilitet var objektivt begrundet i et sagligt formål, og at afskedigelsen af appellanten efter styrelsens forhold var hensigtsmæssig og nødvendig.”*⁸² Ligebehandlingsprincippet var således, efter flertallets vurdering, ikke krænket.

Det virker besynderligt, at Kulturarvestyrelsen kunne løfte bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket, eftersom de ikke synes at have opfyldt deres tilpasningsforpligtelse. Dette anføres ligeledes af den dissenterende dommer:

⁸¹ U.2008.1450.Ø, s. 6

⁸² U.2008.1450.Ø, s. 7

“Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at Kulturarvsstyrelsen hverken under Arkitektens ansættelse eller ved vurderingen af styrelsens arkitekters individuelle fleksibilitet og omstillingsparathed, jf. kriterierne for afskedigelse, opfyldte forpligtelsen til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger som kompensation for Arkitektens handicap, jf. lovens § 2a.”⁸³

Den dissentierende dommer lægger således vægt på, at Kulturarvstyrelsen ikke havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse og derfor, som en følge heraf, ikke kunne løfte bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke var krænket. Styrelsen lagde i sin det-skrivelsen til Arkitekten vægt på, at denne ikke ville kunne varetage styrelsens fremtidige arbejdsopgaver, da denne ikke længere var i stand til, at varetage besigtigelser på egen hånd. Hverken sin det-skrivelsen eller afskedigelsesbrevet til Arkitekten indeholdt en beskrivelse af Styrelsens fremtidige arbejdsopgaver, hvortil den dissentierende dommer anfører, at *“Kulturarvsstyrelsen har ikke godtgjort, at styrelsens fremtidige arbejdsopgaver i det væsentlige ville bestå i besigtigelser, eller i øvrigt at de opgaver, Arkitekten hidtil havde løst, ville bortfalde som følge af besparelserne.”⁸⁴* Opsigelsen kan således ikke anses for sagligt begrundet i Styrelsens fremtidige arbejdsopgaver, da denne ikke indeholder en angivelse heraf.

Kulturarvstyrelsen begrunder endvidere afskedigelsen med, at *“du (Arkitekten) relativt set er mindre faglig fleksibel, lige som din omstillingsevne relativt set er stærkt begrænset som følge af din nedsatte synsevne.”⁸⁵* Styrelsen angiver hermed direkte Arkitektens synshandicap, som begrundelse for opsigelsen. Dette synes flertallet ikke at tillægge vægt, i begrundelsen for afgørelsen.

På baggrund af det anførte finder den dissentierende dommer ikke, at *“Kulturarvsstyrelsen har løftet sin bevisbyrde for, at ligebehandlingsprincippet ikke er krænket.”* Der bliver således lagt vægt på de ovenfor anførte

⁸³ U.2008.1450.Ø, s. 7

⁸⁴ U.2008.1450.Ø, s. 7

⁸⁵ U.2008.1450.Ø, s. 4

omdrejningspunkter i bedømmelsen af, hvorvidt arbejdsgiveren har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Endvidere understreges det, at bevisbyrden for at ligebehandlingsprincippet ikke er krænket, tilfalder arbejdsgiveren, jf. forskelsbehandlingslovens § 7a, hvilken denne ikke har kunne løfte.

Som tidligere beskrevet skal tilpasningsforpligtelsen, jf. § 2a, være opfyldt for, at arbejdsgiveren kan forsøge at løfte bevisbyrden i forhold til, at omkostningerne vil være for byrdefulde for denne. Eftersom medarbejderens behov for tilpasning, og mulighederne for støtte, ikke kan siges at være afdækket, burde arbejdsgiveren således ikke kunne løfte bevisbyrden for, at omkostningerne er for byrdefulde. Flertallet synes ligeledes ikke at tillægge dette vægt i bedømmelsen af, hvorvidt opsigelsen er sagligt begrundet i objektive hensyn (nedskæringerne). Finn Schwarz henviser til, at flertallets vurdering muligvis er *“baseret på en »traditionel« bred accept af arbejdsgiverens - i det konkrete tilfælde en offentlig arbejdsgivers - skøn i forbindelse med en utvivlsom nødvendig nedskæring, således at der overlades en bred margin for dette skøn.”*⁸⁶ Man kan ud fra denne betragtning muligvis finde mening i flertallets begrundelse. Det skal dog bemærkes, at selv om der overlades en bred margin for arbejdsgiverens skøn, så vil en usaglig begrundelse i medarbejderens handicap, altid være et ulovligt kriterium.

Men ikke desto mindre synes flertallets metode forvirrende, og med de ovenfor anførte omdrejningspunkter i mente, kan det forsigtigt vurderes, at dette nok ikke er således tilpasningspligten skal forstås. Den korrekte metode, og dermed sagens udfald, er derfor formentlig som anført af den dissentierende dommer, hvorfor Arkitekten således burde have fået medhold i dennes påstand.

⁸⁶ Finn Schwarz m.fl.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet - forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 295

En anden dom afsagt af Østre Landsret er U.2010.2303.Ø (epilepsi), hvilken ligeledes tidligere er refereret, hvor en handicappet medarbejder har lidt af epilepsi siden han var 18 år. Medarbejderens epilepsi blev anset for handicap i forskelsbehandlingslovens forstand og afskedigelse af denne, begrundet i hans sygdom, var således i strid med ligebehandlingsprincippet. Medarbejderen havde i forbindelse med stillingen behov for omfangsrige tilpasningsforanstaltninger, hvilke arbejdsgiveren påstod for byrdefulde for denne. Medarbejderen havde således behov for tilpasning i form af nedsat tid, der skulle endvidere tages særligt hensyn til ham i forhold til afvekslende arbejdsopgaver, passende pauser og konkrete anvisninger.⁸⁷

Medarbejderens begavelsesniveau var ved nedre grænse af normalområdet, hvortil arbejdsgiveren anfører, at *“sagsøgers begavelsesniveau og behov for anvisninger ikke i sig selv kan konstituere et handicap.”*⁸⁸ På baggrund af speciallæge Christian Pilebæk Hansens vidneudsagn, hvor han understreger, at medarbejderens begavelsesniveau er opstået grundet tidligere epilepsianfald og medicinen, afviser Retten denne påstand, hvorefter det konkluderes, at epilepsien bestod som en *kronisk* hjernesygdom. Der bliver ligeledes taget hensyn til ressourceprofilen, hvilken har dannet baggrund for, at medarbejderen har fået tildelt fleksjob.

Det skal endvidere bemærkes, at opsigelsen kommer umiddelbart efter, at medarbejderen havde været ude for et uheld, hvor denne var kørt på motorvejen imod færdselsretningen. Efter denne episode begrundes arbejdsgiveren opsigelsen med, at denne ikke kan være ansvarlig for medarbejderens sikkerhed i situationer, hvor denne arbejder alene.⁸⁹ Til dette anfører Landsretten, at:

⁸⁷ U.2010.2303.Ø, s. 6

⁸⁸ U.2010.2303.Ø, s. 3

⁸⁹ U.2010.2303.Ø, s. 1

“..... uanset at afskedigelsen var begrundet med A's egen sikkerhed, finder landsretten, at en afskedigelse umiddelbart efter uheldet, hvor A havde sygemeldt sig, ikke var en nødvendig og hensigtsmæssig foranstaltning, og at der var andre muligheder, som ikke ville pålægge arbejdsgiveren en uforholdsmæssig byrde, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a.”⁹⁰

Det lægges således af Østre Landsret til grund, at afskedigelsen af den handicappede medarbejder var i strid med forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, da denne var begrundet i medarbejderens handicap. Arbejdsgiveren har dermed ikke kunne løfte bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.

Udfra ovenstående domme fremgår det således, at det altid vil bero på en konkret vurdering, hvorvidt en tilpasningsforpligtelse kan anses for byrdefuld for arbejdsgiveren. Ligeledes vil bevisbyrden for dette, tilfalde arbejdsgiveren. Nedenfor vil der blive set nærmere på, hvilken betydning EU-Domstolens dom af 11. april 2013, vil få for sagerne ved Sø- og Handelsretten. Det vil det blive analyseret og vurderet, hvorvidt arbejdsgiveren har overholdt sine forpligtelser, i forhold til de handicappede medarbejdere.

6.6. Sagerne ved Sø- og Handelsretten - muligt udfald

Retten har i disse sager lagt til grund, at medarbejderne led af en funktionsnedsættelse, hvilken resulterede i, at disse skulle anses for handicappede i forskelsbehandlingslovens forstand. Parterne er således alene uenige i, hvorvidt arbejdsgiveren skulle acceptere »nedsat arbejdstid«, eller yderligere nedsat arbejdstid, som en tilpasningsforanstaltning. Efter EU-Domstolens dom af 11. april 2013, foreligger der således ikke længere tvivl i forbindelse med dette - »nedsat arbejdstid« kan være en tilpasningsforanstaltning, omfattet af beskæftigelsesdirektivets art. 5.

⁹⁰ U.2010.2303.Ø, s. 6

Herefter lægger EU-Domstolen op til, at der alene skal vurderes på, hvorvidt omkostningerne i forbindelse med »nedsat arbejdstid«, vil være for byrdefulde for arbejdsgiverne i de konkrete sager. Det centrale omdrejningspunkt i afgørelserne bliver herefter, om arbejdsgiverne kan løfte bevisbyrden herfor.

For at undersøge dette skal der ses på, hvorvidt arbejdsgiverne har afdækket alle de relevante forhold i forbindelse med de tidligere nævnte 3 omdrejningspunkter, hvilke fremgår af Rådets 21. betragtning til beskæftigelsesdirektivet.⁹¹ Sagerne vil blive vurderet særskilt, da de faktiske omstændigheder er forskellige. Der vil i denne forbindelse ikke blive taget stilling til, hvorvidt opsigelsen kunne ske med henvisning til 120-dages reglen i funktionærlovens § 5, stk. 2, da dette ligger udover specialets problemområde.

Werge - Piskesmældsskade

I denne sag er sagsøger ude for et trafikuheld, hvilket efterlader hende med mén, som efterfølgende resulterer i en funktionsnedsættelse. Sagsøger bliver herefter deltidssygemeldt, hvilket hun selv bringer i forslag, på opfordring af sin læge. Regnskabschef Niels Hjorth-Møller (sagsøgers chef) sender i denne forbindelse en e-mail ud til virksomhedens øvrige ansatte, hvori han redegør for situationen og opfordrer alle til at "hjælpe til".

Sagsøger har forklaret at hun ingen hjælp fik til sine arbejdsopgaver, og at hun iøvrigt bare, som følge af deltidssygemeldingen, skulle nå det hele på den halve tid. Det bliver endvidere lagt til grund, at der ikke på noget tidspunkt, fra arbejdsgivers side, bliver spurgt til, hvorvidt der kan gøres noget for at afhjælpe situationen.

Arbejdsgiveren har anført, at de var klar over at sagsøger skulle skånes, som følge af hendes funktionsnedsættelse. Herefter udtales det dog af arbejdsgiveren, at *"det blev ikke drøftet, om F kunne have behov for hjælpemidler, idet*

⁹¹ Direktiv 2000/78

*det ikke var hans opfattelse, at dette var tilfældet.”*⁹² Endvidere anerkendes det, at der ikke blev lavet noget på skrift om ændring af sagsøgers arbejde.

Afslutningsvist udtaler arbejdsgiveren, at havde sagsøger givet udtryk for, at hun havde det bedre, var hun ikke blevet afskediget.

Det kan ud fra ovenstående vurderes, at arbejdsgiveren formentlig ikke har overholdt sin § 2a forpligtelse, idet denne ikke har afklaret i hvilket omfang sagsøger havde et konkret behov for kompensation, i form af tilpasningsforanstaltninger. Arbejdsgiveren har på intet tidspunkt undersøgt forholdene, eller eventuelle omkostninger herved. Sagsøgers deltidssygemelding skete udelukkende på baggrund dennes eget initiativ - arbejdsgivers fik desuden dagpengerefusion under sagsøgers deltidssygemelding.

Det er således ikke relevant at vurdere, hvorvidt arbejdsgiveren ville kunne løfte bevisbyrden for, at omkostningerne ville være for byrdefulde for denne, eftersom sagsøgers eventuelle behov for tilpasningsforanstaltninger ikke er afdækket, og dermed heller ikke eventuelle omkostninger. Det er således vores vurdering, at opsigelsen er i strid med ligebehandlingsprincippet, hvorefter sagsøgers påstand skal tages til følge.

Ring - Ryglidelse og slidgigt

I denne sag lider sagsøger af rygproblemer, hvilke resulterede i en funktionsnedsættelse og dermed handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Sagsøger bliver, som en følge heraf, deltidssygemeldt. Hun tager selv initiativ til at undersøge, hvorvidt der er mulighed for, at hun kan få tildelt fleksjob, hvortil arbejdsgiveren udtaler, at *“jeg forstår godt dit ønske om fleksjob, men ressourcerne skal jo gå op også set fra virksomhedens side, og det har jeg forstået at det ikke gør hvis vi sagde ja til dit ønske.”*⁹³ Dette afvises hermed af arbejdsgiveren.

⁹² Sø- og Handelsrettens kendelse af 24. august 2009, sag. F-13-06, s. 4

⁹³ Sø- og Handelsrettens kendelse af 24. august 2009, sag. F-19-06, s. 3

Sagsøger har forklaret, at hun havde spurgt om det var muligt at få hæve/sænkebord i boligbutikken, hvilket er hvor sagsøgte havde sin arbejdsplads, hvortil Jan Birk (afdelings chef) svarede, at dette ville blive undersøgt. Dette blev dog afvist med henvisning til, at dette ville være for omkosteligt, idet dette ville kræve at hele boligbutikken skulle renoveres. Sagsøgeren bliver efterfølgende opsagt.

Umiddelbart efter opsigelsen, bliver der slået en stilling op som kontorassistent på deltid (22 timer) på DAB's regionalkontor i Lyngby. Sagsøger blev ikke tilbudt stillingen, og blev alene klar over stillingsopslaget, da hun tilfældigvis så dette i Det Grønne Område. EU-Domstolen bemærker denne konkrete omstændighed og anfører præmis 62⁹⁴:

“Den omstændighed, at DAB, som påpeget af den forelæggende ret, umiddelbart efter opsigelsen af Jette Ring i en annonce opslug en ledig stilling som kontorassistent på deltid, dvs. 22 timer pr. uge, i DAB's regionalkontor i Lyngby, kan være relevant med henblik på denne bedømmelse. I de sagsakter, der er forelagt Domstolen, findes ingen oplysninger, som gør det muligt at fastslå, at Jette Ring ikke var i stand til at bestride denne stilling på deltid, eller at forstå grunden til, at hun ikke blev tilbudt denne stilling. Den forelæggende ret har desuden oplyst, at Jette Ring kort tid efter, at hun blev opsagt, tiltrådte en ny stilling som receptionist i et andet selskab, og at den faktiske arbejdstid var 20 timer pr. uge.”

Domstolen lægger hermed formentligt op til, at alene denne omstændighed gør, at arbejdsgiveren ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse efter beskæftigelsesdirektivets⁹⁵ artikel 5, og dermed forskelsbehandlingslovens § 2a.

Det kan ud fra ovenstående vurderes, at arbejdsgiveren formentlig ikke har overholdt sin tilpasningsforpligtelse, idet denne ikke på eget initiativ har afklaret i hvilket omfang sagsøger havde et konkret behov for kompensation, i

⁹⁴ EU-Domstolens dom af 11. april 2013, præmis 62

⁹⁵ Direktiv 2000/78

form af tilpasningsforanstaltninger. Arbejdsgiveren har alene, på sagsøgers forespørgsel, undersøgt, hvorvidt der var mulighed for hæve/sænkebord og fleksjob. Begge disse blev afvist med henvisning til, at dette var for omkosteligt. Arbejdsgiveren undersøger i denne forbindelse ikke mulige offentlige tilskud, hvorfor det må siges, at denne ikke har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

Det er således ikke relevant at vurdere, hvorvidt arbejdsgiveren ville kunne løfte bevisbyrden for, at omkostningerne ville være for byrdefulde for denne, eftersom eventuelle offentlige tilskud til dækning af omkostningerne, ikke er blevet undersøgt. Det er således vores vurdering, at opsigelsen er i strid med ligebehandlingsprincippet, hvorefter sagsøgers påstand skal tages til følge.

6.7. Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at arbejdsgiveren har en tilpasningsforpligtelse, overfor den handicappede arbejdstager, i medfør af beskæftigelsesdirektivets artikel 5, og dermed forskelsbehandlingslovens § 2a, hvilken går udover dennes almindelige arbejdsmiljøretlige forpligtelser. Denne forpligtelse gælder (naturligvis) i både en ansættelses- og opsigelsessituation.

Endvidere kan det konkluderes, at den handicappede arbejdstager formentlig skal være lige så kompetent, som den ikke-handicappede arbejdstager, efter iværksættelse af eventuelle tilpasningsforanstaltninger. Der foreligger således, hverken fra EU-Rettens eller Dansk rets side, et ønske om positiv særbehandling.

Et centralt omdrejningspunkt i diskussionen om arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse har været, hvorvidt denne skulle acceptere »nedsat arbejdstid« som en tilpasningsforanstaltning. Dette har EU-Domstolen nu afklaret i dom af 11. april 2013, hvori det fastslås, at »nedsat arbejdstid« er en foranstaltning omfattet af beskæftigelsesdirektivets artikel 5, og dermed

forskelsbehandlingslovens § 2a. Den efterfølgende problemstilling bliver således, hvorvidt arbejdsgiveren kan løfte bevisbyrden for, at »nedsat arbejdstid« som tilpasningsforanstaltning, er for byrdefuldt for denne. Dette vil altid bero på en konkret vurdering, udfra sagens faktiske omstændigheder, hvori skal medtages; de finansielle og andre omkostninger, der er forbundet med foranstaltningen, virksomhedens størrelse og økonomi samt muligheden for, at opnå offentlig tilskud eller anden støtte.

7. Godtgørelse

7.1. Indledning

En grundlæggende bestanddel af det danske retssystem er, at ingen personer må forskelsbehandles. Forskelsbehandlingsloven forbyder derfor forskelsbehandling på baggrund af en persons handicap. Begrebet godtgørelse har stor praktisk betydning, for både arbejdsgiveren og arbejdstageren, og handicappede personer, hvis rettigheder er blevet krænket, kan således tilkendes en godtgørelse efter forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1. Bestemmelsen er sålydende:

“Personer, hvis rettigheder er krænket ved overtrædelse af §§ 2-4, kan tilkendes en godtgørelse.”⁹⁶

Godtgørelsen fastsættes under hensyn til sagens faktiske omstændigheder og, i en opsigelsessituation, medarbejderens anciennitet. Dette er således i sidste ende den sanktions mulighed der foreligger, overfor en arbejdsgiver der har krænket ligebehandlingsprincippet.

Efter indsættelsen af handicap som beskyttelseskriterie i 2004, har man set forholdsvist mange retstvister, og der begynder lige så stille at tegne sig et billede af godtgørelsesniveauet. Det skal her bemærkes, at hverken lovgivningen eller forarbejderne indeholder en nedre eller øvre grænse for tilkendelse af godtgørelse ved overtrædelse af forskelsbehandlingsloven. For at komme dette nærmere er vi således nødsaget til, at undersøge den foreliggende retspraksis.

⁹⁶ Forskelsbehandlingslovens § 7, stk. 1

7.2. Retspraksis

For bedre at give et billede af den tidsmæssige udstrækning, hvorover dommene er afsagt, vil disse blive gennemgået i kronologisk rækkefølge.

U.2009.1948.SH (Eleven)

I denne sag blev den handicappede medarbejder tilkendt en godtgørelse på 97.200 kr., svarende til ca. 6 måneders løn, som følge af arbejdsgiverens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Medarbejderen havde ca. 1,5 års anciennitet. Det skal her bemærkes, at Sø- og Handelsretten bidrager ikke med en nærmere angivelse af, hvorfor godtgørelsen fastsættes til dette beløb.

U.2010.1748.V (Hjerneskode)

I denne sag var medarbejderen ude for et trafikuheld, hvor hun pådrog sig en hjerneskode, hvilken resulterede i en funktionsnedsættelse og således et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Medarbejderen blev tildelt fleksjob d. 1. oktober 2006, men blev på trods af dette, opsagt i januar 2008. Arbejdsgiveren begrundede opsigelsen med, at medarbejderen ikke kunne varetage sine arbejdsopgaver på tilstrækkelig vis.

Herefter nedlagde medarbejderen påstand om, at opsigelsen var begrundet i dennes handicap, hvilket Vestre Landsret gav medhold i. Hertil anførte Landsretten, at arbejdsgiveren ikke havde overholdt sin tilpasningsforpligtelse, og medarbejderen blev således tildelt en godtgørelse på 250.000 kr., svarende til ca. 10 måneders løn. Medarbejderens anciennitet på opsigelses tidspunktet var på ca. 33 år, hvorfor en godtgørelse på 250.000 kr. kan synes forholdsvis lav. Men ikke desto mindre, er godtgørelsen den højeste, som er blevet tilkendt en medarbejder grundet handicaprelateret forskelsbehandling.

U.2010.2303.Ø (Epilepsi)

I denne sag blev den handicappede medarbejder tilkendt en godtgørelse på 40.000 kr., svarende til lidt mere end 1,5 måneders løn, som følge af arbejdsgiverens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Medarbejderen havde ca. 3 måneders anciennitet. Østre Landsret bidrager ikke med en nærmere angivelse af, hvorfor godtgørelsen fastsættes til dette beløb, det må dog formentlig antages, at der lægges vægt på den forholdsvise korte ansættelsesperiode, og det, at opsigelsen var begrundet i medarbejderens sikkerhed.

U.2010.2620.V (Handicappet barn)

I denne sag lagde medarbejderen til grund, at opsigelsen var begrundet i hendes barns handicap, hvilket Retten gav hende medhold i. Arbejdsgiveren havde således krænket ligebehandlingsprincippet. Medarbejderen havde ca. 1 år og 2 måneders anciennitet. Byretten fastsatte godtgørelsen til ca. 6 måneders løn, uden begrundelse. Dommen blev senere anket til Vestre Landsret, hvilken, uden yderligere begrundelse, fastsatte godtgørelsen til 180.000 kr., svarende til 9 måneders løn.

Østre Landsrets dom af 26. august 2010 (Sklerose)

I denne sag blev den handicappede medarbejder tilkendt en godtgørelse på 180.000 kr., svarende til 6 måneders løn, som følge af arbejdsgiverens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Medarbejderen havde ca. 5,5 års anciennitet. Østre Landsret begrundede godtgørelses størrelse i medarbejderens 5,5 års anciennitet, hvilket på baggrund af ovenstående kan synes lavt.

U.2011.2880.Ø (Hørehandicappet)

I denne sag blev den handicappede medarbejder tilkendt en godtgørelse på 150.000 kr., svarende til 5 måneders løn, som følge af arbejdsgiverens overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Medarbejderen havde 2 år og 3

måneders anciennitet. Østre Landsret begrundet godtgørelsens størrelse i medarbejderens anciennitet, hvilket på baggrund af ovenstående kan synes forholdsvist højt.

Sø- og Handelsrettens dom af 16. august 2011 (ADHD)⁹⁷

I denne sag var medarbejderen diagnosticeret med ADHD, hvilket efter Rettens opfattelse var handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Medarbejderen blev ansat i et barselsvikariat, hvilket var anført til at vare fra d. 5. maj 2008 til d. 31. december 2008. Efter 4 dages arbejde, i hvilke arbejdsgiveren ikke havde været til stede på kontoret, blev medarbejderen bortvist, med henvisning til manglende oplysning om ADHD ved ansættelsessamtalen.

Herefter nedlagde medarbejderen påstand om, at opsigelsen var begrundet i dennes handicap, hvilket Sø- og Handelsretten gav medhold i. Hertil anførte Retten, at medarbejderen ikke var forpligtet til at meddele oplysninger om sine helbredsforhold, og medarbejderen blev således tilkendt en godtgørelse på 56.000 kr., svarende til 4 måneders løn. Medarbejderens anciennitet var på opsigelsestidspunktet 4 dage. Sø- og Handelsretten bidrager ikke med en nærmere angivelse af, hvorfor godtgørelsen fastsættes til dette, forholdsvist, store beløb, det må dog formentlig antages, at den uberettigede bortvisning tillægges betydelig vægt.

7.3. Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at godtgørelsens størrelse spænder fra 1,5 til 10 måneders løn. Denne fastsættes under hensyn til sagens faktiske omstændigheder og medarbejderens anciennitet. Det vil således altid bero på en konkret vurdering. Det kan forsigtigt antages, at godtgørelsen lægger sig op ad det niveau, der generelt er gældende ved overtrædelse af

⁹⁷ Sag F-3-09

ligebehandlingslovens § 9, hvilken forbyder opsigelse begrundet i medarbejderens graviditet, barsel eller adoption.

Det skal her bemærkes, at samtlige sagsøgere nedlagde påstand om større godtgørelse end dem, der blev tilkendt af domstolene.

8. Konklusion

Projektets problemformulering tager sit udgangspunkt i de problemstillinger, der kan opstå i forbindelse med definition af handicapbegrebet, samt arbejdsgiverens særlige forpligtelser overfor den handicappede arbejdstager.

Det kan udfra projektet konkluderes, at handicapbegrebet er for snævert implementeret i dansk ret, efter den nye EU-Dom af 11. april 2013, hvorfor fremtidige sager vil formodes at få et andet udfald, hvor det brede miljøbestemte handicapbegreb vil blive lagt til grund.

Ligeledes kan det konkluderes, at hvorvidt den pågældende lider af en funktionsnedsættelse, vil bero på en konkret vurdering, hvoraf lægelige oplysninger vil blive tillagt betydelig vægt. Herudover skal der være en begrænsning i erhvervsevnen, som påvirker person i en sådan grad, at denne ikke kan fungere på lige fod med andre ikke-handicappede arbejdstagere.

Det er uden betydning, hvorledes handicapet er opstået, det centrale omdrejningspunkt er, hvorvidt lidelsen kan karakteriseres som værende handicap.

Det skal her ydermere tilføjes, at nogle sygdomme kan medføre en funktionsnedsættelse, hvilke udgør et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Sygdom kan således godt være handicap, men handicap kan ikke være sygdom.

Der foreligger, som tidligere nævnt, ingen definition af begrebet langvarig, hvorfor det kan være behjælpeligt at betragte andre områder af arbejdsmarkedetslovgivningen. Det er vores opfattelse, at en lidelse hvilken ikke strækker sig ud over 1 år, ikke kan anses som værende af langvarig karakter, hvorfor dette alene må betragtes som sygdom.

Det kan endvidere konkluderes, at arbejdsgiveren har en særlig tilpasningsforpligtelse overfor den handicappede arbejdstager, hvilken går udover dennes almindelige arbejdsmiljøretlige forpligtelser.

Det skal i den henseende understreges, at det således ikke, hverken fra EU-rettens eller dansk rets side, har været et ønske om positiv særbehandling - den handicappede skal derfor være lige så kvalificeret til stillingen, som den ikke-handicappede arbejdstager, efter iværksættelse af eventuelle tilpasningsforanstaltninger.

Afslutningsvist kan det konkluderes, på baggrund af EU-Domstolens dom af 11. april 2013, at »nedsat arbejdstid« er en foranstaltning omfattet af beskæftigelsesdirektivets artikel 5, og dermed forskelsbehandlingslovens § 2a. Der lægges således op til en vurdering af, hvorvidt »nedsat arbejdstid« vil udgøre en for byrdefuld foranstaltning for arbejdsgiveren - dette vil bero på en konkret vurdering, hvor virksomhedens forhold skal inddrages.

Det må ud fra ovenstående konkluderes, at der er stadig foreligger væsentlige problemer i forbindelse med, at forstå begrebet handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Det vil blive interessant at se, hvorledes domstolene vil løse fremtidige tvister.

9. Perspektivering

9.1. Arbejdsgiverens fremgangsmåde

På baggrund af opgaven og besvarelsen af problemformuleringen, kan der nu opstilles overordnede punkter, hvilke arbejdsgiveren skal igennem i henholdsvis en ansættelses- og opsigelsessituation. Som tidligere anført, har arbejdsgiveren mulighed for, ved afdækningen af de individuelle punkter, at søge assistance hos den handicappede arbejdstager, kommunen eller handicaporganisationer.

Et punkt, hvilket er af stor betydning i alle situationer og hvilket skal afklares som det første er, hvorvidt den pågældende arbejdstager er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. Arbejdsgiveren skal vurdere, hvorvidt funktionsnedsættelsen kan karakteriseres som værende handicap, og den formodede varighed af denne. Kan det godtgøres, at arbejdstageren ikke falder ind under handicapbegrebet, skal der således ikke tages specielt hensyn til denne. Godtgøres det derimod, at arbejdstageren er handicappet, skal arbejdsgiveren igennem de nedenfor opstillede punkter for, at have opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

9.4.1. Ansættelsessituation

1. Arbejdsgiveren skal som det første vurdere den handicappede arbejdstagers kompetencer, uden at have handicappet med i betragtningen. Det er her vigtigt, at der alene fokuseres på kvalifikationerne således, at ligebehandlingsprincippet ikke bliver krænket. Findes den handicappede kompetent, fortsættes der til pkt. 2.
2. Herefter skal arbejdsgiveren afdække eventuelle behøvede tilpasningsforanstaltninger således, at den handicappede arbejdstager kan

fungere på lige fod med andre ikke-handicappede arbejdstagere. Det er her vigtigt at processen dokumenteres.

3. Når eventuelle foranstaltninger er afdækket, har arbejdsgiveren, som tidligere nævnt, en pligt til at undersøge, hvorvidt der foreligger mulighed for, at opnå offentlig tilskud eller anden støtte. Det er ligeledes her vigtigt, at resultatet dokumenteres, hvis men eventuelt får brug for at løfte bevisbyrden for, at omkostningerne i forbindelse med tilpasningsforanstaltningerne er for byrdefulde.
4. Det sidste skridt i processen er, at arbejdsgiveren, efter afdækning af ovenstående punkter, skal vurdere hvorvidt denne derved *“pålægges en uforholdsmæssig stor byrde”*, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, 2. pkt.

9.4.2. Opsigelsessituation

I en opsigelses situation er intentionen, og begrundelsen bag denne, af helt afgørende betydning. Arbejdsgiveren skal således ind og vurdere, hvorvidt den handicappede medarbejder opsiges grundet dennes eller virksomhedens forhold. For at vurdere om opsigelsen er sagligt begrundet i medarbejderens forhold, er det således igen vigtigt at man ser bort fra dennes handicap.

1. Påtænkes en handicappet medarbejder afskediget, skal arbejdsgiveren vurdere, hvorvidt dette er begrundet i den handicappedes egne forhold eller virksomhedens forhold.
 - i. Er opsigelsen begrundet i medarbejderens egne forhold skal det vurderes, hvorvidt dette har sammenhæng med den pågældendes handicap. Er opsigelsen sagligt begrundet i medarbejderens egne forhold, uden handicappet er tillagt vægt, burde forskelsbehandlingslovens beskyttelses område ikke få betydning.

ii. Er opsigelsen derimod begrundet i virksomhedens forhold, skal den handicappede medarbejders kvalifikationer vurderes i lyset af virksomhedens øvrige medarbejdere, selvfølgelig uden at tillægge handicapet betydning. Er den handicappede medarbejders kvalifikationer dårligere, burde forskelsbehandlingslovens beskyttelses område ikke få betydning. Dokumentationen er her yderst vigtig.

Er den handicappede medarbejders kvalifikationer derimod ens eller bedre end virksomhedens øvrige medarbejdere, går der videre i processen.

2. Arbejdsgiveren er som ovenfor nævnt forpligtet til at opfylde sin tilpasningsforpligtelse, jf. forskelsbehandlingslovens § 2a. Denne skal hermed afdække den handicappede medarbejders behov for foranstaltninger således, at denne kan fungere på lige fod med andre ikke-handicappede medarbejdere. Det er ligeledes her vigtigt, at processen dokumenteres.

3. Når eventuelle foranstaltninger er afdækket, har arbejdsgiveren, som tidligere nævnt, en pligt til at undersøge, hvorvidt der foreligger mulighed for, at opnå offentlig tilskud eller anden støtte. Det er ligeledes her vigtigt, at resultatet dokumenteres, hvis arbejdsgiveren eventuelt får brug for at løfte bevisbyrden for, at omkostningerne i forbindelse med tilpasningsforanstaltningerne er for byrdefulde.

4. Det sidste skridt i processen er, at arbejdsgiveren, efter afdækning af ovenstående punkter, skal vurdere hvorvidt denne derved "*pålægges en uforholdsmæssig stor byrde*", jf. forskelsbehandlingslovens § 2a, 2. pkt., ved beslutningen om, ikke at afskedige den handicappede medarbejder.

Kan arbejdsgiveren løfte bevisbyrden for, at denne pålægges en uforholdsmæssig stor byrde i relation til tilpasningsforanstaltningerne, og at opsigelsen ikke på andre områder er begrundet i medarbejderens handicap, har denne således mulighed for at opsiges den handicappede medarbejder. Det er her vigtigt at bemærke, at det vil kun være muligt at løfte bevisbyrden herfor, hvis alle punkter er overholdt, og der foreligger den påkrævede dokumentation. Dog skal det tilføjes, at dette formentlig vil vise sig at være forbundet med betydelige vanskeligheder i praksis.

10. Litteraturliste

10.1. Artikler

- Anne Mortensen m.fl., Forskelsbehandlingslovens handicapbegreb, U.2010B.115
- Linda Rudolph Greisner , Handicap I forskelsbehandlingsloven, Juristen nr. 6 2008
- Pia Justesen, Handicap og diskrimination på arbejdsmarkedet, U.2008B.302
- Mogen Wiederholdt, Handicap- og kompensationsbegrebet i forskelsbehandlingsloven, Juristen nr. 7, 2008

10.2. Betænkninger og forarbejder

- Beskæftigelsesdirektivet 2000/78
- Forslag til lov om ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet
m.v., LFF2004-2005.1.92, s. 3
- LFF2010-2011.1.8, Forslag til lov om ændring af lov om sygedagpenge,
- BKG2012649, Bekendtgørelse 2012-06-25 nr. 649 om tilskud til pasning af børn med handicap
eller langvarig sygdom,
- Bekendtgørelse nr. 96 af 3. februar 2001
- L 92, Bemærkninger til forslag nr. 2, FT s. 2704

10.3. Bøger

- Finn Schwartz m.fl.: *Forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet – forskelsbehandlingsloven*, 1. udg., s. 263
- Agnete Andersen m.fl.: *Ligestillingslovene*, 6 udg., s. 61

10.4. Dansk Domstolspraksis

- U.2008.1450.Ø (arkitekten)
- U.2009.1948.SH (eleven)
- U.2011.2880.Ø (den hørehandicappede)

- U.2011.2880.Ø (den hørehandicappede)
- SH2009.F-0013-06 (Werge-piskesmældsskade)
- U.2008.306.V (sklerose)
- Sø- og Handelsrettens dom af 24. august 2009 (Ring - ryglidelse og slidgigt)
- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 28. november 2012
- Vestre Landsret dom af 1. oktober 2007
- Østre Landsrets dom af 11 januar 2013
- Østre Landsret dom af 26. august 2010
- U.2010.2610.V (barnet)

10.5. Europæisk Domstolspraksis

- EU-Domstolens Dom af 11. april 2013
- C-303/06 (Coleman),
- C-13/05 (Chacòn Navas)