



Notat om handicapbegrebet

og praksis om forskelsbehandling på
arbejdsmarkedet på grund af handicap

*Notatet er udarbejdet af en arbejdsgruppe
under Ligebehandlingsnævnet og offentliggjort
på nævnets hjemmeside i december 2018*



Indholdsfortegnelse

1. Baggrund og formål	3
2. Beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap	4
2.1. Det EU-retlige diskriminationsforbud	4
2.2. Diskriminationsforbuddets forrang	5
2.3. FN Handicapkonventionens forrang	5
2.4. Handicapbegrebet – praksis fra EU-Domstolen og Højesteret	6
3. Kriterier ved vurderingen af handicap	8
3.1. Personens tilstand	8
3.2. Personens begrænsning	12
3.3. Begrænsningens varighed	14
4. Tidspunktet for konstatering af handicap	17
5. Ulovlig forskelsbehandling	18
5.1. Direkte forskelsbehandling	18
5.2. Indirekte forskelsbehandling	18
5.3. Tilknytningshandicap	19
6. Faktiske omstændigheder, der tyder på forskelsbehandling på grund af handicap	21
7. Arbejdsgiverens kendskab til arbejdstagerens handicap	24
8. Kravet om rimelig tilpasning	26
8.1. Arbejdsgiverens forpligtelse til tilpasning	26
8.2. Krav om, at arbejdstageren skal være kompetent, egnet og disponibel	31
8.3. Rimelighedskravet	33
8.4. Tilpasningsforanstaltningers karakter	35
8.5. Initiativet til tilpasning	38
8.6. Konsekvens ved manglende opfyldelse af tilpasningsforpligtelse	38
9. Den delte bevisbyrde	40
Bilag 1: Oversigt over Ligebehandlingsnævnets praksis i sager om påstået diskrimination på grund af handicap i perioden 1. august 2015 til 30. juni 2016	42
Bilag 2: Oversigt over Ligebehandlingsnævnets praksis i sager om tilknytningshandicap i perioden 1. januar 2010 til 31. december 2016	44

NØGLE TIL REFERENCER

I dette notat findes en række referencer til love, domme og praksis. Disse referencer er alle kodet med et ikon, der tydeligt viser, hvilken kilde de stammer fra:

- § Lovgivning mv.
- EU EU-Domstolen
- HR Højesteret
- LR Landsretterne
- LBN Praksis fra Ligebehandlingsnævnet
- AP Anden praksis



1. Baggrund og formål

Notatet er udarbejdet af nævnsmedlemmerne Agnete Lied Andersen og Birgitte Kofod Olsen i samarbejde med formand Rikke Foersom og tidligere sekretariatsleder Susanne Fischer

I sager om forskelsbehandling på grund af handicap skal det først fastslås, om arbejdstageren har et handicap i lovens forstand. Hvis det vurderes, at arbejdstageren ikke har et handicap i lovens forstand, får han eller hun allerede af den grund ikke medhold i sin påstand om diskrimination.

Lovens handicapbegreb er knyttet til begrænsninger i den enkelte persons arbejdsliv som følge af en medfødt fysisk eller psykisk tilstand eller som følge af en skade efter ulykke eller sygdom. Vurderingen af, om en person har et handicap i lovens forstand, giver anledning til spørgsmål, som adskiller sig fra andre diskriminationsområder. Det har ingen betydning for vurderingen af, om der foreligger et handicap, om arbejdsgiveren havde kendskab til arbejdstagerens tilstand, sygdom og/eller handicap på tidspunktet for ansættelsen eller afskedigelsen.

Hvis det kan fastslås, at fx en afskedigelse eller et afslag på ansættelse er begrundet i andre forhold og således hverken helt eller delvist er begrundet i arbejdstagerens handicap, får arbejdstageren ikke medhold. En afskedigelse kan fx være begrundet i budgetmæssige forhold, omstruktureringer eller samarbejdsvanskeligheder mv.

Hvis arbejdstageren har et handicap i lovens forstand og påviser faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at handicapet er tillagt betydning ved beslutningen om ikke at ansætte eller at afskedige arbejdstageren, skal det undersøges, om arbejdsgiveren kendte til eller burde kende til de omstændigheder omkring arbejdstagerens helbredsforhold og/eller tilstand, der har ført til handicapet. Hvis det vurderes, at arbejdsgiveren ikke kendte til de nævnte omstændigheder, eller at det ikke med rimelighed kunne forventes, at arbejdsgiveren kendte hertil, får arbejdstageren ikke medhold.

Arbejdsgiveren skal efter loven træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give en person med handicap adgang til beskæftigelse mv.

Arbejdsgiveren har bevisbyrden for, at forpligtelsen til at foretage rimelig tilpasning er opfyldt, eller at tilpasning vil være urimeligt byrdefuldt for arbejdsgiveren. Ved vurderingen heraf har det betydning, at arbejdsgiveren altid har ret til at kræve, at arbejdstageren er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling eller uddannelse.

Formålet med dette notat er at gennemgå og beskrive de kriterier, der skal være opfyldt, for at en arbejdstager kan få medhold i en påstand om diskrimination på grund af handicap på arbejdsmarkedet. Som led heri afdækkes handicapbegrebet på baggrund af sager, som er behandlet ved EU-Domstolen, nationale domstole og Ligebehandlingsnævnet.

I notatet beskrives indledningsvist diskriminationsforbuddets forankring i den internationale menneskeret og EU-rettens grundrettigheder. Herefter inddrages den danske retsudvikling på området, således som den er kommet til udtryk i især Højesterets fortolkning af forskelsbehandlingslovens diskriminationsforbud.

Dernæst vil de enkelte stadier i den vurdering, der skal foretages i en sag om handicap, blive gennemgået, og der vil herunder blive redegjort for de kriterier, der er anvendt i nævns- og retspraksis ved vurderingen af, om forskelsbehandlingsloven er overtrådt.

Ligebehandlingsnævnet har i perioden 2009-2017 behandlet 217 sager om diskrimination på grund af handicap på arbejdsmarkedet. Antallet af sager om handicap på arbejdsmarkedet har generelt været stigende gennem årene, og langt de fleste sager har handlet om afskedigelse.



2. Beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap



2.1. DET EU-RETTLIGE DISKRIMATIONSFORBUD

Beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap er forankret i det almindelige EU-retlige princip om forbud mod diskrimination og i ligebehandlingsprincippet¹. Forbuddet er indskrevet i EU-traktatens charter om grundlæggende rettigheders generelle diskriminationsforbud i artikel 21 og i artikel 23 om lighed mellem kvinder og mænd. Diskriminationsforbuddet er gældende på alle samfundsområder og dækker udtrykkeligt diskriminationsgrundene køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder og seksuel orientering. Opregningen af diskriminationsgrunde i charteret er imidlertid ikke udtømmende og omfatter også "ethvert andet forhold". Det kan fx omfatte overvægt og fedme, anoreksi, rygning og allergi².

Til det generelle diskriminationsforbud knytter sig et ligebehandlingsprincip, der rækker længere end til ligestilling mellem kvinder og mænd. Hvor diskriminationsforbuddet knytter sig til statens negative forpligtelse til at undlade diskrimination, kan det generelle ligebehandlingsprincip ses som den positive forpligtelse, staten har til at sikre, at alle behandles lige og har lige muligheder i forhold til bl.a. beskæftigelse.

Diskriminationsforbuddet og ligebehandlingsprincippet er operationaliseret i en række direktiver, herunder direktiv 2000/78 om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv³. Diskrimination på arbejdsmarkedet i forbindelse med rekruttering, ansættelse og afskedigelse er efter dette direktiv forbudt, hvis forskelsbehandlingen udøves på grund af personens religion eller tro, handicap, alder eller seksuelle orientering. Opregningen af diskriminationsgrunde er i dette direktiv udtømmende og kan derfor ikke udvides med andre diskriminationsgrunde.

Formålet med beskæftigelsesdirektivet er at gennemføre princippet om ligebehandling gennem en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering⁴.

Direktivet korresponderer med de retningslinjer for beskæftigelse, der blev vedtaget i 2000. Retningslinjerne understreger "behovet for at skabe forudsætninger for et arbejdsmarked, der fremmer den sociale integrering gennem formulering af et sammenhængende sæt foranstaltninger til bekæmpelse af forskelsbehandling af grupper som f.eks. handicappede"⁵.

Baggrunden for at indføre beskyttelse mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet på grund af handicap skal findes i det fælles mål om "at fremme beskæftigelsen, forbedring af leve- og arbejdsvilkårene for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau, en passende social beskyttelse, dialogen på arbejdsmarkedet, en udvikling af de menneskelige ressourcer, der skal muliggøre et varigt højt beskæftigelsesniveau, og bekæmpelse af social udstødelse". I det lys udgør direktivet et redskab til at virkeliggøre målet bl.a. på området for integration af personer, der er udstødt fra arbejdsmarkedet og for bekæmpelse af social udstødelse⁶.

Beskæftigelsesdirektivet er implementeret i dansk ret med ændring af lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet i 2004. Forskelsbehandlingsloven skal derfor fortolkes i en EU-retlig kontekst og er underlagt princippet om EU-konform fortolkning.

- 1) Se Agnete L. Andersen et al., Ligestillingslovene – kommenteret, bind 1, Djøf 2015, s. 35ff.
- 2) De nævnte emner er vurderet i diskriminationsager hos Menneskerettighedskommissionerne i Australien og Canada
- 3) Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT L 303, s. 16).
- 4) Se direktivets artikel 1.
- 5) Se retningslinjerne for beskæftigelsen 2000, som blev godkendt af Det Europæiske Råd i Helsingfors den 10. og 11. december 1999, som gengivet i betragtning (8) i direktiv 2000/78.
- 6) Se henvisning til den dagældende artikel 136 E i Nice Traktaten i EU Domstolens afgørelse i sagen C-13/05 Chacón Navas, præmis 3-4.

2. Beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap (fortsat)



Direktivets sammenhæng med den politiske indsats for et arbejdsmarked, der fremmer social integrering og bekæmpelse af social udstødelse samt den specifikke indsats for at beskytte mennesker med handicap mod diskrimination, vil derfor have betydning for forståelsen af direktivets anvendelsesområde og begreber.

Ligebehandlingsnævnet behandler efter dets lovgrundlag sager efter forskelsbehandlingsloven og følger derfor som udgangspunkt den forståelse af forskelsbehandlingsloven, som de nationale domstole formidler gennem afgørelser på området. Vurderingen af, om der foreligger et handicap, støttes dog i vid udstrækning på definitioner og fortolkningsbidrag, som EU-Domstolen er fremkommet med i afgørelser på baggrund af direktivet.

2.2. DISKRIMINATIONSFORBUDDETS FORRANG

Med inddragelsen af EU-charteret om grundlæggende rettigheder i Lissabontraktaten i 2009 har diskriminationsforbuddet fået traktatrang. Det betyder, at artikel 21 har forrang for national ret og direkte virkning for både offentlige og private pligtsubjekter⁷.

I Chacón Navas-sagen fastlagde EU-Domstolen i tilknytning til forståelsen af handicap i direktivet, at definitionen af begrebet ikke udtrykkeligt var overladt til medlemsstaterne, og at forståelsen af direktivbestemmelsen derfor skulle opfylde fællesskabsrettens lighedsprincip og krav til ensartet anvendelse af fællesskabsretten. Fortolkningen af direktivet skal af den grund foretages med blik for bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning⁸.

2.3. FN-HANDICAPKONVENTIONENS FORRANG

Begrebet handicap er ikke defineret i direktivet, men er fastlagt ved fortolkning af EU-Domstolen i en række konkrete sager. Domstolens fortolkning tager afsæt i, at FN's Konvention om rettigheder for personer med handicap (2009), som er tiltrådt af EU, har forrang for EU-retsakter. Fortolkningen af direktivet skal derfor i videst mulig omfang foretages på en måde, der bringer det i overensstemmelse med konventionen⁹.

Handicap er som begreb ikke defineret i beskæftigelsesdirektivet og heller ikke i den danske forskels-behandlingslov, der implementerer direktivet.

FN-konventionen nævner imidlertid i artikel 1, at personer med handicap omfatter:

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

Om selve handicapbegrebet er det anført i handicapkonventionens præambel, punkt (e), at:

§ "[...] handicap er et begreb under udvikling, og at handicap er et resultat af samspillet mellem personer med funktionsnedsættelse og holdningsbestemte og omgivelsesmæssige barrierer, som hindrer dem i fuldt og effektivt at deltage i samfundslivet på lige fod med andre"

På den baggrund kan handicap opfattes som både et dynamisk og interaktivt begreb.

Med *dynamisk* forstås – i overensstemmelse med menneskerettens dynamiske fortolkningsprincip – at begrebets indhold må fastlægges i lyset af de aktuelle forhold¹⁰, som det anvendes i, og på en måde, der skaber praktisk og effektiv beskyttelse¹¹. Fortolkningen kan derfor udvikle sig over tid¹². Det dynamiske element består således i, at beskyttelsens indhold og rækkevidde bestemmes af og tilpasses den samfundskontekst, det anvendes i, og derfor kan ændre sig over tid.

At handicapbegrebet beskrives som *interaktivt* betyder, at fastlæggelsen af et handicap hos en person skal ske ved at vurdere det miljø og den sammenhæng, som personen indgår i. Vurderingen heraf omfatter derfor personens interaktion med omgivelserne, herunder med særligt fokus på de barrierer, der opstår, når personen skal agere i disse omgivelser.

Med fokus på de barrierer af miljømæssig eller adfærdsmæssig karakter, en person med funktionsnedsættelse oplever, når vedkommende interagerer med andre mennesker eller fysiske omgivelser, ændrer handicapkonventionen grundlæggende på opfattelsen af handicap som en personlig egenskab. Herved lægges der afstand til traditionelle opfattelser af handicap som medicinsk eller funktionelt betinget.

- 7) Se herom Agnete L. Andersen et al., Ligestillingslovene – kommenteret, bind 1, Djøf 2015, s. 35f og EU-Domstolens begrundelse for at tillægge almindelige retsprincipper forrang og direkte virkning i afgørelsen C-144/04 Mangold.
- 8) Se EU-Domstolens afgørelse i sagen C-13/05 Chacón Navas, præmis 40.
- 9) Se EU-Domstolens afgørelse i C-335/11 Ring og C-337/11 Skouboe Werge af 11. april 2013, præmis 28-32.
- 10) Se fx Menneskerettighedsdomstolens afgørelse i Sigurdur Sigurjonsson mod Island af 30. juni 1993.
- 11) Se fx Menneskerettighedsdomstolens afgørelse i Klass m.fl. mod Tyskland af 6. september 1978.
- 12) Se fx Menneskerettighedsdomstolens afgørelse i Rees mod Storbritannien af 17. oktober 1986.

2. Beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap (fortsat)



- 13) Se om normativ og kognitiv parathed i Birgitte Kofod Olsen, *Handicappede menneskers rettigheder*, i Nell Rasmussen, red., *Menneskerettigheder i socialt arbejde*, Nyt juridisk forlag, 2013, s. 163ff.
- 14) Den danske oversættelse af konventionens formulering "on an equal basis" med "på lige fod" er u hensigtsmæssig i en handicap-sammenhæng og kan i Ligebehandlingsnævnets afgørelser erstattes af formuleringen "på lige vilkår".
- 15) Jf. bl.a. præmis 38 i dom af 11. april 2013 i sagerne C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge), præmis 42 i dom af 1. december 2016 i C395/15 (Daouidi) og præmis 36 i dom af 9. marts 2017 i sag C-406/15 (Milkova).
- 16) Se EU-Domstolens afgørelse i C-335/11 Ring og C-337/11 Skouboe Werge af 11. april 2013, præmis 47.
- 17) Jf. præmis 45 i dom af 1. december 2016 i C395/15 (Daouidi) og præmis 36 i dom af 9. marts 2017 i sag C-406/15 (Milkova).

Konventionens handicapbegreb beskrives derfor ofte som miljøbestemt. Det betyder, at handicappets omfang og karakter afhænger af, hvordan omgivelserne giver plads til personer med forskellige funktionsnedsættelser. Eller omvendt, hvordan omgivelserne skaber barrierer, der hindrer personer med funktionsnedsættelser i fuld og effektiv deltagelse i samfundslivet. Som eksempel på miljømæssige barrierer kan nævnes manglende fysisk tilgængelighed for kørestolsbrugere eller en arbejdsgivers adfærd som følge af manglende viden om anti-diskriminationslovgivningen og dermed om kravet om rimelig tilpasning med henblik på at inkludere en arbejdstager med handicap¹³.

Denne forståelse af handicapbegrebet knytter også an til princippet om inklusion i samfundet. Inklusion udtrykker staters positive forpligtelse til at sikre og fremme ligebehandling og lige muligheder for alle for derigennem at beskytte mod diskrimination. Inklusion udtrykker også den overordnede forpligtelse til at sikre, at mennesker med handicap fuldt ud kan nyde alle menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder på lige vilkår med andre borgere¹⁴.

2.4. HANDICAPBEGREBET – PRAKSIS FRA EU-DOMSTOLEN OG HØJESTERET

EU-Domstolen har haft lejlighed til at vurdere forskelsbehandling på grund af handicap i en række sager, som indeholder væsentlige fortolkningsbidrag til forståelsen af handicapbegrebet. Handicapbegrebet har i Domstolens praksis udviklet sig og er med tiden blevet mere detaljeret beskrevet.

Efter EU-Domstolens praksis skal begrebet "handicap" i direktivets forstand forstås således, at det omfatter en *begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere*¹⁵.

Det bemærkes, at begrebet handicap særligt er blevet belyst af EU-Domstolen og Højesteret i sager om afskedigelse, hvor spørgsmålet har været, om arbejdstagerens sygdom har udgjort eller medført et handicap direktivets forstand. I den forbindelse har det betydning, at EU-Domstolen flere gange har fastslået, at sygdom ikke i sig selv er omfattet af handicapbegrebet, jf. bl.a. præmis 47 i dom af 11. juli 2006 i sag C-13/05 (Navas) og præmis 42 i Ring og Werge-dommen. Det er arbejdstageren, der har bevisbyrden for, at han eller hun på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling havde et handicap i den nævnte forstand, herunder at funktionsbegrænsningen var af langvarig karakter.

I Ring og Werge-sagerne fra 2013 udtalte EU-Domstolen, at direktivets handicapbegreb må fortolkes således, at

EU "[...] det omfatter en tilstand, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er ikke afgørende for, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af dette begreb".¹⁶

EU-Domstolen udtalte i Daouidi-sagen fra 2016:

EU "Hvis en ulykke medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og hvis denne begrænsning er af lang varighed, kan denne begrænsning henhøre under begrebet »handicap« som omhandlet i direktiv 2000/78[...]".¹⁷

2. Beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap (fortsat)



Efter praksis beror det på en vurdering af samtlige sagens omstændigheder, herunder navnlig oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner, om arbejdstageren på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling må anses for handicappet i direktivets og dermed forskelsbehandlingslovens forstand, jf. herved Højesterets domme af 22. november 2017 (UfR2018.830H og UfR2018.853H).

I de nævnte domme udtalte Højesteret bl.a.:

HR

”Handicap

Som det fremgår af bl.a. Højesterets domme af 13. juni 2013 (UfR2013.2575), 23. juni 2015 (UfR2015.3301) og 11. august 2015 (UfR2015.3827) skal forskelsbehandlingslovens handicapbegreb fortolkes i overensstemmelse med beskæftigelsesdirektivets (Rådets direktiv 2000/78/EF) og EU-Domstolens fortolkning af dette direktiv. Beskrivelsen af handicapbegrebet i de nævnte højesteretsdomme på baggrund af EU-Domstolens dom af 11. april 2013 i de forenede sager C-335/11 og C-337/11 (Ring og Werge) skal ses i lyset af, at funktionsbegrænsningen hos den berørte arbejdstager i dommene var forårsaget af en lægeligt diagnosticeret sygdom. Højesteret havde således ikke i de nævnte domme anledning til at tage stilling til, om der kan blive tale om handicap i forskelsbehandlingslovens og det bagvedliggende direktivs forstand, hvis funktionsbegrænsningen ikke skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret.

EU-Domstolen har flere gange fastslået, at sygdom ikke i sig selv er omfattet af handicapbegrebet, jf. bl.a. præmis 47 i dom af 11. juli 2006 i sag C-13/05 (Navas) og præmis 42 i Ring og Werge-dommen.

Efter EU-Domstolens praksis skal begrebet ”handicap” i direktivets forstand forstås således, at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, jf. bl.a. præmis 38 i Ring og Werge-dommen og præmis 36 i dom af 9. marts 2017 i sag C-406/15 (Milkova). Funktionsbegrænsningen skal være ”langvarig”, før der kan være tale om et handicap i direktivets forstand, jf. bl.a. præmis 39 i Ring og Werge-dommen og præmis 48 i dom af 1. december 2016 i sag C-395/15 (Daouidi).

Det er efter EU-Domstolens praksis ikke en betingelse for, at der foreligger et handicap i direktivets forstand, at funktionsbegrænsningen skyldes en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret. Det må således bero på en vurdering af samtlige sagens omstændigheder, herunder navnlig oplysninger fra læger og andre sundhedspersoner, om arbejdstageren på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling må anses for handicappet i direktivets og dermed i forskelsbehandlingslovens forstand.

Af Daouidi-dommen fremgår i øvrigt bl.a. (præmisserne 49-59), at direktivet ikke definerer, hvornår en funktionsbegrænsning må anses for ”langvarig”, og at bedømmelsen heraf frem for alt er faktuel og dermed overladt til de nationale domstole. De nationale domstole skal ved bedømmelsen af, om funktionsbegrænsningen er langvarig, lægge ”samtlige objektive bevisemønstre” til grund, herunder navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger.

Det er arbejdstageren, der har bevisbyrden for, at denne på tidspunktet for den påståede forskelsbehandling var handicappet i den nævnte forstand, herunder at funktionsbegrænsningen var af langvarig karakter.”

3. Kriterier ved vurderingen af handicap



Såvel FN-konventionens handicapbegreb som EU-Domstolens definition af handicap opstiller en række kriterier, der skal indgå ved vurderingen af, om der foreligger et handicap i direktivets forstand. Vurderingen synes bl.a. at omfatte følgende spørgsmål:

- Er personens tilstand medfødt eller forårsaget af en ulykke? Eller er personens tilstand forårsaget af en sygdom, der er lægeligt diagnosticeret eller på anden vis lægeligt dokumenteret?
- Udgør personens tilstand en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere?
- Er begrænsningen af lang varighed?

3.1. PERSONENS TILSTAND

De tilfælde, hvor personens tilstand er medfødt eller forårsaget af en ulykke, vil det ofte ikke give anledning til problemer at vurdere, om personen har et handicap i lovens forstand. En person, der har en begrænsning som følge af en objektivt konstaterbar funktionsnedsættelse som fx hørenedsættelse, manglende syn, cerebral parese (spastisk lammelse) mv., vil som udgangspunkt være beskyttet mod diskrimination på grund af handicap.

Det har imidlertid givet anledning til tvivl, hvordan handicapbegrebet skal fortolkes i relation til sygdom.

EU-Domstolen udtalte i 2006 i Chacón Navas-sagen¹⁸, at sygdom i sig selv ikke kunne sidestilles med handicap¹⁹, og at begrebet skal forstås således, at det omfatter en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer, at vedkommende kan deltage i arbejdslivet.

EU-Domstolen udtalte i Ring og Werge-dommen fra 2013, at direktivets handicapbegreb skal fortolkes som en *tilstand*, der er knyttet til en helbredelig eller uhelbredelig sygdom, som er lægeligt diagnosticeret. En funktionsnedsættelse kan således være medfødt eller opstå som konsekvens af en ulykke eller en diagnosticeret sygdom. Rationalet herfor blev fremlagt af generaladvokatens forslag til afgørelse i Ring og Werge-sagen²⁰, hvori advokaten anførte:

EU "[...] at det ikke ses, at direktiv 2000/78 kun omfatter handicap, der er medfødt, eller som skyldes ulykker, og udelukker handicap, der er forårsaget af en sygdom. Det ville nemlig være i strid med selve dette direktivs formål, som er at sikre ligebehandling, at definere dets anvendelsesområde med henvisning til årsagen til handicappet".

En sygdom, der er lægeligt diagnosticeret eller på anden vis lægeligt dokumenteret, kan således medføre en tilstand, der påfører personen en begrænsning på grund af fx fysiske, mentale eller psykiske skader, der hindrer vedkommende i at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere.

EU-Domstolens handicapdefinition synes herefter at være knyttet til den omstændighed, at sygdom kan medføre en begrænsning i form af en skade. Et uafsluttet sygdomsforløb er som udgangspunkt ikke et handicap i beskæftigelsesdirektivets forstand²¹.

Om en sygdom er diagnosticeret eller på anden vis dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, må bero på en samlet vurdering af de foreliggende lægelige oplysninger.

18) Se EU-Domstolens afgørelse i sagen C-13/05 Chacón Navas, præmis 57.

19) Se også UFR2018.330H og UFR2018.353H.

20) Se afgørelsens præmis 40, som henviser til generaladvokatens forslag, punkt 32.

21) Se herom Agnete L. Andersen et al., Ligestillingslovene – kommenteret, bind 1, Djøf 2015, s. 72.

3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)

I UfR2018.853H tiltrådte Højesteret, at arbejdstagerens trætheds-tilstand var omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Højesteret henviste til landsrettens begrundelse, hvoraf fremgår bl.a.:

HR *"Efter bevisførelsen lægges det til grund, at B var sygemeldt på fuld tid i perioden fra hjerneoperationen den 24. september 2012, indtil hun genoptog arbejdet i A i slutningen af november 2012. B var herefter deltidssygemeldt, idet hun først arbejdede 2-3 timer om ugen, hvilket blev gradvist øget, således at hun i marts 2013 arbejdede ca. 12 timer om ugen, pr. 1. maj 2013 ca. 14-15 timer om ugen og i juni 2013 ca. 18 timer om ugen. Navnlig på grundlag af statusattest af 13. juli 2013 fra Rigshospitalet sammenholdt med neurologisk speciallægeerklæring af 12. september 2013 lægges det endvidere til grund, at B siden operationen led af en diagnosticeret invaliderende træthed, der indebar, at hun alene kunne udføre arbejde i mellem 12 og 18 timer pr. uge, at sygdommen i bedste fald var stationær og i værste fald progressiv, og at det i juli 2013 ikke var realistisk, at B kunne arbejde fuld tid og formentlig ikke indenfor det første års tid ville kunne genoptage et fuldtidsarbejde.*

På denne baggrund finder landsretten, at der den 28. august 2013, hvor B blev opsagt, ikke var udsigt til, at hun snart ville være i stand til at arbejde på fuld tid. Hendes funktionsbegrænsning som følge af den diagnosticerede, invaliderende træthed, der medførte, at B alene kunne arbejde 12-18 timer om ugen, fremstod således på opsigelsestidspunktet som værende af lang varighed. Landsretten tiltræder derfor, at Bs invaliderende træthed er omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb."

EU-Domstolen har i 2014 haft lejlighed til at tage stilling til, om også andre tilstande kan være omfattet af handicapbegrebet, jf. sag nr. C-354/13 (Karsten Kaltoft)²². I sagen henviste EU-Domstolen til, at fedme ikke indgår som udtrykkelig diskriminationsgrund, og at direktivet er udtømmende i sin opregning af grunde, der kan udløse diskriminationsbeskyttelse.

Herefter vurderede EU-Domstolen, at fedme kan være omfattet af direktivets handicapbegreb, hvis fedmetilstanden under konkrete omstændigheder medfører en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og hvis denne begrænsning er af lang varighed²³.

EU-Domstolens afgørelse i Kaltoft-sagen må læses sådan, at fedme og andre lignende tilstande i konkrete tilfælde vil kunne medføre et handicap omfattet af direktivet²⁴.

Følgende eksempler fra praksis kan yderligere belyse vurderingen af, om der foreligger et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand:

LR *A havde været ansat i virksomhed F efter bevilling af virksomhedspraktik efter beskæftigelseslovens § 42. Der blev senere bevilget fleksjob efter lov om aktiv beskæftigelsesindsats. F opsagde A med henvisning til hendes funktionsnedsættelse og besvær med at planlægge på grund af As høje fravær. F blev frifundet for at betale godtgørelse efter forskelsbehandlingsloven, da As funktionsnedsættelse ikke kunne anses som et handicap i lovens forstand²⁵.*

F havde været ansat i virksomhed J som funktionær siden 2008, og det fremgik af ansættelsesaftalen, at opsigelse kunne ske med forkortet varsel efter funktionærlovens § 5, stk. 2. F genoptog sit arbejde i marts 2014 efter at have været sygemeldt siden november 2013. Den 28. marts 2014 blev F opsagt med virkning pr. 30. april, og opsigelsen skete med henvisning til aftalen om 120-dages reglen. F gjorde gældende, at opsigelsen var i strid med forskelsbehandlingsloven, da Fs sygemelding skyldtes en ryglidelse, som var omfattet af lovens handicapbegreb. F fik ikke medhold i, at hun på opsigelsestidspunktet havde en sygdom, der medførte et handicap, som er omfattet af forskelsbehandlingsloven²⁶.

22) Se EU-Domstolens afgørelse i sagen C-354/13 Karsten Kaltoft, præmis 40.

23) Se EU-Domstolens afgørelse i sagen C-354/13 Karsten Kaltoft, præmis 59.

24) Retten i Kolding afsagde dom i Kaltoft-sagen den 31. marts 2016. Retten i Kolding fandt det ikke bevist, at Karsten Kaltoft på opsigelsestidspunktet havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Sagen er anket til Vestre Landsret.

25) 1.10.2007 V.L.B.-2722-06.

26) 25.4.2017 V.L.B.-1926-15.

3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)



AP

Passagerassistent A blev afskediget i strid med overenskomstens forbud mod handicapdiskrimination eller subsidiært i strid med Hovedaftalens forbud mod usaglig afskedigelse. A blev sammen med 20 kolleger opsagt i 2014 pga. arbejdsmangel, idet selskabet mistede 12 % trafik. De opsagte medarbejdere blev udpeget ud fra en helhedsvurdering under hensyn til attitude, performance, loyalitet, punktlighed, sygdom og advarsler. A havde i året forud for opsigelsen en stor fraværsprocent. Opmanden fandt, at sygefraværet var den afgørende begrundelse, og både denne og de øvrige afskedigelsesgrunde ansås for saglige. Handicap blev ikke anerkendt, da sygefraværet ikke skyldtes As leddegigt, og da A var aktiv sportsudøver. Det fremgik af de lægelige oplysninger, at hverken bruddet på akillesenen eller leddegigten påførte A funktionsbegrænsninger, som hindrede hende i at udføre sit arbejde²⁷.

A var under uddannelse som kontorassistent hos kommune B. Uddannelsesaftalen blev ophævet ensidigt med henvisning til As sygdomsforløb. Tvistighedsnævnets flertal fandt, at As sygdom var en følge af hendes mentale lidelse, og at hendes funktionsbegrænsning udgjorde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. A fik imidlertid ikke medhold, idet et af flertallets medlemmer fandt, at A ikke havde løftet bevisbyrden for, at kommunen vidste eller burde vide, at hun var omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse²⁸.

A var under kontoruddannelse med speciale i administration. Virksomheden opsagde A med henvisning til urigtige oplysninger og bristede forudsætninger, jf. erhvervsuddannelsesloven § 61, stk. 2. Tvistighedsnævnets flertal lagde til grund, at A ved ansættelsen havde oplyst, at han led af en sygdom, som gav en fysisk funktionsnedsættelse, mens nævnet ikke anfægtede, at A på dette tidspunkt ikke vidste, at han også havde en mental funktionsnedsættelse. Tvistighedsnævnets flertal fandt dog, at forskelsbehandlingsloven ikke var overtrådt ved ophævelsen af aftalen, da As oplysninger om sammenhængen mellem en hjerneskade og koncentrationsbesvær trods gentagne samtaler og en skriftlig advarsel først fremkom mere end 15 måneder inde i uddannelsesperioden, og da der ikke var fremlagt nogen dokumentation herfor²⁹.

27) CO-industri for HK Privat for A mod DI for Aviator Airport Services Denmark A/S, opmandskendelse af 25. september 2015, sag FV2015.0048, opmand fhv. højesteretspræsident Børge Dahl.

28) A v/advokat Mette Østergaard HK/Danmark mod B v/Elsebeth Aae-Jørgensen, kendelse af 27. november 2015, sag 08.2015.

29) A v/advokat Klara Hoffritz HK/Privat mod B v/advokat Henrik Hornsleth, kendelse af 7. april 2015, sag 54.2014.

30) 31.5.2016 Ø.L.B-523-15.

LR

To personer blev afskediget og begge gjorde gældende, at de var blevet diskrimineret på grund af deres handicap. Landsretten anførte, at forskelsbehandlingslovens handicapbegreb omfatter tilstande, der er forårsaget af en lægeligt diagnosticeret helbredelig eller uhelbredelig sygdom, når denne sygdom medførte en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspil med forskellige barrierer kan hindre den berørte person i fuldt og effektivt at deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, og denne begrænsning er af lang varighed. Det er for denne type handicap en forudsætning for at statuere tilsidesættelse af pligten til efter forskelsbehandlingslovens § 2 a at foretage tilpasninger, at det dokumenteres, at der på opsigelsestidspunktet forelå en sygdom, der havde medført et handicap, og at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren var handicappet.

Landsretten fandt det efter bevisførelsen og efter en samlet vurdering ikke godtgjort, at den ene arbejdstagers tilstand på opsigelsestidspunktet var forårsaget af en lægeligt diagnosticeret sygdom. Da det således ikke var dokumenteret, at arbejdstageren på opsigelsestidspunktet led af et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven, var forskelsbehandlingsloven ikke tilsidesat. Det var ubestridt, at hun havde en ryglidelse, som medførte en funktionsnedsættelse, og at hendes arbejde på virksomheden var indrettet under hensyn hertil³⁰. Vedrørende den anden arbejdstager anførte landsretten, at det var ubestridt, at hun havde skulderproblemer, og at hun som følge af disse var blevet bevilget fleksjob. Det blev efter indholdet af speciallægeerklæring og beskrivelse af fastholdelsesforløb lagt til grund, at hun på afskedigelsestidspunktet havde et dokumenteret og udtalt funktionstab, der medførte et kompensationsbehov af en sådan karakter, at hun måtte anses for handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand.

Landsretten lagde efter forklaringerne til grund, at arbejdsgiveren på afskedigelsestidspunktet var bekendt med funktionsnedsættelsen og det bevilgede fleksjob. Da afskedigelsen var begrundet i arbejdstagerens sygefravær, fandt landsretten, at hun havde påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at hun blev udsat for indirekte forskelsbehandling på grund af sit handicap i forbindelse med afskedigelsen.

3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)



Det var ubestridt, at hun på grund af sin skulderskade midlertidigt stoppede med sit arbejde som social- og sundhedshjælper, og at et større antal tilpasningsforanstaltninger blev forsøgt, uden at hun kunne varetage væsentlige funktioner i forbindelse med sit arbejde som social- og sundhedshjælper. Arbejdsgiveren havde således godtgjort, at hospitalet havde truffet hensigtsmæssige foranstaltninger til imødegåelse af arbejdstagerens kompensationsbehov³¹.

A gjorde gældende, at han var blevet afskediget på grund af sklerose. Landsretten lagde til grund, at han under sin ansættelse udførte sit arbejde tilfredsstillende og på lige fod med sine kolleger helt frem til afskedigelsen. Landsretten fandt på den baggrund ikke grundlag for at fastslå, at der på afskedigelsestidspunktet forelå en funktionsnedsættelse, der kunne anses for et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand³².

A fik stillet diagnosen PTSD efter at have pådraget sig en arbejdsbetinget lidelse på et plejecenter. A havde en del sygefravær. Der var også problemer med samarbejdet mellem A og de øvrige ansatte på plejehjemmet, og til sidst blev hun afskediget. A påstod, at hun havde et handicap. Landsretten anførte, at A ikke havde godtgjort, at hun på afskedigelsestidspunktet havde lidt af en sygdom, der medførte et handicap i lovens forstand³³.

En rengøringsassistent ved et sygehus blev afskediget. Landsretten fandt ikke, at hendes diabetes 2 i sig selv kunne anses for et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Desuden kunne hendes forskellige sygeperioder ikke anses som én samlet sygeperiode. Der blev herved lagt vægt på karakteren og forskelligheden af de sygdomme, som førte til hendes sygemeldinger fra 2009 og indtil opsigelsen den 28. januar 2014. Landsretten fandt, at begrænsningen på opsigelsestidspunktet ikke kunne anses for langvarig, og at vurderingen af, om sygdommen på dette tidspunkt medførte en begrænsning af lang varighed, derfor måtte bero på en prognose. Prognosen på opsigelsestidspunktet var, at rengøringsassistenten ville kunne vende tilbage til sit arbejde inden for tre måneder. På denne baggrund fandt landsretten, at det ikke var godtgjort, at hun på opsigelsestidspunktet havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand³⁴.

A havde som følge af arbejdet som politiassistent pådraget sig et erhvervsevnetab og dermed nedsat funktionsevne. Efter bevisførelsen var der ikke grundlag for at fastslå, at virksomheden på grundlag af de oplysninger, der forelå under ansættelsesforløbet, skulle tage andre skånehensyn i forhold til personens funktionsnedsættelse end de hensyn, der fremgik af fleksjobbevillingen. Landsretten fandt, at da der således alene skulle kompenseres for funktionsnedsættelsen i form af en nedsættelse af arbejdstiden og ved at undgå stress, tidspress, deadlines og konfrontation med aggressive/truende personer, kunne funktionsnedsættelsen ikke anses som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Landsretten lagde efter bevisførelsen til grund, at virksomheden under personens ansættelse havde iagttaget de skånehensyn, der fremgik af fleksjobbevillingen, herunder vejledt personen om adfærd over for det øvrige personale og eksterne samarbejdspartnere. Da A ikke overholdt disse retningslinjer, var arbejdsgiveren berettiget til at afskedige A³⁵.

LBN

En pædagog på et værested for udviklingshæmmede fik psykiske gener efter at have været tilknyttet en bestemt bruger frem til 2012. Hun blev fritaget fra arbejdet med brugeren og blev også i en periode blandt andet fritaget fra deltagelse i personalemøder. Pædagogen kunne arbejde uden nævneværdigt fravær frem til august 2015, hvor hun blev sygemeldt pga. stress. Nævnet vurderede, at pædagogen ikke havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, da der på tidspunktet for afskedigelsen ikke forelå en egentlig prognose for varigheden af sygdommen og begrænsningerne som følge heraf. Pædagogen fik derfor ikke medhold³⁶.

En sygemeldt produktionsmedarbejder med knægener blev afskediget på grund af omstrukturering og nedgang i produktionen. Prognosen for hans sygdom og begrænsninger som følge heraf var på afskedigelsestidspunktet usikker. Da det derfor ikke kunne lægges til grund, at hans funktionsbegrænsninger var varige eller af lang varighed, havde han ikke godtgjort, at han havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Medarbejderen fik derfor ikke medhold³⁷.

31) 5.7.2013 Ø.L.B-2579-12.

32) 11.1.2013 Ø.L.B-58-12.

33) 1.3.2016 V.L.B-2525-14.

34) 6.12.2016 Ø.L.B-2828-15.

35) 28.11.2014 Ø.L.B-24-14.

36) 2016-6810-36342 (KEN 9925 af 8.8.2017).

37) 2015-6810-19375 (KEN 10461 af 13.2.2016).

3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)



38) 2016-6810-11776 (KEN 10466 af 13.12.2016).

39) 2015-6810-44715 (KEN 9384 af 8.2.2017).

40) Se afgørelsen i Ring og Werge, præmis 43 og 4.

41) Se præmis 43.

● *En sygeplejerske i en kommune havde udslæt, respirationsbesvær og var alment skidt tilpas og træt. Hun måtte sygemelde sig, og kommunen valgte at afskedige hende. Sygeplejersken havde bevisbyrden for, at hun led af en sygdom, der havde medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Ligebehandlingsnævnet vurderede, at hun ikke havde påvist, at hun på opsigelsestidspunktet havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand³⁸.*

● *En social- og sundhedshjælper blev sygemeldt som følge af en cancersygdom. Hun blev opereret flere gange og modtog 12 kemoterapi-behandlinger. Ca. tre måneder senere var hun som udgangspunkt rask, men hun skulle fortsat have kemoterapi. Omkring seks måneder efter sygemeldingen blev hun afskediget pga. 153 sygedage inden for et år, og fordi hun ikke kunne genoptage arbejdet helt eller delvist på dette tidspunkt. Nævnet fandt, at hendes kræftsygdom og følgerne deraf ikke kunne anses for at have medført eller at ville medføre funktionsbegrænsninger af lang varighed. Hun havde derfor ikke et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand³⁹.*



3.2. PERSONENS BEGRÆNSNING

For at udgøre et handicap skal den begrænsning, som personen oplever i sin tilknytning til arbejds-markedet, udgøre en hindring eller gene for udøvelsen af vedkommendes erhvervmæssige aktivitet, jf. Ring og Werge-sagen fra 2013. I Ring og Werge-sagen fastslog EU-Domstolen i tilknytning hertil, at det ikke kræves, at det er umuligt for personen at udøve aktiviteten⁴⁰, og at "den omstændighed, at den berørte person kun kan udføre sit arbejde i begrænset omfang, [...] ikke [er] til hinder for, at denne persons helbredstilstand henhører under begrebet »handicap«". Et handicap indebærer ikke nødvendigvis en fuldstændig udelukkelse fra at få et arbejde eller fra arbejdslivet⁴¹.

Det timetal, som arbejdstageren kan arbejde, er således ikke en afgørende faktor i forhold til, om der er tale om handicap i direktivets forstand. Timetallet må ses i forhold til branche, jobfunktion, uddannelse, evne til omstilling til andre funktioner og arbejdstagerens personlige interesse i at sikre sig et forsørgelsesgrundlag.

Vurderingen af, om en person er begrænset i sin erhvervmæssige aktivitet, kan være særlig vanskelig, hvis personen udfører arbejde under en fleksjob-ordning.

En fleksjob-ordning er i mange tilfælde valgt, fordi ordningen indeholder et skåneelement, som typisk er knyttet til en tilstand, der permanent afskærer personen fra ordinær ansættelse. En person i fleksjob vil ofte være afskåret fra at deltage effektivt i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere. Det gælder imidlertid også for en person i fleksjob, at der ud fra samtlige sagens omstændigheder må foretages en vurdering af, om personen er omfattet af handicap-begrebet i forskelsbehandlingsloven.

3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)

Følgende eksempler fra praksis kan belyse spørgsmålet om, hvornår der foreligger en begrænsning i forhold til fuld og effektiv deltagelse i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere:

LR

Landsretten lagde til grund, at Fs problemer med knæet medførte, at han var begrænset i sit arbejde. Hvis han således foretog tunge løft, arbejdede nede i knæ eller kravlede op på maskiner, fik han smerter i knæet. Landsretten fandt herefter, at F på opsigelsestidspunktet var handicappet. De omstændigheder, at F i 2011 afslog en operation, fordi han næppe kunne påregne en bedring og på det tidspunkt efter sin egen forklaring nok var i en periode, hvor smerterne i knæet var aftaget, eller at han som følge af en operation i 2013 fik nyt knæ og derfor aktuelt kunne arbejde uden gener, medførte ikke, at F ikke ved opsigelsen var handicappet. Der var forsøgt flere tiltag for at fastholde F i arbejde, men Fs indsats var efterhånden på et niveau, som ikke kunne håndteres i virksomheden. F kunne ikke kravle op på maskinerne, han kunne ikke klare tunge løft, og han kunne ikke kravle ned og arbejde lavt. Der var herefter påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at der var udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling, og det påhvilede derfor virksomheden at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket,

Landsretten lagde til grund, at meget af det arbejde, som F udførte, blev udliciteret, og dette nødvendiggjorde en medarbejderreduktion. Som følge af, at der efter opsigelsen af en medarbejder kun ville være to medarbejdere tilbage i afdelingen, og at de begge bl.a. havde tilkaldevagt og dermed skulle kunne køre ud på vejene, når dette var nødvendigt, var det påkrævet, at de tilbageværende medarbejdere fysisk kunne magte arbejdsopgaverne. Landsretten fandt, at virksomheden havde bevist, at forskelsbehandlingen var sagligt begrundet i hensynet til varetagelsen af de tilbageværende arbejdsopgaver⁴².

LBN

A havde en lænderyglidelse og havde derfor fået tildelt et fleksjob. På den baggrund var der tale om en sådan begrænsning i As arbejdsmuligheder, at hun havde et handicap. Arbejdsgiveren havde udsat A for forskelsbehandling ved at afskedige hende, fordi hun havde behov for nedsat arbejdstid. A fik derfor medhold⁴³.

A havde ikke dokumenteret handicap. A var sygemeldt på grund af stress, og der forelå kun en udtalelse fra egen læge⁴⁴.

A havde ikke dokumenteret, at han som følge af sin allergi havde begrænsninger, som hindrede ham i at arbejde på lige vilkår med andre arbejdstagere⁴⁵.

En pædagogmedhjælper blev afskediget fra sit fleksjob i en børnehave. Der blev ikke konstateret handicap, fordi hun ikke havde dokumenteret begrænsninger, der hindrede hende i at arbejde på lige vilkår med andre arbejdstagere⁴⁶.

A havde under et røveri i april 2013 på sin arbejdsplads, et apotek, fået et knivstik i hånden samt efterfølgende psykiske mén. I forbindelse med arbejdsskaden gik han til en psykoterapeut, der vurderede, at han led af belastningssymptomer. Han fik nedsat arbejdstid i mindre omfang i november 2014, og i februar 2015 blev han sygemeldt. Psykoterapeuten vurderede, at han ville kunne vende tilbage til arbejdsmarkedet inden for 1-1½ år. Han blev afskediget. Nævnet vurderede, at A ikke havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. A fik derfor ikke medhold⁴⁷.

42) UfR2015.1169V af 17. december 2014.

43) 2014-6810-41667.

44) 2014-6810-32132.

45) 2014-6810-40332.

46) 2014-6810-42328.

47) 2015-6810-60440 KEN 9172 af 27.2.2017.

3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)



3.3. BEGRÆNSNINGENS VARIGHED

Funktionsbegrænsningen skal efter EU-Domstolens praksis være "langvarig", før der kan være tale om et handicap i direktivets forstand, jf. bl.a. præmis 39 i Ring og Werge-dommen og præmis 42 sammenholdt med præmis 48 i dom af 1. december 2016 i sag C-395/15 (Daouidi).

Af Daouidi-sagen⁴⁸ fremgår bl.a., at direktivet ikke definerer, hvornår en funktionsbegrænsning må anses for "langvarig", og at bedømmelsen heraf frem for alt er faktisk og dermed overladt til de nationale domstole.

De nationale domstole skal ved bedømmelsen af, om en funktionsbegrænsning er langvarig, lægge "samtlige [...] objektive beviser" til grund, herunder navnlig dokumenter og certifikater vedrørende den pågældende persons tilstand, der er udarbejdet på grundlag af aktuel medicinsk og videnskabelig viden og oplysninger.

I nogle tilfælde kan en sygdom, der ikke på tidspunktet for afskedigelsen har påført arbejdstageren begrænsninger af langvarig karakter, anses for et handicap, idet begrænsninger ud fra en lægelig prognose må forventes at være varige eller langvarige.

Det var tilfældet i en afgørelse fra Højesteret fra 2015, hvor begrænsningen på afskedigelsestidspunktet ikke havde været langvarig. Sagen drejede sig om en kvinde, der havde pådraget sig en piskesmældslæsion efter en færdselsulykke og blev afskediget som følge af sygdom. Kvindens sygdom medførte – ifølge en speciallægeerklæring udarbejdet 17 dage forud for afskedigelsen – begrænsninger, der hindrede hende i at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre. Begrænsningerne havde på tidspunktet for afskedigelsen endnu ikke haft en varighed, der kunne betegnes som lang, men baseret på speciallægens prognose om, at begrænsningen måtte anses for at have lang varighed, fandt Højesteret, at kvinden havde et handicap og derfor var omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse på grund af handicap⁴⁹.

48) C 395/15 af 1.12.2016 præmis 49-59.

49) UfR 2015.3301H.

50) 20.3.2009 V.L.B-1160-08.

51) 6.12.2016 Ø.L.B-2828-15.

52) 14.9.2016 Ø.L.B-16-16.

Følgende eksempler fra praksis belyser, hvordan spørgsmålet om begrænsningens varighed kan være knyttet til en prognose i de tilfælde, hvor begrænsningen ikke på afskedigelsestidspunktet har været langvarig:

LR

F blev opsagt fra sin stilling som laborant på et storslagteri. F havde fået et elektrisk stød en dag, hvor hun var i færd med at rengøre et apparat på arbejdspladsen. F blev sygemeldt, men genoptog sit arbejde på deltid. F blev senere sygemeldt på ny, hvorefter hun igen genoptog arbejdet på deltid. F blev opsagt i september 2007 efter slagteriets konstatering af, at hun ikke ville blive arbejdsdygtig inden for overskuelig tid. Det fremgik af en speciallæges erklæring, at Fs prognose for fuld helbredelse på lang sigt måtte anses for at være rimelig god. Landsretten fandt, at F på tidspunktet for opsigelsen ikke havde et handicap i den forstand, som forskelsbehandlingsloven anvendte begrebet, idet fuldstændig helbredelse måtte forventes⁵⁰.

Landsretten tiltrådte, at diabetes 2 ikke i sig selv kunne anses for et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og at forskellige sygeperioder ikke kunne anses som en samlet sygeperiode. Der var herved lagt vægt på karakteren og forskelligheden af de sygdomme, som førte til arbejdstagerens sygemeldinger fra 2009 og indtil afskedigelsen i 2014, og på længden af henholdsvis sygeperioderne og de perioder, hvor arbejdstageren var på arbejde. Landsretten fandt, at begrænsningen på opsigelsestidspunktet ikke kunne anses for langvarig. Prognosen på opsigelsestidspunktet var, at arbejdstageren ville kunne vende tilbage til sit arbejde inden for tre måneder. På denne baggrund tiltrådte landsretten, at det ikke var godtgjort på opsigelsestidspunktet, at arbejdstageren havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand⁵¹.

Efter de foreliggende lægelige oplysninger forelå der ikke på afskedigelsestidspunktet den 30. oktober 2014 en prognose for sygdommen, der indebar, at begrænsningen på dette tidspunkt måtte anses for at have lang varighed. På den baggrund tiltrådte landsretten, at arbejdstageren ikke havde bevist, at han var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, da han blev afskediget. Han blev afskediget fra sin stilling, fordi hans stilling blev nedlagt, da selskabets værksted og lager skulle lukkes⁵².

3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)

- 53) UFR2014.990V.
- 54) 2014-6810-33302.
- 55) 2015-6810-36323.
- 56) 2014-6810-61977 og 2014-6810-57850.
- 57) 2015-6810-46904.
- 58) 2014-6810-30327.
- 59) 2014-6810-31196.

Landsretten fandt på baggrund af As sygedage og de lægelige oplysninger, at A på det tidspunkt, hvor hun blev opsagt, havde et handicap. På opsigelsestidspunktet var der ikke udsigt til, at hun i løbet af kort tid kunne nå op på at arbejde på fuld tid. Der blev senere ansat en anden medarbejder, som kom til at varetage nogle af de funktioner, som A havde varetaget. Herefter var der påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var udøvet forskelsbehandling. Oplysningerne om ordrenedgang i virksomheden viste alene, at der kunne være anledning til nedskæringer, men ikke at det var nødvendigt at afskedige netop A frem for andre administrative medarbejdere. A fik medhold⁵³.

LBN

Et halvt år efter en trafikulykke fik en kvinde diagnosticeret svær slidgigt i knæet og blev af egen læge vurderet til ikke fremadrettet at kunne arbejde i knæbelastende arbejdsfunktioner og ikke kunne regne med at fungere i sit tidligere job som hjemmehjælper. Hun ville kun kunne påtage sig arbejde, hvor hun overvejende sad ned. Nævnet vurderede på den baggrund, at kvinden havde et handicap⁵⁴.

I en anden sag var arbejdstagerens funktionsnedsættelse knyttet til et traume i nakken efter en ulykke. På tidspunktet for afskedigelsen var begrænsningen af cirka et års varighed. Speciallægens diagnose og prognose om, at det var usikkert, om arbejdstagerens funktionsevne kunne bedres, blev først udarbejdet efter afskedigelsen. Nævnet vurderede, at arbejdstageren var omfattet af lovens handicapbegreb⁵⁵.

I to andre sager blev arbejdstageren ikke anset for omfattet af handicapbegrebet. I begge sager medførte gener efter trafikulykker, at arbejdstageren havde en begrænsende funktionsnedsættelse. Begrænsningens varighed udgjorde ca. et halvt år på afskedigelsestidspunktet. Der var imidlertid ikke knyttet en lægelig prognose til begrænsningens varighed, og nævnet vurderede derfor, at arbejdstagerne ikke på opsigelsestidspunktet havde et handicap⁵⁶.

Det samme var tilfældet i en sag om gener efter piskesmæld. Sygdommen havde ikke været langvarig nok på afskedigelsestidspunktet til at udgøre et handicap. Der forelå ikke på opsigelsestidspunktet lægelige oplysninger, der nærmere fastslog den forventede varighed af arbejdstagerens begrænsning⁵⁷.

En usikker prognose for sygdom og begrænsninger førte også i en sag til, at arbejdstageren ikke blev anset for omfattet af handicapbegrebet. Afskedigelsen skete, fordi arbejdstageren ikke længere kunne udføre arbejdsopgaver med kundekontakt⁵⁸.

I en anden sag blev arbejdstageren afskediget på grund af sygdom, som ikke havde et sådant omfang og karakter, at arbejdstageren havde et handicap i lovens forstand⁵⁹.



3. Kriterier ved vurderingen af handicap (fortsat)



En serviceassistent havde hudkløe på det meste af kroppen. Tilstanden var meget vekslende, og hun smurte sig med cremer og salver. Op til afskedigelsestidspunktet var hun sygemeldt i tre uger og blev efter to arbejdsdage på ny sygemeldt med søvnforstyrrende kløe. Straks herefter blev hun afskediget begrundet i driftsmæssige årsager. Der var ikke i journalnotaterne og oplysninger i øvrigt grundlag for at fastslå, at serviceassistenten på opsigelsestidspunktet havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Serviceassistenten fik derfor ikke medhold⁶⁰.

En mand blev i sin bil påkørt bagfra den 8. juli 2015, og han havde herefter rygggener. Han blev afskediget den 14. december 2015. På tidspunktet for afskedigelsen havde han været sygemeldt, først på deltid og dernæst på fuld tid i ca. fem måneder. På baggrund af de lægelige oplysninger vurderede Ligebehandlingsnævnet, at han på tidspunktet for afskedigelsen havde en funktionsnedsættelse på grund af sine rygggener, der forhindrede ham i at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre, men at begrænsningen ikke på tidspunktet for afskedigelsen havde været af lang varighed. Der var ikke ud fra de lægelige oplysninger på afskedigelsestidspunktet grundlag for at fastslå, at prognosen for sygdommen indebar, at begrænsningen måtte anses for at blive af lang varighed. Manden havde på afskedigelsestidspunktet derfor ikke et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og han fik ikke medhold i klagen⁶¹.

En mand søgte en taxitilladelse og fik afslag, da han ikke opfyldte grundkravet om anciennitet. Han mente sig forskelsbehandlet på grund af handicap. Manden havde fremlagt lægenotater fra 2007, 2011 og 2015 om lænderygsmarter, smerter i venstre skulder og hold i nakken. Da der ikke forelå en nærmere beskrivelse af mandens gener og funktionsbegrænsninger på tidspunktet for afslaget på taxitilladelse, havde manden ikke dokumenteret, at han havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Han fik derfor ikke medhold i klagen⁶².

En trafikkontrollør var i december 2012 udsat for en trafikulykke og havde gener fra især nakke og hoved. Efter en sygeperiode på seks uger genoptog han sit arbejde. Han havde herefter få sygedage frem til maj 2014, hvor han var udsat for en ny ulykke. Hans gener blev værre, og han blev sygemeldt. I november 2014 blev han afskediget på grund af sit fravær. Nævnet vurderede, at trafikkontrolløren efter ulykken i 2012 ikke havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Nævnet vurderede også, at han efter ulykken i 2014 havde funktionsbegrænsninger, der forhindrede ham i at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre. Begrænsningerne havde dog ikke på tidspunktet for afskedigelsen været af lang varighed. Kontrolløren havde derfor heller ikke et handicap som følge af den seneste ulykke, og han fik ikke medhold⁶³.



60) 2015-6810-51630 (KEN 9231 af 21.3.2017).
61) 2016-6810-37780 (KEN 9790 af 7.6.2017).
62) 2016-6810-43390 (KEN 9810 af 28.6.2017).
63) 2015-6810-57141 (KEN 9282 af 21.3.2017).

4. Tidspunktet for konstatering af handicap

Tidspunktet for konstatering af handicap har især betydning for vurderingen af sager om afskedigelse af arbejdstagere med handicap.

Det er i sager om afskedigelse helt afgørende for vurderingen, om arbejdstageren på tidspunktet for afskedigelsen havde en tilstand med skadevirkninger, der medførte langvarig begrænsning i forhold til fuld og effektiv deltagelse i arbejdslivet.

64) Se 2015-6810-36323
(refereret under punkt 3.3, note 55).

Vurderingen af, om arbejdstageren havde et handicap i lovens forstand, skal således som udgangspunkt foretages med udgangspunkt i de oplysninger, herunder lægelige oplysninger, der forelå på afskedigelsestidspunktet.

Det kan imidlertid forekomme, at efterfølgende omstændigheder, herunder navnlig efterfølgende lægelige oplysninger, kan få betydning for vurderingen af arbejdstagerens handicap. De nye oplysninger kan fx bruges til at belyse arbejdstagerens tilstand og begrænsninger på afskedigelsestidspunktet, ligesom oplysningerne kan indeholde en prognose for varigheden af arbejdstagerens funktionsnedsættelse⁶⁴.



5. Ulovlig forskelsbehandling



5.1. DIREKTE FORSKELSBEHANDLING

Der foreligger direkte diskrimination, når en person på grund af handicap behandles ringere, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

Forbuddet mod direkte diskrimination er overtrådt, hvis arbejdsgiveren stiller krav, som åbenbart er uden relevans for jobbet, fx hvis en arbejdsgiver – uden nærmere begrundelse – ikke ønsker kørestolsbrugere ansat til kontorjob.

Hvis en arbejdstager, der har et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, bliver afskediget på grund af sygdom, vil der ofte være en sådan sammenhæng mellem arbejdstagerens sygefravær og handicapet, at der efter praksis vil være tale om direkte forskelsbehandling. Dette forudsætter dog, at sygdommen i sig selv har ført til langvarige begrænsninger i personens erhvervsaktivitet.

Højesteret udtalte i en dom fra 2016⁶⁵ om afskedigelse af en kvindelig dagplejer, hvis søn var handicappet, at årsagen til opsigelsen ikke var sønnens handicap, men hendes langvarige fravær fra dagplejen. Der var derfor ikke tale om direkte forskelsbehandling på grund af tilknytningshandicap.

5.2. INDIREKTE FORSKELSBEHANDLING

Indirekte diskrimination på grund af handicap foreligger, når en betingelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral, vil stille personer med handicap ringere end andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et sagligt formål⁶⁶, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

I dommen fra Højesteret om afskedigelse af en kvindelig dagplejer⁶⁷ (nævnt ovenfor) blev spørgsmålet om indirekte forskelsbehandling på grund af dagplejerens søns handicap også prøvet. Højesteret vurderede, at det var hensigtsmæssigt og nødvendigt ved valget af, hvilken dagplejer der kunne undværes, at lægge vægt på at undgå at flytte børn til en dagplejer, som de ikke kendte. Valget faldt derfor på den dagplejer, der aktuelt ikke havde nogle børn på grund af fravær.

Spørgsmålet om indirekte diskrimination har også været aktuelt i forbindelse med anvendelse af deltids-beskæftigelse som tilpasningsforanstaltning. I nogle tilfælde kræves det af arbejdsgiveren, at en arbejdstager med handicap tilbydes at arbejde på nedsat tid.

Problemstillingen var bl.a. relevant i en sag fra nævnet, hvor skolereformen havde medført et krav om, at al forberedelse til undervisning skulle foregå på skolen. En lærer med handicap havde behov for at hvile sig i løbet af dagen og kunne derfor ikke klare at blive på skolen en hel arbejdsdag. Skolereformen giver mulighed for dispensation fra kravet om tilstedeværelse på skolen. Den neutrale betingelse om tilstedeværelse var følgelig hverken nødvendig eller hensigtsmæssig⁶⁸.

Følgende eksempler kan yderligere belyse prøvelsen af tilsyneladende neutrale kriterier ved spørgsmål om indirekte forskelsbehandling:

LBN *En arbejdsgiver kunne ikke objektivt begrunde, at arbejdspladsen foretrak en fuldtidsmedarbejder til en alarmcentral og derfor afviste en arbejdstager i et 18-timers fleksjob til et job på en anden alarmcentral. Nævnet vurderede, at arbejdstageren var blevet udsat for indirekte diskrimination på grund af handicap, fordi arbejdsgiveren i denne situation ikke ville acceptere deltid⁶⁹.*

65) Højesterets dom af 27. april 2016, UFR2016.2530H.

66) I de danske ligestillingslove benyttes udtrykket sagligt formål, mens de underliggende direktivers danske versioner benytter udtrykket legitimt formål.

67) Højesterets dom af 27. april 2016, UFR2016.2530H.

68) 2015-6810-12027 (KEN 9136 af 27.2.2017).

69) Sag nr. 285/2012 100175-12.

5. Ulovlig forskelsbehandling (fortsat)

AP

Ifølge lægelige oplysninger havde A en ryglidelse, som på afskedigelsestidspunktet havde karakter af et handicap. Disse oplysninger var arbejdsgiveren ikke bekendt med. Opmanden fandt, at såfremt arbejdsgiveren havde været bekendt med As handicap, kunne afskedigelsen ikke have været afværget ved foranstaltninger som nævnt i forskelsbehandlingslovens § 2 a. A havde derfor ikke været udsat for direkte forskelsbehandling på grund af handicap. Det forhold, at afskedigelsen var begrundet i bl.a. handicaprelateret sygefravær, medførte endvidere ikke, at A var udsat for indirekte diskrimination, da mål og midler i relation til afskedigelsen fandtes lovlige. Herefter var afskedigelsen ikke i strid med forskelsbehandlingsloven, og der var som følge heraf ikke anledning til at tage stilling til, om det udelukker anvendelsen af lovens bestemmelser, at arbejdsgiveren ikke på afskedigelsestidspunktet var klar over, at A havde et handicap, jf. Højesterets domme i UfR2005.886/2H og UfR2012.1782H. Opmanden fandt efter det anførte, at afskedigelsen var rimeligt begrundet i As og arbejdsgiverens forhold, jf. Hovedaftalens § 4, stk. 3⁷⁰.

5.3. TILKNYTNINGSHANDICAP

Selvom kernen i det EU-retlige handicapbegreb er forankret i FN-konventionen, er det nødvendigt også at forstå begrebet i lyset af det ligebehandlingsprincip, der er indlejret i EU-retten, og som beskæftigelsesdirektivet har som overordnet formål at opfylde på arbejdsmarkedet.

Forbuddet mod forskelsbehandling er derfor ikke begrænset til personer, der selv har et handicap. Hvis fx et barn eller en ægtefælles handicap bevirker, at en ansøger ikke ansættes, at en arbejdstager får ændret sine ansættelsesvilkår, eller at en arbejdstager afskediges, og dette er begrundet i den tilknyttede persons handicap, kan det udgøre diskrimination i direktivets forstand. I disse situationer beskrives handicappet som et tilknytningshandicap.

Det fremgår af EU-Domstolens afgørelse fra 2008 i Coleman-sagen⁷¹, at en ansat, der ikke selv har et handicap, men behandles ringere end en anden ansat, er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling, når det er bevist, at den ringere behandling skyldes et handicap hos den ansattes barn, som vedkommende yder hovedparten af den nødvendige pleje for. Afgørelsen tager kun udtrykkeligt stilling til direkte diskrimination ved tilknytningshandicap.

Baggrunden for EU-Domstolens udvidende fortolkning af handicapbegrebet er, at direktivets overordnede formål er at skabe lige vilkår på arbejdsmarkedet. Hvis en person bliver stillet ringere i forhold til arbejdsmarkedet på grund af tilknytningshandicap, vil det således "berøve direktivet en væsentlig del af dets effektive virkning og indskrænke den beskyttelse, som det skal sikre"⁷².

Afgørelsen af, om der foreligger et handicap hos den tilknyttede person, skal foretages i overensstemmelse med de kriterier, der er gennemgået ovenfor og således med udgangspunkt i den definition af handicapbegrebet, der er kommet til udtryk i EU-Domstolens praksis.

Højesteret traf i april 2016 afgørelse i en sag, der bl.a. rejste spørgsmål om indirekte forskelsbehandling af en arbejdstager med tilknytning til et handicappet barn⁷³. Højesteret bemærkede, at stillingtagen til spørgsmålet om indirekte diskrimination ved tilknytningshandicap krævede præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Højesteret lagde i den forbindelse vægt på, at beskæftigelsesdirektivet i art. 2 definerer direkte forskelsbehandling i litra a og indirekte forskelsbehandling i litra b forskelligt, således at handicap forekommer bredere i art 2, stk. 1, litra a, end i art. 2, stk. 1, litra b. En sådan forelæggelse blev ikke gennemført i den pågældende sag, da Højesteret vurderede, at opsigelsen var hensigtsmæssig og nødvendig.

Forskelsbehandlingsloven skal fortolkes i lyset af beskæftigelsesdirektivet og EU-Domstolens praksis.

Forskellen i ordlyden af beskæftigelsesdirektivets artikel 2, stk. 2, litra a, som definerer direkte forskelsbehandling, og artikel 2, stk. 2, litra b, der definerer indirekte forskelsbehandling, taler for, at forbuddet mod indirekte forskelsbehandling kun omfatter personer, der selv er handicappede. Direkte forskelsbehandling foreligger således ifølge direktivet, hvis "en person af en af de i artikel 1 anførte grunde [herunder handicap] behandles ringere". Indirekte forskelsbehandling foreligger derimod, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille "personer med [...] et bestemt handicap" særligt ufordelagtigt.

70) 3F for A mod Dansk Byggeri for Ambercoorn A/S, tilkendegivelse af 13. maj 2015, sag 20150048.

71) Se EU-domstolens afgørelse i C-303/2006 (Coleman), præmis 38 og 59.

72) Se EU-domstolens afgørelse i C-303/2006 (Coleman), præmis 51.

73) Se Højesterets afgørelse af 27. april 2016, UfR2016.2530H.

5. Ulovlig forskelsbehandling (fortsat)



Ved indirekte forskelsbehandling synes ordlyden således at vise, at bestemmelsen kun angår "personer med handicap", hvorimod direkte forskelsbehandling omfatter forskelsbehandling på grund af handicap, uanset hvem der er den handicappede. Dette understøttes af, at bestemmelsen om pligt til at træffe passende foranstaltninger alene angår den handicappede person.

Følgende eksempler kan yderligere belyse vurderingen i sager om tilknytningshandicap:

LR En arbejdstager blev afskediget efter længere tids sygdommelding. Hun havde en søn, der led af Tourettes Syndrom, der konkret måtte anses for at være et handicap omfattet af loven. Hun havde haft behov for nedsat arbejdstid på grund af det psykiske pres, som sønnens sygdom medførte. Der var ikke oplysninger, der talte for, at kommunen på opsigelsestidspunktet havde været bekendt med, at sønnens sygdom udgjorde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og at arbejdstagerens fravær på grund af sygdom var en følge af sønnens tilstand. Kommunen havde derfor bevist, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket⁷⁴.

LBN En mand med tilknytning til sin handicappede hustru fik varslet ændrede arbejdsvilkår. Nævnet vurderede – i lighed med Højesterets afgørelse fra april 2016 (ovenfor) – at arbejdsgivers interesse i at ensrette arbejdsvilkår for medarbejderne var sagligt, og at varslingen af ændringen for arbejdstageren var hensigtsmæssig og nødvendig. Nævnet undlod herved at tage stilling til, om indirekte diskrimination på grund af tilknytningshandicap er omfattet af forskelsbehandlingsloven § 3, stk. 1⁷⁵.

En psykolog blev afskediget som følge af langvarigt helt/delvist sygefravær og manglende udsigt til, at hun kunne genoptage arbejdet. Fraværet var til dels knyttet til hendes søns sygdomsforløb. Sønnen havde været under udredning for en tarmsygdom og havde fået konstateret sygdommen Colitis Ulcerosa.

To medlemmer af nævnet vurderede, at sønnens sygdom ikke udgjorde et handicap, da smerterne som følge af tarmsygdommen ikke på fratrædelsestidspunktet kunne skelnes fra hans funktionelle smerter, og da det ikke var godtgjort, at hans funktionsbegrænsninger havde været tilstrækkeligt varige eller langvarige. Et medlem mente, at sønnen havde et handicap. Der blev truffet afgørelse efter stemmeflertallet, og psykologen fik derfor ikke medhold i klagen⁷⁶.

Arbejdstageren var ansat i fleksjob, hvor hans arbejdsplads tillod tre hjemmearbejdsdage om ugen. Det var nødvendigt for arbejdstageren i et vist omfang at arbejde hjemme, da hans ægtefælle havde et handicap. Hans ansættelsesvilkår blev imidlertid ændret, så hjemmearbejde ikke længere var muligt. Ændringen var begrundet i en ensretning af vilkårene for alle arbejdsgiverens medarbejdere. Arbejdstageren accepterede ikke de ændrede vilkår og blev derfor opsagt. Nævnet vurderede, at arbejdstagerens ægtefælle var handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand. Ændringen af hans arbejdsvilkår var imidlertid hverken helt eller delvist begrundet i hans ægtefælles handicap. Han blev dog ringere stillet end de andre på arbejdspladsen, hvis vilkår også var blevet ændret, fordi hjemmearbejdsdagene ifølge arbejdstageren var nødvendige for, at han kunne varetage de funktioner i hjemmet, som hans ægtefælle på grund af handicappet ikke kunne klare. Nævnet fandt, at hensynet til at ensrette vilkårene for alle medarbejdere var sagligt, og at midlet i form af ændring af ansættelsesvilkår var hensigtsmæssigt og nødvendigt. Nævnet tog derfor ikke stilling til, om arbejdstageren var beskyttet af forskelsbehandlingsloven. Arbejdstageren fik ikke medhold⁷⁷.

En pædagog blev i november 2014 afskediget efter en længere periode med helt eller delvist sygefravær siden december 2013 på grund af egen sygdom og sygdom hos sit barn. I december 2013 blev pædagogens søn indlagt med feber og havde efterfølgende gentagne feberepisoder. Sønnen fik konstateret en periodisk febersygdom, PFAPA, med hyppige forekomster. Ifølge de lægelige oplysninger var sønnen en glad og fuldstændig normal udviklet dreng, og der var ikke i det lægelige materiale en egentlig prognose for sygdommen. Sønnen havde efter en samlet vurdering ikke et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Pædagogen fik derfor ikke medhold⁷⁸.

74) 6.10.2014 V.L.B-1042-12.

75) 2015-6810-54683.

76) 2016-6810-19001 (KEN 9922 af 8.8.2017).

77) 2015-6810-54683 (KEN 9167 af 5.4.2017).

78) 2015-6810-38829 (KEN 9135 af 27.2.2017).

6. Faktiske omstændigheder, der tyder på forskelsbehandling på grund af handicap



Når en person har godtgjort, at personen har et handicap omfattet af loven, skal personen påvise faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at han eller hun er blevet forskelsbehandlet på grund af sit handicap.

Hvis der ikke påvises faktiske omstændigheder, der tyder på, at afskedigelsen eller den manglende ansættelse/forfremmelse helt eller delvist er begrundet i personens handicap, får han eller hun ikke medhold i, at arbejdsgiveren har handlet i strid med forskelsbehandlingsloven.

Dette kan fx være tilfældet, hvis det må lægges til grund, at en arbejdstager med handicap er afskediget som led i en større afskedigelsesrunde eller som led i en omstrukturering.

Højesteret udtalte i en dom fra 2017⁷⁹, at det er uden betydning, om arbejdstageren er handicappet i forskelsbehandlingslovens forstand, hvis det efter bevisførelsen må lægges til grund, at opsigelsen af den pågældende udelukkende var begrundet i forhold, som intet havde med handicappet og heraf følgende sygefravær eller andre begrænsninger for den pågældende at gøre. I den konkrete sag anså Højesteret ikke arbejdstagerens svimmelhed som årsag til afskedigelsen.

Følgende eksempler kan belyse, hvad der skal til for at påvise faktiske omstændigheder, der tyder på direkte forskelsbehandling på grund af handicap:

79) UFR2018.830H.

80) 29.6.2011 Ø.L.B.-2814-10.

81) 15.12.2016 V.L.B.-0527-16.

LR Landsretten fandt, at F måtte anses for handicappet med sin hørenedsættelse i forskelsbehandlingslovens forstand, idet der var tale om en kronisk tilstand, som uden et implantat medførte en fysisk funktionsnedsættelse, der ville afføde et kompensationsbehov, for at hun kunne fungere på lige fod med andre. Fs hørenedsættelse kunne ikke sidestilles med en sygdom, jf. herved præmis 44 i EU-Domstolens dom af 11. juli 2006 i sagen i Sonia Chacón Navas mod Eurest Colektividades SA (sag C-13/05). Da begrundelsen for afskedigelsen var Fs dårlige hørelse og den megen sygdom som følge heraf, havde hun påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var udøvet ulovlig forskelsbehandling. Det påhvilede herefter arbejdsgiveren at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænknet, jf. forskelsbehandlingslovens § 7 a. Landsretten fandt efter en vurdering af forholdene, at arbejdsgiveren ikke havde løftet sin bevisbyrde for, at der var forsøgt tildelt tilpasningsforanstaltninger⁸⁰.

A havde via kommunen fået anvist et fleksjob i en virksomhed. Efter nogle års ansættelse, hvor der ikke havde været kritik af As arbejde, blev han afskediget med henvisning til omsætningsnedgang. A indbragte sagen for Ligebehandlingsnævnet, der fandt, at virksomheden ikke havde løftet bevisbyrden for, at A ikke var blevet afskediget på grund af sit handicap. A blev tilkendt en godtgørelse på 180.000 kr. Virksomheden betalte ikke godtgørelsen, og Ligebehandlingsnævnet indbragte derfor sagen for domstolene som mandatar for A. Både byretten og landsretten var enige med nævnet i, at afskedigelsen var i strid med forskelsbehandlingslovens § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 3⁸¹.

6. Faktiske omstændigheder, der tyder på forskelsbehandling på grund af handicap (fortsat)



A, der havde et handicap, var ansat i en kommune i et fleksjob med 2/3-dele løntilskud. Han blev afskediget som led i besparelser. Afskedigelsen af A ville medføre en besparelse med ca. 110.000 kr. årligt. Det blev efter de afgivne forklaringer lagt til grund, at As arbejdsopgaver gradvist var blevet færre over årene på grund af effektiviseringer og digitalisering, og at der på opsigelsestidspunktet således kun var ganske få opgaver tilbage i hans stilling. Det blev endvidere lagt til grund, at de tilbageværende opgaver efter As fratræden blev fordelt til flere af afdelingens øvrige medarbejdere, og at stillingen således ikke blev genbesat. Den manglende oplæring fandtes ikke at indebære en tilsidesættelse af kommunens tilpasningsforpligtelse. A fik herefter ikke medhold⁸².

LBN

En kommune havde ikke indkaldt en kvinde til ansættelsessamtale. Kvinden var ordblind og søgte med fortrinsret. Uanset om kvinden måtte have et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, vurderede nævnet, at hun ikke havde påvist faktiske omstændigheder, som gav anledning til at formode, at hun havde været udsat for forskelsbehandling på grund af sit eventuelle handicap. Kommunen havde under sagen redegjort for, hvordan ansættelsesudvalget overså kvindens anmodning om fortrinsstilling på grund af handicap i ansøgningen. Efter de foreliggende oplysninger vurderede nævnet, at der ikke var noget, der tydede på, at kvindens eventuelle handicap var blevet tillagt betydning ved kommunens beslutning om ikke at indkalde hende til samtale. Kvinden fik derfor ikke medhold⁸³.

En administrativ assistent med sklerose blev afskediget fra sit fleksjob efter ca. syv måneders ansættelse. Afskedigelsen var begrundet i, at lederen havde brug for en medarbejder 30 timer om ugen, mens assistenten kun kunne arbejde 10-15 timer om ugen. Kort efter afskedigelsen blev der i virksomheden indført en organisationsændring. Assistenten havde et handicap, og hun havde påvist faktiske omstændigheder, der tydede på forskelsbehandling på grund af handicapet. Da arbejdsgiveren ikke nærmere havde redegjort for, om assistentens opgaver helt eller delvist var faldet bort ved organisationsændringen, eller om andre overtog opgaverne, havde arbejdsgiveren – sammenholdt med ordlyden i en mail – ikke løftet bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet ikke var overtrådt. Assistenten fik derfor medhold⁸⁴.

A, der er uddannet psykolog, var som følge af trafikuheld lam i begge ben og kroppen, samt delvist lam i begge arme og bruger af kørestol. A blev ansat i fleksjob i et psykologcenter, der var ejet af et forsikrings-selskab. A visiterede forsikringsselskabets kunder til psykologbehandling. A udførte arbejdet hjemmefra. Der var ikke handicapadgang på psykologcentret. A blev afskediget efter 1½ års ansættelse, da der som følge af nedgang i tilgangen af klienter fra forsikringsselskabet ikke var tilstrækkelige opgaver til ham. Derudover var forsikringsselskabet ikke tilfredse med As arbejde. Fem dage før afskedigelsen havde psykologcenteret ansat en ny leder som chefvisitator. A mente derfor ikke, at grundlaget for hans opsigelse kunne være kundenedgang, men at det derimod var begrundet i hans handicap. Da den nye leder blev ansat til at varetage væsentligt anderledes opgaver, end A havde udført, mente nævnet ikke, at A havde påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at A havde været udsat for forskelsbehandling. A fik derfor ikke medhold⁸⁵.

82) 29.6.2017 Ø.L.B-2614-16.

83) 2016-6810-56262 (KEN 9802 af 15.6.2017).

84) 2016-6810-32474 (KEN 9642 af 26.4.2017).

85) 2015-6810-26848 (KEN 9151 af 27.2.2017).

6. Faktiske omstændigheder, der tyder på forskelsbehandling på grund af handicap (fortsat)

● En ordblind kundesupporter blev afskediget med henvisning til sin performance og adfærd. Ordblindheden medførte udfordringer særligt i forhold til skriftlige arbejdsopgaver. Kundesupporteren anvendte ikke under sin knap seks årige ansættelse særlige hjælpemidler for at kunne udføre sit arbejde. Der var således ikke beskrevet særlige begrænsninger i kundesupporterens mulighed for at varetage sit arbejde, og det eventuelle handicap havde ikke været genstand for nærmere drøftelse under ansættelsen. Begrundelsen for opsigelsen fremtrådte i øvrigt saglig. Kundesupporteren fik derfor ikke medhold⁸⁶.

● En mand A fik afslag på en stilling som kontorelev i en kommune. Under jobsamtalen havde han oplyst, at han kun kunne arbejde seks timer om dagen på grund af ADHD og Aspergers Syndrom, og at han derfor ikke kunne gennemføre et elevforløb på ordinære vilkår. I en efterfølgende korrespondance med en repræsentant for A, oplyste kommunen, at de som udgangspunkt kun ansatte elever til ordinære elevforløb. A klagede på den baggrund over, at han var blevet fravalgt til stillingen på grund af sit handicap. Ifølge en udtalelse fra et gennemført praktikforløb i 2015 blev der under praktikken taget skånehensyn til ham i form af pauser og skiftende arbejdsopgaver. Nævnet vurderede, at A ikke havde fremlagt dokumentation for, at diagnosen Aspergers Syndrom medførte sådanne begrænsninger, at han var forhindret i at deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre, herunder at han som følge af diagnosen havde behov for nedsat arbejdstid. A havde derfor ikke dokumenteret, at han havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand⁸⁷.

86) 2016-6810-33989 (KEN 9789 af 7.6.2017).
87) 2016-6810-54907 (KEN 9801 af 15.6.2017).



7. Arbejdsgiverens kendskab til arbejdstagerens handicap



Ved vurderingen af, om der foreligger et handicap, har det ingen betydning, om arbejdsgiveren har kendskab eller burde have kendskab til arbejdstagerens tilstand, sygdom og/eller handicap.

Med henvisning til EU-Domstolens definition på handicap fastslog Højesteret i dom af 23. juni 2015 i sagen HK mod Pro Display⁸⁸, at det er uden betydning for bedømmelsen af, om der foreligger et handicap, om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstagerens sygdom havde medført et handicap.

Højesteret slog samtidig fast, at det er en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren havde et handicap. I sagen fandt Højesteret det efter en samlet vurdering ikke godtgjort, at Pro Display vidste eller burde vide, at arbejdstagerens sygdom havde medført et handicap. Højesterets udtalte herom:

HR "...
Ved bedømmelsen af, om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at A var handicappet, må det samlede forløb tages i betragtning. Efter færdselsulykken i december 2003 var hun sygemeldt i tre uger til medio januar 2004. Herefter arbejdede hun i sædvanligt omfang på fuld tid i ti måneder. Efter råd fra sin læge meddelte hun primo november 2004 Pro Display, at hun ikke kunne klare at arbejde på fuld tid, og der blev med kommunens godkendelse i henhold til den dagældende bestemmelse i dagpengelovens § 28 (nu sygedagpengelovens § 56) indgået en aftale mellem hende og Pro Display om arbejde på halv tid med dagpengerefusion på grundlag af sygemelding.

88) UFR2015.3301H.

Højesteret lægger til grund, at hendes arbejdsopgaver blev begrænset i forbindelse hermed, og at hendes kolleger på opfordring af arbejdsgiveren skulle aflaste hende ved nogle arbejdsopgaver. Den 10. januar 2005 meldte A sig syg på fuld tid. Ifølge en erklæring af 17. januar 2005 fra hendes læge, [K], var uarbejdsdygtigheden skønnet at vare 1 måned. A oplyste i en mail af 17. januar 2005 til Pro Display, at hun havde konsulteret en speciallæge, og at han ikke kunne sige, om hun ville få det bedre eller dårligere, men at hun skulle prøve sig frem. Højesteret lægger til grund, at hun ikke sendte Pro Display erklæringen af 15. januar 2005 fra speciallæge [M]. Ifølge en erklæring af 23. februar 2005 fra hendes læge, [K], blev hendes sygemelding forlænget med angivelse af, at varigheden ikke kunne afgøres. Højesteret lægger efter A's forklaring til grund, at hun under sygefraværet var i kontakt med Pro Display gennem mails, og at Pro Display havde givet udtryk for håb om, at hun fik det bedre, da hun var »værd at vente på«. Højesteret lægger endvidere til grund, at A ikke sendte Pro Display erklæringen af 4. april 2005 fra speciallæge [L] eller refererede indholdet for Pro Display.

Højesteret finder efter en samlet vurdering, at det ikke er godtgjort, at Pro Display på opsigelsestidspunktet vidste eller burde vide, at A's sygdom havde medført et handicap. Højesteret finder herefter ikke grundlag for at fastslå, at Pro Display på opsigelsestidspunktet har tilsidesat sin forpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2 a til at foretage tilpasninger.
..."

7. Arbejdsgiverens kendskab til arbejdstagerens handicap (fortsat)



I praksis giver det i afskedigelsessager sjældent anledning til problemer at fastslå, om arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbejdstageren havde et handicap. På tidspunkt for afskedigelsen har der ofte været afholdt en del samtaler og møder mellem arbejdsgiver og arbejdstager, hvor sygdom, fravær og/eller eventuelle skånehensyn er blevet drøftet, ligesom arbejdsgiveren ofte i forløbet har modtaget kopi af lægelige erklæringer mv. Hvis der er tale om en arbejdstager, der udfører arbejde under en fleksjob-ordning, er der formodning for, at arbejdsgiveren er bekendt med arbejdstagerens tilstand/handicap gennem aftalen om fleksjob, de hertil knyttede vilkår og de beskrevne skånehensyn. Følgende afgørelser fra Ligebehandlingsnævnet kan yderligere belyse betydningen af arbejdsgiverens kendskab til handicapet:

LBN

En kontorassistent blev afskediget på grund af omstruktureringer. I den sin tiltræden havde kontorassistenten været udsat for et trafikuheld og var på grund af smerter i nakke, skulder og ryg ikke i stand til at varetage sit arbejde i fuldt omfang. Hun fik af sin bopælskommune bevilliget forskellige hjælpemidler. Nævnet vurderede, at kontorassistenten havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Imidlertid fandtes det ikke godtgjort, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at kontorassistenten havde et handicap. Kontorassistenten fik derfor ikke medhold⁸⁹.

AP

A var under uddannelse som kontorassistent hos kommune B. Uddannelsesaftalen blev ophævet ensidigt med henvisning til As sygdomsforløb. Tvistighedsnævnets flertal fandt, at As sygdom var en følge af hendes mentale lidelse, og at hendes funktionsbegrænsning udgjorde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. A fik imidlertid ikke medhold, idet et af flertallets medlemmer fandt, at A ikke havde løftet bevisbyrden for, at kommunen vidste eller burde vide, at hun var omfattet af forskelsbehandlingslovens beskyttelse⁹⁰.

89) 2015-6810-36323 (KEN 10083 af 10.8.2016).

90) A v/advokat Mette Østergaard HK/Danmark mod B v/Elsebeth Aae-Jørgensen, kendelse af 27. november 2015, sag 08.2015.



8. Kravet om rimelig tilpasning



Når det er godtgjort, at arbeidstageren har et handicap, og der er påvist faktiske omstændigheder, der tyder på ulovlig forskelsbehandling, er en arbejdsgiver – der var eller burde være bekendt med handicapet – efter EU-direktivet og forskelsbehandlingslovens § 2 a forpligtet til at foretage rimelige tilpasninger af arbejdspladsen for at afhjælpe den barriere, som hindrer en person med handicap adgang til beskæftigelse, til at udøve beskæftigelse eller have fremgang i beskæftigelsen. Karakteren af de foranstaltninger, som arbejdsgiveren skal træffe, er uden betydning ved vurderingen af, om en persons helbredstilstand skal anses for omfattet af handicapbegrebet.

Det er en forudsætning for, at arbejdsgiveren kan anses for at have tilsidesat tilpasningsforpligtelsen, at arbeidstageren godtgør, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at arbeidstageren havde et handicap i lovens forstand, jf. herved bl.a. Højesterets domme af 23. juni 2015 og 11. august 2015 (refereret henholdsvis under punkt 7 og punkt 8.1.)⁹¹.

8.1. ARBEJDSGIVERENS FORPLIGTELSE TIL TILPASNING

Forpligtelsen til rimelig tilpasning gælder både i forhold til rekruttering, ansættelse, under ansættelsen og i tilknytning til forfremmelse samt i forbindelse med afskedigelse.

Når en arbejdsgiver er blevet – eller burde være blevet – bekendt med en arbeidstagers handicap og det heraf følgende behov for tilpasningsforanstaltninger, er arbejdsgiveren forpligtet til at undersøge og eventuelt afprøve mulige hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger.

Det overordnede formål med tilpasningsforpligtelsen er at skabe adgang for personer med handicap til arbejdsmarkedet og til i konkrete tilfælde at sikre, at de barrierer, omgivelserne skaber, reduceres eller fjernes. EU-Domstolen fastslog udtrykkeligt i 2013 i Ring og Werge-sagen, at konstateringen af, om der foreligger et handicap, ikke afhænger af karakteren af tilpasningsforanstaltningerne.

Begrundelsen herfor er, at tilpasningsforanstaltninger har som formål at tage hensyn til de behov, personer med handicap har i forhold til inklusion på arbejdsmarkedet. Foranstaltningerne skal derfor ses som en følge af og ikke en grundlæggende bestanddel af begrebet handicap⁹².

I en sag fra 2015 for Højesteret havde A orienteret sin arbejdsgiver om sin leddegigt og om det heraf følgende behov for tilpasning af sine arbejdsfunktioner, herunder om sine manglende evne til at varetage kassefunktionen. Arbejdsgiveren vidste også, at As brug af håndledsskinner samt deltidssygemeldingen i juni 2009 var begrundet i hendes sygdom. Højesteret fandt det godtgjort, at arbejdsgiveren vidste eller burde vide, at A led af en sygdom, der indebar et handicap. Arbejdsgiveren var derfor forpligtet til at foretage tilpasningsforanstaltninger. Parterne havde drøftet mulige tilpasningsforpligtelser. Arbejdsgiveren havde hverken godtgjort, at de nævnte muligheder samlet eller delvist ikke kunne være tilbudt A som hensigtsmæssige foranstaltninger, eller at de ville medføre en uforholdsmæssig stor byrde. Arbejdsgiveren havde derfor ikke opfyldt sin pligt efter forskelsbehandlingslovens § 2 a⁹³.

Højesteret traf i 2016 afgørelse i en sag, der bl.a. rejste spørgsmål om rækkevidden af arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse. Sagen angik afskedigelsen af en byplanlægger med et handicap. Højesteret fandt, at arbejdsgiveren, der var en kommune, ikke havde pligt til at tilbyde byplanlæggeren en deltidsstilling. Højesteret lagde vægt på kommunens oplysninger om, at arbejdet som byplanlægger er højt specialiseret og kræver en videregående uddannelse. Højesteret vurderede, at kommunens tilrettelæggelse af arbejdet hvilede på saglige hensyn og fandt ikke grundlag for at anfægte kommunens vurdering af, at det ikke var muligt at tilbyde byplanlæggeren en deltidsstilling på 20 timer om ugen og samtidig leve op til kommunens mål med hensyn til serviceniveau over for borgere og virksomheder. Arbejdsgiveren havde herefter ikke tilsidesat sin forpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2 a, og opsigelsen var derfor ikke i strid med forskelsbehandlingsloven⁹⁴.

91) UFR2015.3301H og UFR2015.3827H.

92) Se EU-Domstolens afgørelse i Ring og Werge, præmis 45 og 46.

93) UFR2015.3827H af 11.8.2015.

94) UFR2016.2463H.

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)

Følgende eksempler kan yderligere belyse arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse:

LR

En bank afskedigede A, der havde gennemgået en hjerneoperation. A kunne alene udføre arbejde i mellem 12 og 18 timer pr. uge. As tilstand var på afskedigelsestidspunktet af lang varighed og derfor omfattet af forskelsbehandlingslovens handicapbegreb. Banken burde vide, at As sygefravær var begrundet i en alvorlig følge af hjerneoperationen. Landsretten lagde til grund, at A var kompetent og egnet til at udføre sit arbejde. Herefter påhvilede der banken en pligt til at foretage de foranstaltninger, der var hensigtsmæssige i betragtning af As konkrete behov for at give hende adgang til at udøve sin beskæftigelse, medmindre banken derved ville blive pålagt en uforholdsmæssig stor byrde, jf. forskelsbehandlingslovens § 2 a. Efter de afgivne forklaringer fandtes det ikke godtgjort, at banken tilbød A fornødne hensigtsmæssige foranstaltninger. Forslag om fleksjob blev afvist uden nærmere undersøgelse. Det fandtes endvidere ikke godtgjort, at banken havde tilbudt relevant deltidsansættelse⁹⁵.

En konsulent ved en uddannelsesinstitution var blevet opsagt. Konsulenten havde påvist sådanne faktiske omstændigheder, der tydede på, at afskedigelsen var begrundet i hendes funktionsnedsættelse som følge af hendes handicap. Det påhvilede herefter uddannelsesinstitutionen at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet krænket ved afskedigelsen. Konsulentens tilstand var ikke stationær, da hun startede i virksomhedspraktik, men hendes funktionsevne blev løbende forbedret. Landsretten fandt det ikke godtgjort, at det ville have været en uforholdsmæssig stor byrde at følge Hjerneskerådgivningens anbefalinger om en mentor eller personlig vejleder og konkret feedback i en periode i forbindelse med As tilbagevenden til arbejdet⁹⁶.

95) 30.6.2016 Ø.L.B-4-15.

96) 14.10.2014 Ø.L.B-34-13.

97) 23.6.2017 Ø.L.B-1538-16.

98) FOA for A mod Høje-Taastrup Kommune, tilkendegivelse af 29. juni 2016, sag FV2015.0222, opmand fhv. højesteretspræsident Børge Dahl.

99) 23.8.2017 Ø.L.B-2441-16.

A, der havde et handicap og var ansat i en 15-20 timers stilling i en kommune, blev afskediget. Efter bevisførelsen blev det lagt til grund, at A var kompetent, egnet og disponibel i forhold til udførelsen af sit job. Landsretten tiltrådte, at der i væsentligt omfang under ansættelsen blev foretaget tilpasningsforanstaltninger, der imødekom hendes behov. Der blev herved navnlig lagt vægt på, at der var tale om en særdeles fleksibel arbejdstid. Stillingen ændrede karakter i perioden fra ansættelsen til hendes afskedigelse med et behov for yderligere tilpasningsforanstaltninger. Dette kunne alene ske ved enten at ansætte en yderligere medarbejder eller at omplacere hende. Der var ikke grundlag for at tilsidesætte ledelsens vurdering af, at det ikke var muligt at dele stillingen mellem to medarbejdere, uden at dette ville medføre en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren. Under disse omstændigheder fandt landsretten, at kommunen i fornødent omfang havde opfyldt sin forpligtelse efter forskelsbehandlingslovens § 2 a⁹⁷.

AP

Opmanden vurderede, at der ikke var grundlag for at kritisere kommunens vurdering, hvorefter As kompetencer var så begrænsede, at de oversteg de krav til tilpasning, som forskelsbehandlingsloven kræver. Selv om der som udgangspunkt forelå tvingende grunde til at afskedige A, fandt opmanden, at kommunen burde have givet A mulighed for at udvise større mødestabilitet bl.a. med henvisning til, at hun efter at være kommet i korrekt astmabehandling slap af med det tidligere fravær⁹⁸.

LR

Dansk Ride Forbund ville ikke give A dispensation fra springdelen på træneruddannelsen som følge af en varig lidelse. Landsretten fandt det ikke godtgjort, at afslaget på dispensation fra springdelen på træneruddannelsen udgjorde direkte forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 2. Således som træneruddannelsen var beskrevet, var ridefærdigheder i springning en væsentlig del af uddannelsen, og kravene hertil måtte anses for objektivt begrundet i et sagligt formål og hensigtsmæssige og nødvendige. Herefter, og da det var ubestridt, at A af helbredsmæssige grunde ikke på noget tidspunkt ville kunne gennemføre springdelen på træneruddannelsen, udgjorde afslaget på dispensation ikke indirekte forskelsbehandling i strid med forskelsbehandlingslovens § 1, stk. 3. Der fandtes ikke egnede tilpasningsforanstaltninger⁹⁹.

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



A var den 6. marts 2013 som led i udførelsen af sit arbejde udsat for en glatføreulykke, som bevirkede, at han blandt andet pådrog sig lægeligt diagnosticeret piskesmæld. A var frem til sin uansøgte afsked den 22. juli 2014 ude af stand til på fuld tid at udføre sine arbejdsforpligtelser, herunder påtage sig tunge fysiske arbejdsopgaver. Efter de lægelige attesteringer og As forklaring fandt retten det godtgjort, at arbejdsgiveren var vidende om As diagnose. As lidelse måtte betragtes som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og arbejdsgiveren var derfor forpligtet til at yde A sådanne hensigtsmæssige og forholdsmæssige foranstaltninger, der kunne sikre A adgang til fortsat beskæftigelse. Arbejdsgiveren pålagdes ikke en uforholdsmæssig stor byrde ved, at A som foreslået kunne arbejde på nedsat tid med 30 timer ugentligt eller arbejde 37 timer om ugen, hvoraf de syv timer kunne udføres som hjemmearbejde. Retten fandt det godtgjort, at A på afskedigelsestidspunktet var såvel kompetent som egnet og disponibel til at udføre væsentlige funktioner i sin stilling, såfremt de nødvendige tilpasninger var blevet foranstaltet¹⁰⁰.

A havde som følge af en fejloperation i 2007 fået en neuropatisk smertetilstand, som indebar, at hun ikke kunne arbejde på fuld tid. I hendes fleksjobbevilling var skånehensynene angivet som nedsat ugentlig arbejdstid, ingen fysisk og knæbelastende arbejdsfunktioner og afvekslende arbejdsstillinger. Der var enighed mellem parterne om, at As lidelse var omfattet af handicapbegrebet i forskelsbehandlingsloven. Landsretten fandt efter en bedømmelse af As arbejdsopgaver og -forhold, begrundelsen for opsigelsen og virksomhedens manglende undersøgelser eller overvejelser om, hvorvidt hun kunne omplaceres, at hun havde påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var sket forskelsbehandling på grund af hendes handicap. Virksomheden fandtes ikke at have løftet sin bevisbyrde¹⁰¹.

LBN

En ansøger med hørenedsættelse og behov for tegnsprogstolk var indkaldt til ansættelsessamtale. Arbejdsgiveren aflyste samtalen, da det gik op for arbejdsgiveren, at ansøgeren havde et hørehandicap. Arbejdsgiveren anførte, at det på grund af hørehandicappet ikke var muligt at ansætte ansøgeren. Aflysningen af samtalen skete imidlertid, uden at arbejdsgiveren havde undersøgt, om ansøgeren med rimelig tilpasning ville kunne varetage jobbet, hvilket bl.a. kunne have været belyst gennem en samtale med ansøgeren. Arbejdsgiveren havde derfor handlet i strid med forskelsbehandlingsloven¹⁰².

En person med hørehandicap var i virksomhedspraktik på en kirkegård. I praktikperioden søgte kirkegården efter nye gartnere. Den hørehandicappede tilkendegav over for sin leder, at han gerne ville søge jobbet. Han fik dagen efter en seddel fra lederen om, at der blev søgt efter personer, der selv kunne aftale opgaver med pårørende, hvilket hans handicap gjorde umuligt. Personen med hørehandicap havde et handicap i lovens forstand og havde på baggrund af lederens svar påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at han var blevet forskelsbehandlet på grund af sit handicap. Kirkegården havde ikke i forbindelse med henvendelsen foretaget en konkret vurdering af, om den hørehandicappede kunne have bestridt de kommunikative opgaver i jobbet, hvis der blev truffet rimelige tilpasninger. Kirkegården havde herefter ikke afklaret og dermed heller ikke bevist, at det ville være en uforholdsmæssig stor byrde at ansætte den hørehandicappede i det ordinære job, eller at han uanset tilpasninger ikke ville være kompetent, egnet og disponibel til at varetage de væsentligste funktioner i jobbet. Den hørehandicappede fik derfor medhold¹⁰³.

En kvindelig kontorassistent og formidlingsmedarbejder havde været ansat i fleksjob i en årrække, da hun blev afskediget efter længere tids sygefravær. Kvinden led af piskesmæld og postkommotionelt syndrom og havde derfor behov for nedsat arbejdstid, vekslende arbejdsstillinger, pauser samt mulighed for hjemmearbejde. Under ansættelsen havde hun været tilknyttet skiftende afdelinger under hensyntagen til hendes skånebehov. Hun havde senest været tilknyttet administrationsafdelingen, hvor hun ikke mente, at hendes skånebehov blev tilgodeset. Nævnet vurderede, at kvinden havde et handicap. Afskedigelsen skyldtes sygefravær delvist relateret til kvindens handicap. Nævnet vurderede, at arbejdsgiveren ikke i tilstrækkelig grad havde sikret, at kvindens behov for bl.a. vekslende arbejdsstillinger, pauser og roligt arbejdstempo fortsat blev tilgodeset, da hun blev tilknyttet administrationsafdelingen. Kvinden fik derfor medhold¹⁰⁴.

100) 16.11.2016 Ø.L.B-2755-15.

101) 19.1.2017 Ø.L.B-23-16.

102) 2015-6811-30838.

103) 2016-6810-10812 (KEN 9155 af 27.2.2017).

104) 2016-6810-48682 (KEN 10019 af 27.9.2017).

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



En gymnasielærer med diagnosen ADHD klagede til Ligebehandlingsnævnet over, at han var blevet afskediget på grund af sit handicap, og at han ikke kunne få lempet sit tilstedeværelseskrav. Gymnasielæreren blev afskediget som følge af en personalemæssig tilpasning på grund af nedgang i antallet af enkeltfagskursister og lukning af HF2. Ifølge skolens ledelse kunne læreren med sin fagkombination bedst undværes. Læreren handicap var ikke årsag til afskedigelsen, og han fik ikke medhold i klagen over afskedigelse. For så vidt angik forskelsbehandling under ansættelsen vurderede nævnet, at det ville have været en tilstrækkelig og ikke særlig byrdefuld tilpasningsforanstaltning at lempe gymnasielæreren tilstedeværelseskrav under ansættelsen. Han fik derfor medhold i denne del af klagen¹⁰⁵.

A var ansat i fleksjob som støttelærer på en erhvervsskole. A var til stede på skolen tre dage om ugen i fire lektioner. Den øvrige arbejdstid op til 18 timer om ugen var forberedelsestid, som blev lagt hjemme. Som følge af nye arbejdstidsregler skulle forberedelse ske på skolen, og A skulle derfor være på skolen i alle arbejdstimer. As øvrige skånebehov blev fortsat tilgodeset. A mente ikke, at hun var i stand til at imødekomme kravene, da hun havde brug for pauser for ikke at blive udrættet. Hun forespurgte derfor sin arbejdsgiver, om det var muligt for hende fortsat at lægge forberedelsestiden hjemme og alternativt om yderligere nedsættelse af arbejdstiden til 13 timer pr. uge. Arbejdsgiveren afviste As forslag. A blev sygemeldt og derefter afskediget. Nævnet vurderede, at A havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Arbejdsgiveren havde ikke godtgjort, at det ville påføre skolen en uforholdsmæssig stor byrde fortsat at lade A forberede sig hjemme, da skolen kunne fravige arbejdstidsreglerne. A var støttelærer og ikke den primære lærer for en klasse. De foreslåede tilpasningsforanstaltninger ville derfor ikke betyde, at A ikke var kompetent, egnet eller disponibel til at varetage stillingen. A fik derfor medhold¹⁰⁶.

Efter 12 års ansættelse som pædagog i en SFO fik A konstateret leddegigt. På trods af, at arbejdet blev tilrettelagt, således at A kunne undgå fysisk belastende aktiviteter, havde A meget sygefravær. Efter to syge- og fastholdelsessamtaler samt en omsorgssamtale indstillede arbejdspladsen hende til afskedigelse. A havde fremlagt en plan for raskmelding med delvis opstart og efterfølgende arbejde på nedsat tid, men arbejdspladsen mente ikke, at det var foreneligt med arbejdet. Nævnet vurderede, at As gigtsygdom havde medført et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. På tidspunktet for afskedigelsen var en tilpasning af arbejdstiden ikke blevet afprøvet. Arbejdsgiveren havde ikke dokumenteret, at det ikke ville have været muligt, eller at det ville have udgjort en uforholdsmæssig stor byrde at lade A arbejde på nedsat tid. A fik derfor medhold¹⁰⁷.

I 2009 blev en sygeplejerske tilkendt et fleksjob på grund af kognitive følger efter en kræftdiagnose og behandlingen heraf. Sygeplejerskens ansættelse hos en kommune blev herefter ændret til en fleksjobansættelse. Fra den 21. januar 2016 og frem var hun sygemeldt med en belastningsreaktion med angstsymptomer, som var udløst af et møde mellem sygeplejersken og hendes afdelingsleder. Den 31. maj 2016 blev hun afskediget med henvisning til, at hun havde været sygemeldt siden den 21. januar 2016. Sygeplejerskens kognitive vanskeligheder udgjorde på afskedigelsestidspunktet et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, men nævnet vurderede, at sygeplejersken ikke havde sandsynliggjort, at hendes handicap var medvirkende årsag til den belastningsreaktion med angstsymptomer, som blev udløst af mødet med afdelingslederen. Hun fik derfor ikke medhold i sin klage¹⁰⁸.

A, der var ansat som hjemmevejleder i en kommune og tillidsmand, kom i 2012 ud for en arbejdsulykke. Arbejdsulykken medførte en diskusprolaps, og A blev sygemeldt af denne grund. Hun blev opereret flere gange, uden at dette medførte forbedringer, som gjorde hende i stand til at genoptage arbejdet. A blev opsagt, men ville gerne tilbage til arbejdspladsen. Hendes læge vurderede, at hun højst kunne arbejde tre timer ad gangen, to gange om ugen, hvilket ikke var foreneligt med driften på arbejdspladsen. A blev derfor afskediget. De lægelige oplysninger om As muligheder for tilbagevenden var meget vage og usikre. Arbejdsgiveren havde derfor opfyldt tilpasningsforpligtelsen¹⁰⁹.

105) 2015-6810-41909 (KEN 9638 af 26.4.2017).

106) 2015-6810-12027 (KEN 9136 af 27.2.2017).

107) 2014-6810-51796 (KEN 9100 af 16.2.2017).

108) 2016-6810-36718 (KEN 9632 af 5.4.2017).

109) 2015-6810-03771 (KEN 9383 af 8.2.2017).

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



En mand A med cerebral parese søgte en praktikplads som IT-supporterelev ved en undervisningsinstitution. Han søgte stillingen med fortrinsadgang. Han blev indkaldt til samtale, men fik afslag med henvisning til sin funktionsnedsættelse. Der var derfor skabt en formodning for forskelsbehandling. Undervisningsinstitutionen havde ikke i begrundelsen for afslaget foretaget en konkret vurdering af, om det med relevante tilpasningsforanstaltninger – for eksempel i form af personlig assistance eller ved ændring af arbejdsmonstre eller opgavefordeling – havde været muligt at ansætte A. Institutionen var heller ikke indgået i en forhandling med jobcenteret med henblik på at afklare mulighederne for kompenserende ordninger. Institutionen havde derfor ikke løftet bevisbyrden for, at det ville have været en uforholdsmæssig stor byrde at ansætte A, eller at A uanset tilpasninger ikke var kompetent, egnede og disponibel til at varetage de væsentligste funktioner i den pågældende stilling. A fik medhold¹¹⁰.

En mand søgte en stilling som IT-supporterelev i en kommune med fortrinsret for handicappede i erhverv. Manden havde dårlig håndfunktion og svære problemer med håndmotorikken. Manden fik afslag på sin ansøgning uden at være indkaldt til samtale, da ansættelsesudvalget ikke havde været bekendt med reglerne om fortrinsadgang. Efter klagen til Ligebehandlingsnævnet blev han indkaldt til samtale. Det var kommunens vurdering, at manden ikke ville kunne bestride jobbet, ligesom han ikke havde de nødvendige sociale kompetencer. Nævnet vurderede, at manden havde et handicap. Manden havde ikke påvist faktiske omstændigheder, der tydede på forskelsbehandling i forbindelse med, at han i første omgang ikke blev indkaldt til samtale. Han havde påvist faktiske omstændigheder, der tydede på forskelsbehandling i forbindelse med, at han efter samtalerne ikke blev tilbudt ansættelse. Nævnet fandt dog ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens vurdering af, at der ikke var egnede tilpasningsforanstaltninger¹¹¹.

En mand blev i 2013 ansat i en kommune i et fleksjob på grund af rygproblemer. Der var aftalt skånehensyn i form af nedsat arbejdstid til 15 effektive arbejdstimer ugentligt, vekslende arbejdsstillinger, ingen tunge løft og for mange buk. Den 14. januar 2016 varslede kommunen manden om ændring af hans arbejdstid fra 15 timer ugentligt til fem timer ugentligt begrundet i hans sygefravær de seneste 12 måneder. Han valgte ikke at acceptere ændringen og blev derefter afskediget. Nævnet vurderede, at manden på afskedigelsestidspunktet havde et handicap i lovens forstand, og at kommunen havde kendskab til handicapet. I den 12 måneders periode, som lå umiddelbart forud for afskedigelsen, var manden sygemeldt i næsten halvdelen af arbejdsdagene. Inden kommunen afskedigede ham, tilbød de ham som led i deres tilpasningsforpligtelse en nedsættelse af arbejdstid fra 15 timer til fem timer ugentligt. Nævnet vurderede derfor, at kommunen, der løbende havde foretaget andre skånehensyn, ved ændringen af hans arbejdstid havde opfyldt sin tilpasningsforpligtelse. Han var således på grund af sygefravær ikke disponibel i forhold til den arbejdstid, som han fastholdt, og afskedigelsen af ham var derfor ikke i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap. Han fik derfor ikke medhold i klagen¹¹².

En ordblind lærer blev afskediget på grund af sygefravær. Da læreren havde behov for hjælpemidler for fuldt og effektivt at kunne deltage i arbejdslivet på lige fod med andre arbejdstagere, havde han et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Læreren sygefravær var i alt fald til dels knyttet til det forhold, at han ikke kunne få stillet en bærbar computer med ordblindeprogrammer til rådighed, så han med sit handicap kunne varetage sit arbejde, hvilket arbejdsgiveren var bekendt med inden afskedigelsen. Nævnet vurderede, at arbejdsgiveren ikke havde bevist, at hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger i tilstrækkeligt omfang var undersøgt og afprøvet forud for afskedigelsen, herunder havde arbejdsgiveren ikke indgået en dialog med læreren herom. Det var uafprøvet, om læreren ville kunne varetage sit arbejde, hvis han fik stillet en bærbar computer til rådighed. Læreren fik derfor medhold¹¹³.

110) 2017-6810-02304 (KEN 9947 af 15.8.2017.)

111) 2016-6810-31695 (KEN 9630 af 5.4.2016.)

112) 2016-6810-36290 (KEN 9808 af 28.6.2017.)

113) 2016-6810-16894 (KEN 9505 af 15.3.2017.)

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)

8.2. KRAV OM, AT ARBEJDSTAGEREN SKAL VÆRE KOMPETENT, EGNET OG DISPONIBEL

Tilpasningsforpligtelsen betyder ikke, at arbejdsgiver er forpligtet til at ansætte, forfremme eller undlade at afskedige en person, der ikke er kompetent, egned eller disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med en stilling¹¹⁴.

Følgende eksempler kan belyse vurderingen af kompetence og egnethed:

- LBN** *Handicap var konstateret, og arbejdsgiveren var bekendt hermed, men A kunne uanset eventuelle tilpasningsforanstaltninger ikke udføre sit arbejde som portør¹¹⁵.*
- Uspecificeret belastningsreaktion udgjorde et handicap, som arbejdsgiveren kendte, men tilpasningsforanstaltninger var ikke mulige¹¹⁶.*
- En ordblind døgnpædagog blev afskediget efter fire måneders ansættelse ved et botilbud. Afskedigelsen var begrundet med, at arbejdsgiveren ikke var tilfreds med døgnpædagogens præstationer, hvilket der havde været en dialog omkring i løbet af prøveperioden. Dette var også årsag til, at prøveperioden blev forlænget ud over de første tre måneders ansættelse. Nævnet vurderede, at døgnpædagogens ordblindhed var et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, men pædagogen var trods relevante tilpasninger fra virksomhedens side ikke kompetent, egned og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med stillingen. Døgnpædagogen fik derfor ikke medhold¹¹⁷.*
- En pædagog med hørenedsættelse blev afskediget med henvisning til sit sygefravær, som primært var en følge af nedsat hørelse og forhøjet lydfølsomhed mv. Nævnet vurderede, at pædagogen havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Der blev på arbejdspladsen løbende og gennem en længere periode iværksat tiltag af hensyn til pædagogens hørehandicap og hendes omfattende sygefravær. Der var imidlertid ingen udsigt til progression i det ugentlige timetal frem til opsigelsen. Nævnet vurderede, at yderligere tilpasning – ud over de tilpasninger, som arbejdsgiveren allerede havde foretaget – ikke kunne have ført til, at pædagogen ville være kompetent, egned og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner. Pædagogen fik derfor ikke medhold¹¹⁸.*

Handicap på grund af hjerneskade konstateret, men arbejdsgiveren havde dokumenteret, at der ikke var tilstrækkelige arbejdsopgaver, som A kunne udføre. Yderligere tilpasningsforanstaltninger var således ikke mulige¹¹⁹.

Gigt udgjorde et handicap, som arbejdsgiveren havde imødekommet med nedsat arbejdstid i fleksjob og accept af omfattende sygefravær, men det var ikke længere muligt at finde passende arbejdsopgaver¹²⁰.

A havde et handicap som følge af slidgigt. Arbejdsgiveren havde ikke arbejdsopgaver som social- og sundhedshjælper, som A kunne bestride, så tilpasning var ikke mulig¹²¹.

Handicap forårsaget af trafikulykke konstateret. A havde på afskedigelsestidspunktet ikke den psykiske og fysiske robusthed, som var nødvendig for at udføre arbejdsopgaverne, og tilpasningsforanstaltninger kunne ikke afhjælpe dette¹²².

En specialist med driftsopgaver på et hospital blev afskediget med den begrundelse, at hendes sygdom ikke var forenelig med afdelingens drift i forhold til arbejdstilrettelæggelsen og arbejdsudførelsen. Specialisten havde en skade på halshvirvelsøjlen, som bl.a. medførte, at hun forud for afskedigelsen havde arbejdet på nedsat tid. Nævnet vurderede, at specialisten havde et handicap, men at der ikke var udsigt til, at hun kunne varetage sine tidligere opgaver, og at regionen havde opfyldt sin forpligtelse til i rimeligt omfang at foretage tilpasninger af hensyn til hendes handicap. Regionens tilrettelæggelse af arbejdet hvilede på saglige hensyn, og det var ikke muligt at tilbyde A en deltidsstilling i den oprindelige funktion af hensyn til opgavetypens karakter. A fik derfor ikke medhold¹²³.

114) Se Agnete L. Andersen et al., Ligestillingslovene – kommenteret, bind 1, Djøf 2015, s. 131.

115) 2015-6810-06077.

116) 2015-6810-02715.

117) 2015-6810-47216 (KEN 10099 af 24.8.2016).

118) 2015-6810-0860 (KEN 10090 af 17.8.2016).

119) 2014-6810-59390.

120) 2014-6810-67293.

121) 2014-6810-33302.

122) 2014-6810-21129.

123) 2015-6810-01541 (KEN 10081 af 10.8.2016).

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)

- 124) 2016-6810-22144 (KEN 9787 af 7.6. 2017).
- 125) 2015-6810-55649 (KEN 9152 27.2.2017).
- 126) 2016-6810-13930 KEN 9501 af 15.3.2017).

En erhvervsassurandør fik i november 2014 en diskusprolaps i lænderyggen. Han blev opereret i foråret 2015, og i september samme år blev han afskediget med henvisning til sit langvarige sygefravær. På afskedigelsestidspunktet kunne erhvervsassurandøren arbejde tre timer dagligt. Der kunne ikke gives en prognose for sygdommen. Nævnet vurderede, at erhvervsassurandøren havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Spørgsmålet om arbejdsgiverens tilpasningsforpligtelse blev afgjort ved dissens. To medlemmer vurderede, at uanset at arbejdsgiveren ikke undersøgte mulighederne for arbejde på nedsat tid, var erhvervsassurandøren på afskedigelsestidspunktet ikke kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i sin stilling, og at dette ikke ville ændre sig inden for rimelig tid. Arbejdsgiveren havde derfor ikke pligt til at afvente yderligere afklaring af assurandørens helbreds-tilstand, inden de skred til afskedigelse. Der blev truffet afgørelse efter stemmeflertallet. Erhvervsassurandøren fik derfor ikke medhold i klagen¹²⁴.

En serviceassistent på et hospital havde i en række år haft smerter i armene. Hun havde 42 fraværsgange fra maj til december 2014 og blev i forbindelse med en skulderoperation i januar 2015 langtids-sygemeldt. Et journalnotat fra april 2015 beskrev, at hun tidligst skulle vurderes med hensyn til en prognose efter cirka tre måneder, og at der kunne gå op til et år inden fuldstændig afklaring. Service-assistenten blev afskediget i slutningen af maj 2015 på grund af sit fravær. Serviceassistenten havde et handicap i lovens forstand, men på baggrund af journalnotatet fra april 2015 var det bevist, at hun på afskedigelsestidspunktet ikke var kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i stillingen, og at dette ikke ville ændre sig inden for rimelig tid. Hospitalet havde derfor ikke pligt til at afvente afklaringen af hendes helbreds-tilstand, inden de skred til afskedigelse. Serviceassistenten fik derfor ikke medhold¹²⁵.

En pædagog på en socialpsykiatrisk institution for voksne blev afskediget, fordi hun på grund af sin skulderlidelse ikke længere kunne arbejde med udadreagerende patienter. Nævnet vurderede, at der var tale om et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand. Forud for afskedigelsen havde institutionen i en periode overflyttet pædagogen til administrative opgaver for at skåne hende for de skulderbelastende opgaver som pædagog. Parterne var enige om, at pædagogen ikke fremadrettet ville kunne udføre de pædagogiske opgaver. Nævnet vurderede herefter, at pædagogen ikke længere var egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner med pleje af fysisk udadreagerende patienter, som stillingen krævede. Institutionen havde derfor løftet bevisbyrden for, at tilpasningsforpligtelsen var opfyldt. Pædagogen fik derfor ikke medhold¹²⁶.



8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



8.3. RIMELIGHEDSKRAVET

De tilpasningsforanstaltninger, som arbejdsgiver er forpligtet til at iværksætte – både i forbindelse med ansættelse og under ansættelsen – skal være rimelige. Tilpasningsforanstaltningerne må således ikke påføre arbejdsgiveren en uforholdsmæssig stor byrde.

Om foranstaltningerne er passende kan vurderes ud fra, om de effektivt og praktisk opfylder de behov, som arbejdstageren med handicap har, og om de giver anledning til finansielle og andre omkostninger, som står i et rimeligt forhold til deres egnethed til at nedbryde en barriere.

Vurderingen af, om en iværksat tilpasning er rimelig, eller om undladelse heraf er berettiget på grund af uforholdsmæssige omkostninger, skal vurderes konkret. I vurderingen heraf kan indgå den sammenhæng, som tilpasningen skal gennemføres i, og hvordan den medvirker til at opfylde kravet om adgang til arbejdsmarkedet for personer med handicap. Hertil knytter sig en proportionalitetsvurdering af, om midlet passer til den kompetence og erfaring, som arbejdstageren med handicap har, og om midlet kan medvirke til, at han eller hun kan udfylde den arbejdsmæssige funktion. Det kan også indgå, om tilpasningsforanstaltningen modsvarer en rimelig forventning til offentlige og private organisationers indsats for at inkludere personer med handicap på arbejdsmarkedet¹²⁷.

I sagen fra 2016, der angik afskedigelsen af en byplanlægger, fandt Højesteret, at kommunen som arbejdsgiver ikke havde pligt til at tilbyde en arbejdstager med handicap en deltidsstilling, jf. UfR2016.2463H (refereret i afsnit 8.1.).

127) Se mindretalsudtalelse i FN's Komité for handicappede personers rettigheder, sag 5/2011 af 14. november 2014.

128) 16.11.2016 Ø.L.B-255-15.

129) 19.1.2017 Ø.L.B-23-16.

130) DJØF for E mod Finansministeriet, Moderniseringsstyrelsen for Skatteministeriet, opmandskendelse af 27. oktober 2014, sag FV2013.0071, opmand højesteretsdommer Jytte Scharling.

Følgende eksempler kan belyse den rimelighedsvurdering, der skal foretages:

LR Efter bevisførelsen for landsretten fandtes det godtgjort, at As lidelse efter en ulykke var at betragte som et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, og at kommunen som arbejdsgiver var vidende herom. Landsretten tiltrådte, at As rettigheder efter forskelsbehandlingslovens § 2a, jf. § 2, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 og 3, blev krænkede¹²⁸.

Der var enighed mellem parterne om, at As lidelse var omfattet af handicapbegrebet. Landsretten fandt efter en bedømmelse af As arbejdsopgaver og -forhold, begrundelsen for opsigelsen og virksomhedens manglende undersøgelser eller overvejelser om, hvorvidt A kunne omplaceres, tilføres nye opgaver eller på anden vis fortsat kunne være ansat, at A havde påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til at formode, at der var sket forskelsbehandling på grund af hendes handicap. Det påhvilede herefter virksomheden at bevise, at der ikke var sket forskelsbehandling. Landsretten fandt det godtgjort, at virksomheden ikke havde undersøgt, om A kunne omplaceres eller tilføres nye opgaver, således at hun kunne fortsætte som ansat i virksomheden, der var i vækst. As handicap indebar, at hun kun kunne arbejde på deltid og blev syg, hvis hun arbejdede for meget¹²⁹.

AP Sagen angik, om der i forbindelse med Skatteministeriets afskedigelsesrunde af 120 ansatte i 2012 skete overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med afskedigelsen af E. E var ansat i region Nordsjælland og blev afskediget med henvisning til, at der, selv når der blev taget hensyn til hendes helbred, ikke var sammenhæng mellem hendes indsats og kvaliteten heraf og den løn, hun modtog. E fik konstateret slidgigt i nakken i 2008 og havde kroniske smerter. Hun var også ude for et fald i isføre samt et forløb med depression. Hendes tilstand førte til indgåelse af en § 56-aftale. Opmanden fandt, at Es nakke- og skulderlidelse udgjorde et handicap.

Efter bevisførelsen lagde opmanden til grund, at ministeriet havde truffet hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, og at afskedigelsen derfor ikke var begrundet i E's handicap. Overenskomsten var heller ikke overtrådt ved ministeriets skøn over, hvem der bedst kunne undværes. Ministeriet blev således frifundet¹³⁰.

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



LBN

En virksomhedskonsulent med knægener blev afskediget efter flere sygeperioder. Det var fra lægelig side vurderet, at der var tale om en permanent nedsat arbejdsfunktion. Konsulenten havde derfor behov for kun at arbejde 16 timer om ugen. Nævnet fandt på baggrund af virksomhedens oplysninger om arbejdets organisering, at det ville være uforholdsmæssigt byrdefuldt at lade konsulenten fortsætte 16 timer om ugen¹³¹.

Der var tale om en langvarig begrænsning i As mulighed for at deltage fuldt og effektivt i arbejdslivet, og der var således konstateret et handicap. Arbejdsgiveren havde i rimeligt omfang tilbudt hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, så A kunne arbejde som elektriker, men arbejdsgiveren kunne ikke honorere behovet for skemalagte arbejdsdage med lavt stressniveau¹³².

Handicap var konstateret på grund af nakkesmerter som følge af piskesmæld. Arbejdsgiveren havde to gange nedsat As arbejdstid. Yderligere tilpasningsforanstaltninger ville være en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren¹³³.

As indeklimalrelaterede sygdom var på tidspunktet for afskedigelsen til hinder for, at han fuldt og effektivt kunne deltage i arbejdslivet på lige vilkår med andre arbejdstagere. A havde således et handicap, som arbejdsgiveren burde være bekendt med, fordi arbejdsgiveren gennem flere år havde medvirket til at placere A i lokaler, hvor han kunne opholde sig. Indklagede havde i rimeligt omfang tilbudt hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger. En ændret struktur for skolen hvilede på saglige hensyn, selv om A kun i begrænset omfang kunne opholde sig i lokalerne¹³⁴.

En social- og sundhedsassistent fik en psykisk erhvervs sygdom som følge af sit arbejde på en lukket psykiatrisk afdeling med psykotiske patienter. Hun blev langtidssygemeldt i september 2013. Hun vendte tilbage til arbejdet i februar 2014, hvor hun blev midlertidigt omplaceret til en mindre psykisk belastende åben afdeling. Hun varetog dette arbejde på tilfredsstillende vis med de skånehensyn, at hun havde nedsat arbejdstid og ikke skulle løbe til alarm. I sommeren 2014 blev hun afskediget. Social- og sundhedsassistenten havde på afskedigelsestidspunktet et handicap, og hospitalet var vidende herom.

Hospitalet havde ikke i tilstrækkeligt omfang undersøgt eller afprøvet mulige hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, herunder ved at involvere kommunens fastholdelsesteam eller ved at undersøge mulighederne for en deltidsansættelse nærmere, inden de afskedigede hende. Hospitalet havde derfor ikke afklaret, om det ville have været muligt at fastholde hende i beskæftigelse. Hun fik derfor medhold¹³⁵.

A arbejdede i fleksjob som bogholder med en arbejdstid på 15 timer om ugen. Arbejdsgiveren imødekam en række skånebehov for A. A blev sygemeldt i april 2015 efter at have nævnt nye skånebehov, bl.a. behov for eget rum. Arbejdsgiveren kunne ikke imødekomme disse skånehensyn, og A blev derfor opsagt. Det var ikke muligt at indrette et kontor til A i arbejdsgiverens lejemål. Arbejdsgiveren havde derfor ikke tilsidesat sine tilpasningsforpligtelser. A fik derfor ikke medhold¹³⁶.

En faglærer med en rygskade blev afskediget fra sin stilling ved et AMU-center, da han ved flere lejligheder havde afbrudt undervisningen og ladet kursisterne gå hjem før tid uden, at der var uopsættelige grunde dertil. Faglæreren havde som følge af sine rygggener problemer med at gennemføre en fuld dags undervisning, hvilket var et krav fra AMU-centret. Nævnet vurderede, at faglærerens rygggener udgjorde et handicap, og at AMU-centret ikke i tilstrækkelig grad havde undersøgt mulighederne for at løse faglærerens problemer gennem hensigtsmæssige foranstaltninger. Faglæreren fik derfor medhold¹³⁷.

En social- og sundhedsassistent søgte tre stillinger i en kommune. Han gjorde opmærksom på, at han ønskede at benytte sig af sin fortrinnsret til ledige stillinger. Han blev ikke indkaldt til samtale. Uanset et eventuelt handicap fandt nævnet, at social- og sundhedsassistenten ikke havde påvist faktiske omstændigheder, der gav anledning til en formodning om forskelsbehandling, da der ikke var noget, der tydede på, at et muligt handicap var inddraget i ansættelsesprocesserne. Social- og sundhedsassistenten fik derfor ikke medhold¹³⁸.

131) 2014-6810-51901.

132) 2014-6810-36099.

133) 2014-6810-62277.

134) 2014-6810-44783.

135) 2016-6810-26647 (KEN 9629 af 5.4.2017).

136) 2015-6810-59249 (KEN 9169 af 27.2.2017).

137) 2016-6810-05522 (KEN 9157 af 27.2.2017).

138) 2015-6810-10238 (KEN 10110 af 7.9.2017).

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



139) Se direktivets betragtning 20.

140) Se Agnete L. Andersen et al.,
Ligestillingslovene – kommenteret,
bind 1, Djøf 2015, s. 129.



8.4. TILPASNINGSFORANSTALTNINGERS KARAKTER

De tilpasningsforanstaltninger, som en arbejdsgiver er forpligtet til at gennemføre, må fastlægges ud fra en konkret vurdering. Heri kan indgå virksomhedens eller organisationens størrelse og karakter samt dens placering og fleksibilitet i forhold til opgavetyper og arbejdsfunktioner. Som udgangspunkt må der stilles større krav til en stor offentlig arbejdsplads eller virksomhed end til en lille eller mellemstor virksomhed, jf. beskæftigelsesdirektivets betragtning 21.

Tilpasningsforanstaltningerne kan omfatte materielle og organisatoriske forhold. Direktivet indeholder en række eksempler på sådanne tilpasninger. Af direktivets betragtning 20 og 21 fremgår følgende:

§

(20) *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.*

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

I det følgende beskrives og illustreres eksempler på forskellige tilpasningsforanstaltninger:

Fysiske ændringer

Begrænsninger som følge af et handicap kan være knyttet til fysiske barrierer som den fysiske indretning af lokaler og kontorer. Der kan være behov for fx tilpasning af elevatorer til personer med synsnedsettelse ved hjælp af stemmeangivelse af etagen, etablering af toiletforhold for kørestolsbrugere eller tilpasning af skrivebord og -stol til en person med kronisk ryglidelse.

Det beror på en konkret vurdering, om tilpasningsforanstaltningen i det konkrete tilfælde er passende, dvs. effektiv og praktisk¹³⁹. Tilgængelighed til bygninger, fx via ramper, vil arbejdsgiveren som udgangspunkt være forpligtet til at sikre¹⁴⁰.

Tilpasning af udstyr

Der kan være behov for at tilpasse det udstyr, der anvendes til opgaveløsningen, hvis en arbejdstager har en funktionsnedsettelse. Det kan være fx tilpasning af køkkenredskaber til en person med leddegigt eller teknisk udstyr og software til ordblinde eller svagtseende personer. IT og digitalisering har gjort det muligt at tilpasse computere og smartphones til en række forskellige handicap og kan derfor forholdsvis let integreres i en tilpasningsforanstaltning fx i form af højtælningsskærm og tale-til-skrive-funktion.

Organisatoriske ændringer

Nogle barrierer vil kunne fjernes ved at ændre på opgavefordeling og/eller på tilrettelæggelsen af opgaver, på sammensætning af teams eller ved tilknytning af mentor eller assistent til arbejdstageren med handicap. Ændringer kan også foretages i arbejdstimer, -tempo eller -rytme.

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)

Følgende praksis kan belyse spørgsmålet om mulige organisatoriske ændringer:

LBN

Arbejdsgiveren kendte til As hørehandicap og de begrænsninger, det medførte. Arbejdsgiveren var herefter forpligtet til at træffe de foranstaltninger, der var hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give A mulighed for fortsat at udøve sin beskæftigelse, medmindre arbejdsgiveren derved blev pålagt en uforholdsmæssig stor byrde. Under sin første sygemelding fra september 2015 til udgangen af februar 2016 havde A en løbende dialog med arbejdsgiveren om tilbagevenden til arbejdet.

141) 2016-6810-62084 af 1.11.2017.

142) 2017-6810-00442 af 1.11.2017.



A levede ikke op til arbejdsgiverens forventninger til opgaveløsning, og han blev derfor indkaldt til en tjenstlig samtale, der blev afholdt den 16. juni 2016. A tilkendegav ifølge journalnotat af 24. juni 2016 over for sin læge, at han ikke kunne klare arbejdet med de krav, der nu blev stillet. A havde foruden sit hørehandicap også stresssymptomer, og kort forinden afskedigelsen blev han diagnosticeret med depression. Nævnet vurderede efter det samlede forløb, at arbejdsgiveren ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at A på afskedigelsestidspunktet ikke var kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i sin stilling som lærer. Nævnet lagde vægt på, at arbejdsgiveren tidligt i forløbet efter As første sygemelding ikke længere var indstillet på at tilpasse As arbejdsopgaver i overensstemmelse med hans skånebehov. A fik derfor ikke medhold i klagen¹⁴¹.

A blev afskediget på grund af de driftsmæssige omstændigheder, der var forbundet med hans fravær. As fravær op til afskedigelsen skyldtes efter de foreliggende oplysninger dels en nyopstået problematik i venstre fod (hælspe) og dels en forværring af hans mangeårige ryggener, bl.a. fordi han havde fået tildelt kørselsopgaver, som medførte tunge løft. Fraværet var således i hvert fald delvist begrundet i As handicap. A havde derfor påvist faktiske omstændigheder, der tydede på, at han var blevet forskelsbehandlet på grund af sit handicap. Arbejdsgiveren kendte til As handicap og de begrænsninger, det medførte. Arbejdsgiveren var herefter forpligtet til at træffe de foranstaltninger, der var hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov for at give A mulighed for fortsat at udøve sin beskæftigelse, medmindre arbejdsgiveren derved blev pålagt en uforholdsmæssig stor byrde, som ikke i tilstrækkeligt omfang kunne lettes gennem offentlige foranstaltninger. A var sygemeldt fra den 18. marts 2016 og frem til afskedigelsen den 11. maj 2016. Nævnet fandt, at arbejdsgiveren ikke i tilstrækkelig grad havde bevist, at A uanset hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, herunder nedsat tid, ikke var kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i sin stilling. Nævnet bemærkede i den forbindelse, at perioden fra sygemeldingen den 18. marts 2016 til afskedigelsen den 11. maj 2016 var ganske kortvarig. Opsigelsen af A var herefter i strid med forskelsbehandlingsloven, og A fik derfor medhold i klagen¹⁴².

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



Nedsættelse af arbejdstid

I Ring og Werge-sagen fra 2013 blev det fastslået, at nedsættelse af arbejdstid kan udgøre en tilpasningsforanstaltning, men EU-Domstolen overlod det til de nationale domstole at vurdere, om en sådan løsning i det konkrete tilfælde var forbundet med en uforholdsmæssig stor byrde for arbejdsgiveren¹⁴³.

Andre tiltag i relation til arbejdstid kan omfatte mulighed for at arbejde hjemme, fleksibilitet i forhold til det tidsrum, som arbejdet udføres i, adgang til pauser og til stillerum.

Ud over afgørelsen fra Højesteret fra 2016, der er refereret i afsnit 8.1.1⁴⁴, kan følgende eksempler belyse spørgsmålet om nedsat tid som tilpasningsforpligtelse:

LR

F havde i en årrække været ansat i en kommunes sundhedscenter. Under ansættelsen begyndte F at få gener af sin nyrelidelse, der gav sig udslag i ekstrem træthed. F blev opsagt. Parterne var under sagen enige om, at F havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand på opsigelsestidspunktet. F var blevet tilbudt beskæftigelse 18 timer om ugen, hvilket var det, som F kunne klare, på en af kommunens andre arbejdspladser, men F havde sagt nej til dette tilbud. F fik ikke medhold, idet en ugentlig arbejdstid på 18 timer ikke ville være tilstrækkelig i det hidtidige job. Der var behov for mindst 25 timer om ugen¹⁴⁵.

AP

Opmanden fandt, at en behandlingskrævende depression var omfattet af direktivets handicapbegreb. A arbejdede på opsigelsestidspunktet som receptionist, og der var tilfredshed med denne indsats. Opmanden lagde til grund, at opsigelsen ikke var udløst af en væsentlig tjenesteforørelse eller tilsidesættelse af arbejdsforpligtelsen, men at den blev udløst af en anmodning fra A om at få forlænget en deltidssygemelding med nedsættelse af hendes arbejdstid fra 25 til 20 timer. Det blev lagt til grund, at dette ønske havde sammenhæng med As handicap, og at dette var arbejdsgiveren bekendt. A var med de fornødne tilpasninger kompetent, egnet og disponibel til fortsat at bestride de væsentlige funktioner i stillingen. Opmanden gav A medhold¹⁴⁶.

Omplacering

Omplacering kan i visse tilfælde – på samme måde som deltid kan være en tilpasningsforanstaltning – være en hensigtsmæssig og rimelig tilpasningsforanstaltning for en medarbejder, der i løbet af sin ansættelse får et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand.

Det må bero på en konkret vurdering, i hvilket omfang en arbejdsgiver er forpligtet til at omplacere en arbejdstager med handicap.

Der er efter retspraksis ikke grundlag for at fastslå, at arbejdsgiveren har en forpligtelse til at omplacere en arbejdstager med handicap i anden stilling, men det må antages, at arbejdsgiveren har pligt til at undersøge, om der er andre arbejdsopgaver, som arbejdstageren med handicap kan varetage på det arbejdssted, hvor arbejdstageren er ansat¹⁴⁷.

Hvis en arbejdsgiver har forsøgt at omplacere en arbejdstager med handicap i en anden stilling, må det kunne tillægges positiv vægt ved vurderingen af, om arbejdsgiveren har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, da det indikerer noget om arbejdsgiverens vilje til og ønske om at bevare arbejdstageren i beskæftigelse.

Støtte og personlig assistance

Der findes forskellige former for offentlige støtteordninger til arbejdstagere med handicap, herunder bl.a. personlig assistance. Den personlige hjælper ansættes af arbejdstageren med handicap og får tilskud af det offentlige til dækning af løn mv. Hjælperen bistår arbejdstageren med handicap med at løse arbejdsopgaver og personlige nødvendigheder.

Fra nævnspraksis kan nævnes følgende eksempel:

LBN

A, der var ansat i et fleksjob, havde et synshandicap. Arbejdsgiveren havde ikke forud for afskedigelsen af A imødekommet As behov for tilpasningsforanstaltninger, fx i form af en personlig assistent¹⁴⁸.

143) Se afgørelsens præmis 93.

144) Se Højesterets afgørelse af 13. april 2016, UfR2016.2463H.

145) UfR2016.384V af 14.9.2015 i V.L.B-1333-14.

146) CO-industri for HK Privat for A mod DI Overenskomst I v/DI for Orbicon A/S, tilkendegivelse af 16. juni 2015, sag FV2014.0132, opmand højesteretsdommer Lene Pagter Kristensen

147) Se bl.a. Højesterets afgørelse af 11. august 2015 (UfR2015.3827H).

148) 2014-6810-31566.

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



8.5. INITIATIVET TIL TILPASNING

Initiativet til tilpasning ligger som udgangspunkt hos arbejdsgiveren. Hvis arbejdstagerens tilstand som følge af fx ulykke eller sygdom medfører et handicap, skal arbejdsgiveren overveje behovet for at tilpasse arbejdspladsen med henblik på, at arbejdstageren får mulighed for fortsat at bestride sin stilling med de relevante tilpasningsforanstaltninger. Relevante tilpasningsforanstaltninger kan efter omstændighederne også omfatte en ændring af arbejdsopgaverne i stillingen eller en egentlig omstrukturering af stillingen. Ved vurderingen af, om en arbejdstager er kompetent, egnet eller disponibel i forhold til at bestride stillingen, har det betydning, om han eller hun i kraft af tilpasningsforanstaltninger kan blive kompetent, egnet eller disponibel hertil¹⁴⁹.

Der påhviler formentlig arbejdsgiveren og arbejdstageren med handicap et fælles ansvar for at identificere begrænsninger og mulige tilpasningsforanstaltninger, herunder at afprøve forskellige foranstaltninger, hvilket kræver fleksibilitet hos begge parter.

I en sag fra Højesteret fra 2015 om opsigelse på grund af sygdomsbetinget handicap havde arbejdsgiveren ikke overvejet den tilpasningsmulighed, som arbejdstageren havde peget på. Højesteret påpegede, at arbejdstageren selv havde peget på muligheden for at give hende stillingen som leder af postafdelingen i kombination med administrative opgaver. Arbejdsgiveren havde ikke overvejet denne mulighed, og da bevisførelsen i øvrigt viste, at det kunne være muligt at omstrukturere arbejdsgangene, fandt Højesteret, at arbejdsgiveren ikke havde godtgjort, at de nævnte muligheder ikke kunne være tilbudt medarbejderen som hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger, eller at de ville medføre en uforholdsmæssigt stor byrde¹⁵⁰.

8.6. KONSEKVENSNEDSÆTTELSE VED MANGLENDE OPFYLDELSE AF TILPASNINGSFORPLIGTELSE

Beskyttelsen mod forskelsbehandling på grund af handicap gælder ikke kun i de situationer, hvor funktionsnedsættelsen har betydning for arbejdstagerens udførelse af det konkrete arbejde, men også når arbejdstageren på grund af funktionsnedsættelsen har et konkret behov for, at arbejdspladsen bliver tilpasset vedkommendes behov¹⁵¹.

Tilpasningsbehovet kan være beskrevet i en fleksjobaftale. En fleksjobaftale indeholder ofte oplysninger om arbejdstagerens skånehensyn, fx at en arbejdstager med ryggener ikke kan udføre tunge løft, eller at en arbejdstager med hørenedsættelse ikke kan arbejde i støjfyldte rum. Hvis arbejdsgiveren ikke imødekommer de skånehensyn, der fremgår af aftalen, vil der som udgangspunkt være tale om manglende rimelig tilpasning.

Kravet om rimelig tilpasning udgør en del af det negative forbud mod diskrimination, og undladelse af at foretage rimelig tilpasning udgør således i sig selv diskrimination på grund af handicap¹⁵².

En arbejdsgiver, der behandler en arbejdstager med handicap negativt på grund af funktionsnedsættelsen, vil overtræde forbuddet mod diskrimination, hvis arbejdsgiveren kunne have været tilbudt rimelig tilpasning.

Manglende tilpasning har ikke konsekvenser for arbejdsgiveren, hvis yderligere tilpasning ikke er mulig, eller hvis de tilpasningsforanstaltninger, der er egnede til at kompensere for arbejdstagerens begrænsende funktionsnedsættelse, udgør en uforholdsmæssigt stor byrde for arbejdsgiveren.

149) Se Personer med handicap på arbejdsmarkedet – analyse, Institut for Menneskerettigheder, 2016, s. 15.

150) Højesterets afgørelse af 11. august 2015, UFR2015.3827H.

151) Se Vejledning om forskelsbehandlingsloven, VEJ nr. 9237 af 06/01/2006 offentliggjort d. 26/04/2006, afsnit 4.

152) Se Personer med handicap på arbejdsmarkedet – analyse, Institut for Menneskerettigheder, 2016, s. 13.

8. Kravet om rimelig tilpasning (fortsat)



Følgende eksempler kan belyse spørgsmålet om manglende opfyldelse af tilpasningsforpligtelsen:

- LBN** *As sygefravær på grund af piskesmældslæsioner og hjernerystelse var langvarigt nok til at udgøre et handicap, og arbejdsgiveren havde ikke dokumenteret, at det var en uforholdsmæssig stor byrde at lade A arbejde fx ved nedsat arbejdstid i en længere periode¹⁵³.*
- Sygdomsforløbet med infektion, depression, angst og PTSD var omfattende nok til at udgøre et handicap, hvilket arbejdsgiveren burde være klar over. Tilpasningsforanstaltninger var ikke forsøgt, og A fik medhold¹⁵⁴.*
- Ryg- og nakkegener udgjorde et handicap, og arbejdsgiveren havde indtil afskedigelsestidspunktet imødekommet As skånebehov. Arbejdsgiveren havde ikke dokumenteret, at A bedst kunne undværes, og at der ikke fortsat var arbejdsopgaver til A¹⁵⁵.*
- Multipel sklerose blev betragtet som et handicap, fra diagnosen blev stillet. Afskedigelsen blev begrundet i fortløbende sygefravær, og tilpasning var ikke overvejet. A fik derfor medhold¹⁵⁶.*
- Handicap på grund af systemisk lupus konstateret, hvilket arbejdsgiveren var bekendt med. Arbejdsgiveren ønskede ikke at imødekomme ønsket om nedsat arbejdstid som tilpasningsforanstaltning. A fik derfor medhold¹⁵⁷.*

153) 2014-6810-52079.
154) 2015-6810-07899.
155) 2014-6810-67111.
156) 2015-6810-19427.
157) 2014-6810-64030.



9. Den delte bevisbyrde



I sager om forskelsbehandling på grund af handicap gælder en regel om delt bevisbyrde.

Når en arbejdstager i en konkret sag indbringer en klage over handicap-diskrimination for en domstol eller en anden kompetent myndighed, skal arbejdstageren kunne påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er udøvet direkte eller indirekte forskelsbehandling på grund af handicap. Arbejdsgiveren skal herefter bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet tilsidesat i det konkrete tilfælde¹⁵⁸.

Med udgangspunkt i Højesterets praksis vil der i sager om forskelsbehandling på grund af handicap skulle tages stilling til følgende bevistemaer:

- 1) om arbejdstageren har et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven. Hvis arbejdstagerens tilstand har oprindelse i sygdom, skal arbejdstageren godtgøre, at sygdommen har ført til et handicap omfattet af forskelsbehandlingsloven¹⁵⁹,
- 2) om arbejdstageren har påvist faktiske omstændigheder, der tyder på, at han eller hun er blevet behandlet ringere end andre arbejdstagere på grund af handicap, jf. lovens § 7 a, og
- 3) om arbejdsgiveren kendte til eller burde kende til de omstændigheder omkring arbejdstagerens helbredsforhold og/eller tilstand, der har ført til, at han eller hun har et handicap i lovens forstand¹⁶⁰.

Det er op til arbejdsgiveren at bevise:

- A) at afskedigelsen, den manglende ansættelse mv. ikke var begrundet i arbejdstagerens handicap, og/eller
- B) at arbejdsgiveren har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse, herunder at der er overvejet/foretaget rimelige tilpasningsforanstaltninger med henblik på fastholdelse eller ansættelse af arbejdstageren, og/eller
- C) at arbejdstageren – uanset eventuelle tilpasningsforanstaltninger – ikke er kompetent, egnet eller disponibel til at udføre de væsentligste funktioner i forbindelse med stillingen.

Følgende eksempler fra praksis kan belyse bevisvurderingen:

AP *Opmanden fandt, at D havde et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, da hun blev afskediget, og at forløbet omkring afskedigelsen af D betød, at der var skabt formodning for diskrimination på grund af handicap. Da D ikke under ansættelsen havde modtaget advarsler eller lignende, og da der alene forelå oversigter over hendes produktivitet for perioden efter arbejdsulykken, fandt opmanden ikke, at arbejdsgiveren havde løftet sin bevisbyrde. D fik derfor medhold¹⁶¹.*

LBN *Hørenedsættelse anerkendt som handicap, men afskedigelsen blev vurderet som en nødvendig personalemæssig tilpasning¹⁶².*

A led af PTSD med nedsat funktionsevne. Tilstanden var af langvarig karakter og udgjorde et handicap. A kunne ikke flyttes til andre arbejdsopgaver, da As hidtidige arbejdsopgaver ophørte. Arbejdsgiveren havde løftet bevisbyrden for, at afskedigelsen var begrundet i besparelseshensyn og ikke i As handicap¹⁶³.

158) Se beskæftigelsesdirektivets art. 10.
159) Bl.a. UfR2018.830H og UfR2018.853H
160) UfR2015.3301H (refereret under punkt 7),
UfR2015.3827H og U2018.853H.
161) DJØF for D mod Finansministeriet,
Moderniseringsstyrelsen for Skatte-
ministeriet, opmandskendelse af 27.
oktober 2014, sag FV2013.0071, opmand
højesteretsdommer Jytte Scharling.
162) 2015-6810-02337.
163) 2014-6810-59205.

9. Den delte bevisbyrde (fortsat)

● *A, der var ansat på et hotel i fleksjob på grund af sukkersyge med følgesygdomme, havde et handicap. Arbejdsgiveren havde godtgjort, at afskedigelsen skyldtes besparelser og driftsoptimering. A fik ikke medhold¹⁶⁴.*

● *Handicap på grund af rygskaide konstateret, men det var godtgjort, at afskedigelsen var sket på grund af budgetmæssige forhold¹⁶⁵.*

I sager om indirekte forskelsbehandling medfører den delte bevisbyrde som udgangspunkt, at der – hvis arbejdstageren påviser faktiske omstændigheder, der giver anledning til at formode, at et tilsyneladende neutralt kriterium stiller ham eller hende ringere end andre arbejdstagere på grund af vedkommendes handicap – skal foretages en vurdering af, om dette kriterium er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Det påhviler arbejdsgiveren at godtgøre, at det omhandlede kriterium er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Hvis arbejdsgiveren kan godtgøre dette, får arbejdstageren allerede af denne grund ikke medhold i sin påstand om ulovlig forskelsbehandling.

Hvis dette ikke godtgøres, må det vurderes, om arbejdsgiveren havde kendskab til arbejdstagerens handicap, og om arbejdsgiveren i så fald har opfyldt sin tilpasningsforpligtelse.

164) 2014-6810-24095.
165) 2014-6810-66366.



Bilag 1



Oversigt over Ligebehandlingsnævnets praksis i sager om påstået diskrimination på grund af handicap 1. august 2015 til 30. juni 2016

Bilaget er udarbejdet til illustration af bl.a. de typer af tilstande, som Ligebehandlingsnævnet er blevet præsenteret for i sager om handicap, som nævnet har behandlet i ovennævnte periode.

Blandt de i alt 30 sager, som er undersøgt, er det handicap, der påberåbes, knyttet til en fysisk skade i 22 af sagerne. Af disse angår fem rygskeer, tre forskellige former for gigt, fire er knyttet til piskesmæld, to til skulder- og nakkeproblemer, enkelte sager er knyttet til henholdsvis knæproblemer, multipel sklerose, systemisk lupus, sukkersyge og uspecificeret belastningsreaktion, mens handicappet i andre enkeltstående sager er relateret til hjerneskade, indeklime allergi og eftervirkninger af ovariecyste.

Med undtagelse af en enkelt sag om rekruttering omhandler alle sager forskelsbehandling på grund af handicap i forbindelse med afskedigelse. I 16 af sagerne konkluderer nævnet, at handicap er årsag til afskedigelse eller manglende indkaldelse til samtale.

ØVRIGE FAKTA

Tre sager angår sensoriske skader i form af nedsat syn og hørehæmning.

I fire sager er der taget stilling til handicap som følge af psykiske skader, herunder tre om depression sammen med angst eller PTSD. I to af disse sager blev sygdommen ikke anset som et handicap.

Tilpasning var kun opfyldt i to af 18 sager om tilpasning (2014-6810-62277, 2014-6810-3609).

I to sager havde arbejdsgiver ikke kendskab til arbejdstagerens handicap (2014-6810-66366, 2014-6810-59389).

Tilpasning var ikke overvejet i tre sager (2015-6810-19427, 2015-6810-30838, 2015-6810-07899).

Tilpasning var forsømt i fire sager (2014-6810-31566, 2014-6810-52079, 2014-6810-64030, 2014-6810-67111).

Tilpasning var ikke mulig i seks sager (2015-6810-06077, 2014-6810-67293, 2014-6810-33302, 2015-6810-02715, 2014-6810-59390, 2014-6810-21129).

Bilag 1: Oversigt over Ligebehandlingsnævnets praksis i sager om påstået diskrimination på grund af handicap 1. august 2015 til 30. juni 2016 (fortsat)

Kategori	Sygdom eller skade	Sagsnr.	Afskedigelsesårsag	Tilpasning
Fysiske skader	Kronisk rygskaide	2016-6810-05522	Handicap	
	Rygssygdom	2014-6810-38523	Ikke handicap	
	Rygsskaide	2014-6810-66366	Handicap	Ikke klart om kendskab til handicap
	Ustabil fraktur i lænderyg	2015-6810-06077	Handicap	Tilpasning ikke mulig
	Fraktur i lændehvirvel	2015-6810-39590	Handicap	Partshøring nødvendig
	Gigt	2014-6810-32132	Ikke handicap	
	Ledgener	2014-6810-67293	Handicap	Tilpasning ikke mulig pga. sygefravær
	Slidgigt	2014-6810-3302	Handicap	Tilpasning ikke mulig
	Multipel sklerose	2015-6810-19427	Handicap	Tilpasning ikke overvejet
	Skulderproblemer	2014-6810-59389	Handicap	Kendte ikke til handicap
	Knæproblemer	2014-6810-51901	Handicap	For byrdefuldt
	Piskesmæld	2014-6810-62277	Handicap	Opfyldt
	Piskesmæld	2014-6810-36099	Handicap	Opfyldt
	Piskesmæld og hjernerystelse	2014-6810- 52079	Handicap	Forsømt
	Piskesmæld	2015-6810-46904	Ikke handicap	
	Sukkersyge	2014-6810-24095	Ikke handicap	
	Systemisk lupus	2014-6810-64030	Handicap	Forsømt
	Uspecificeret belastningsreaktion	2015-6810-02715	Handicap	Tilpasning ikke mulig
	Hjerneskaide	2014-6810 59390	Handicap	Tilpasning ikke mulig
	MCS-overfølsomhed, indeklime	2014-6810-44783	Handicap	Yderligere tilpasning ikke forpligtelse
Eftervirkninger af ovariecyste	2014-6810-42328	Ikke handicap		
Nakkesmerter som følge af hjerneblødning	2014-6810-61977	Ikke handicap		
Sensoriske skader	Nedsat syn	2014-6810-31566	Handicap	Forsømt
	Hørehæmning	2015-6810-02337	Ikke handicap	
	Hørehæmning	2015-6811-30838	Handicap (ej indkaldt til samtale)	Ikke overvejet
Psykiske skader	Depression og angst	2014-6810-30327	Ikke handicap	
	Depression	2014-6810-67111	Handicap	Forsømt
	Infektion, depression, angst og PTSD	2015-6810-07899	Handicap	Tilpasning ikke overvejet
	PTSD	2014-6810-59205	Ikke handicap	
Andet		2014-6810-66379	Passivitet	

Bilag 2

Oversigt over Ligebehandlings- nævnets praksis i sager om tilknyt- ningshandicap 1. januar 2010 til 31. december 2016

Bilaget viser de sager om tilknytningshandicap, som Ligebehandlingsnævnet har behandlet i ovennævnte periode.

Nævnet har i perioden 1. januar 2010 til 31. december 2016 behandlet 10 sager om tilknytningshandicap. Heraf angår to sager tilknytningen til en partner, mens syv sager angår spørgsmålet, om arbejdstagerens barn har et handicap. I en enkelt sag er arbejdstagerens tilknytning til en voksen datter vurderet.

I tre sager har nævnet konstateret, at der var et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand, men ikke givet arbejdstageren medhold i, at tilknytningshandicappet var årsagen til afskedigelsen. I en enkelt sag har nævnet ikke udtrykkeligt konstateret, at der foreligger handicap, da nævnets vurdering angår spørgsmålet, om arbejdstagerens pleje udgør hovedparten af den samlede pleje af den voksne datter.

Der er ikke givet medhold i ni sager, og en sag er afvist på grund af behovet for parts- og vidneforklaringer.

Tilknytning	Handicap	J.nr.	Begrundelse for afskedigelse	Afgørelse
Barn	Nej	2500013-10	Nedlæggelse af stilling	Ikke medhold
Barn	Ikke vurderet	7100124-12	Reduktion af antallet af medarbejdere	Ikke medhold
Barn	Nej	7100121-12	Nednormeringer	Ikke medhold
Barn	Nej	7100611-12	Sygdom	Ikke medhold
Samlever	Ja	2013-6810-44759	Omstruktureringer	Ikke medhold
Voksen datter	Ikke hovedparten af plejen	2014-6810-34146	Længere tids sygdom	Ikke medhold
Barn	Nej	2014-6810-61035	Kun dagvagter	Ikke medhold
Barn	Ja	2015-6810-48452	Arbejds-mangel	Ikke behandlet
Barn	Nej	2015-6810-38829	Sygefravær	Ikke medhold
Ægtefælle	Ja	2015-6810-54683	Ændring af ansættelsesvilkår	Ikke medhold



Ligebehandlings-
nævnet

www.ligebehandlingsnævnet.dk