

# Væsentligste udvikling i retspraksis og rådgivning set fra arbejdsgiversiden

Advokat Yvonne Frederiksen

AnsættelsesAdvokaters seminar om handicap

---

# Norrbom Vinding

---

1. Hvad er afklaret i retspraksis?
2. Hvad er der fortsat tvivl om?
3. Hvad kan man gøre som arbejdsgiver for at sikre sig bedst muligt mod risikoen for at træde ved siden af?

# Bevisbyrden i handicapsager

- Højesteret fastslog i Werge-sagen U.2015.3301H
  - Det er medarbejderen, der skal godtgøre, at der foreligger et handicap i forskelsbehandlingslovens forstand
  - Uden betydning for vurderingen af om der foreligger et handicap, om arbejdsgiver vidste eller burde vide, at der forelå et handicap
  - **Men** det er en forudsætning for arbejdsgivers forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger, at arbejdsgiver vidste eller burde vide, at medarbejderen har et handicap

## Handicapbegrebet

- EU-Domstolen har i flere domme fastslået,
  - *”at begrebet ‘handicap’, som omhandlet i direktiv 2000/78 skal 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 arbeidstagere, og denne begrænsning er af **lang varighed** ...”*

## Handicapbegrebet

- EU-Domstolen har endvidere fastslået,
  - *”at beskæftigelsesdirektivet ikke kun omfatter handicap, der er medfødt, eller som skyldes ulykker, ...”*, men også vil omfatte
  - *”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, ...”* osv., og
  - det er endvidere fastslået, at fedme kan udgøre et handicap, hvis fedmen medfører *”en begrænsning som følge af bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, ...”* osv.
  - Ring/Werge-dommen, præmis 40 og 47, samt Kaltoft-dommen, præmis 59

# Handicapbegrebet

- Betydningen af en lægelig diagnose (I)
  - Retspraksis viser, at den lægelige diagnose har væsentlig betydning for medarbejderens mulighed for at godtgøre, at der foreligger et handicap
  - Det vil være forholdene på opsigelsestidspunktet, der er afgørende, og det er derfor også naturligt at tage udgangspunkt i, om der foreligger en lægelig diagnose på dette tidspunkt

## Handicapbegrebet

- Betydningen af en lægelig diagnose (II)
  - Konsekvensen af, at der først foreligger en lægelig diagnose efter opsigelsen – to verserende sager ved Højesteret
    - ØL-dom af 31. maj 2016 (B-523-15) – systemudvikler med knæskade  
Den lægelige diagnose forelå først 4 måneder efter opsigelsen – ej godtgjort, at der forelå et handicap på opsigelsestidspunktet
    - ØL-dom af 30. juni 2016 (B-477-15) – medarbejder med invaliderende træthed  
Den lægelige diagnose forelå ca. 2 uger efter opsigelsen – på baggrund af en lægeerklæring afgivet før opsigelsen sammenholdt med speciallægeerklæringen 2 uger efter opsigelsen fandt landsretten, at den lægelige diagnose forelå allerede på opsigelsestidspunktet

## Handicapbegrebet

- Betydningen af en lægelig diagnose – konklusion (III)
  - Vanskeligt at dokumentere, at der foreligger en relevant funktionsbegrænsning, og at denne er af lang varighed, hvis der ikke foreligger en lægelig diagnose på opsigelsestidspunktet
  - Men efter ØL-dom af 30. juni 2016 kan en konkret bevismæssig vurdering måske føre til den konklusion, at en diagnose, der foreligger kort tid efter opsigelsestidspunktet, **med sikkerhed** også forelå på opsigelsestidspunktet (skal nu afgøres af Højesteret)
  - Men uden en lægelig diagnose på opsigelsestidspunktet kan det blive vanskeligt at godtgøre, at arbejdsgiver vidste eller burde vide, at der forelå et handicap



## Handicapbegrebet

- Hvornår er en funktionsbegrænsning af lang varighed? (I)
  - EU-Domstolens dom af 1. december 2016 i Daouidi-sagen (C-395/15) (I)
    - Bekræfter, at en ulykke (herunder en arbejdsulykke) kan medføre en begrænsning, der kan føre til et handicap omfattet af beskæftigelsesdirektivet
    - Vurderingen af, om begrænsningen er langvarig, skal ske på opsigelsestidspunktet (præmis 53)
    - Henviser til, at lovgiver har tænkt på situationer *”hvor vedkommende er forhindret i at deltage i erhvervslivet i en lang periode”* (præmis 54)

## Handicapbegrebet

- Hvornår er en funktionsbegrænsning af lang varighed? (II)
  - EU-Domstolens dom af 1. december 2016 i Daouidi-sagen (C-395/15) (II)
    - Relevante elementer inkluderer den omstændighed:
      - *”at den berørte persons manglende arbejdsevne på tidspunktet for den angivelige forskelsbehandling ikke har udsigt til på kort sigt at ophøre inden for et velafgrænset tidsrum ...”* (præmis 56)
      - *”at denne manglende arbejdsevne kan vare ved i betydeligt længere tid, inden den nævnte person er blevet rehabiliteret.”* (I den engelske oversættelse *”the fact that that incapacity is likely to be significantly prolonged before that person has recovered”*) (præmis 56)

## Handicapbegrebet

- Hvornår er en funktionsbegrænsning af lang varighed? (III)
  - EU-Domstolens dom af 1. december 2016 i Daouidi-sagen (C-395/15) (III)
    - Samtlige objektive beviselementer skal lægges 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” (præmis 57)*
      - *“...den omstændighed , at en person på ubestemt tid er midlertidigt uarbejdsdygtig .....” betyder “ikke i sig selv, at den begrænsning, som denne person lider af, kan kvalificeres som “langvarig” .....” (præmis 65)*

## Handicapbegrebet

- Hvornår er en funktionsbegrænsning af lang varighed? (IV)
  - EU-Domstolens dom af 1. december 2016 i Daouidi-sagen (C-395/15) (IV)
    - Det fremgår klart af EU-Domstolens dom, at den prognose, der foreligger på opsigelsestidspunktet, skal tillægges afgørende betydning for vurderingen af, om der foreligger et handicap

*”Desuden indeholder forelæggelsesafgørelsen bl.a. ikke nogen prognose med hensyn til, om Mohamed Daouidi eventuelt vil komme sig fuldstændigt, eller oplysninger om eventuelle følgevirkninger eller de konsekvenser, som ulykken vil have for så vidt angår gennemførelsen af de opgaver, som han blev ansat til at varetage.”*
    - Et bagudrettet langvarigt forløb vil således ikke være tilstrækkeligt, hvis der ikke på opsigelsestidspunktet foreligger en prognose for også et langvarigt forløb fremover

## Handicapbegrebet

- Hvornår er en funktionsbegrænsning af lang varighed? (V)
  - I dansk retspraksis er der ved vurderingen typisk henvist til følgende, som er udledt af de lægelige oplysninger:
    - Handicap
      - *"varig"* eller *"vil stå på i en årrække"*, og hvis prognosen er mere usikker, er der ofte henvist til, at medarbejderen vil *"på længere sigt ikke komme tilbage til sin tidligere arbejdskapacitet"*, eller der foreligger et *"længerevarende skånebehov"*
    - Ej handicap
      - der foreligger hel eller delvis uarbejdsdygtighed i *"uger"* eller *"måneder"*

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Hvad skal der til for, at arbejdsgiver vidste eller burde vide, at der forelå et handicap
  - Retspraksis viser, at domstolene foretager en meget indgående vurdering af de faktiske omstændigheder (se særligt Højesteret i Werge-sagen og Skibby Supermarked-sagen) og særligt lægger vægt på:
    - lægelige oplysninger, der er fremsendt til arbejdsgiver
    - oplysninger modtaget i forbindelse med dialog med kommunen/jobcenter
    - oplysninger fra medarbejderen selv i forbindelse med korrespondance, møder mv.
    - sagens omstændigheder i øvrigt

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Hvornår vil et være relevant for arbejdsgiver at overveje en specifik hensigtsmæssig foranstaltning?
  - Skal den være bragt i forslag fra medarbejderen/kommunen/lægen?
  - Skal arbejdsgiver af sig selv overveje alle muligheder?
  - Hvordan sikrer arbejdsgiver sig bedst muligt bevis for, at alle relevante hensigtsmæssige foranstaltninger er overvejet?

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 20. januar 2016 (nr. 9149) (I)
  - En portør faldt ned fra et loft og pådrog sig en rygskada, der udgjorde et handicap
  - Portøren var ansat som "hvid portør", hvilket primært indebar transport af patienter. Det indebar tungt arbejde, som portøren ikke længere var i stand til at udføre, og han blev derfor afskediget
  - Portøren gjorde gældende, at hospitalet skulle have omplaceret ham til ændrede arbejdsopgaver – eksempelvis som "blå-portør", hvilket indebar opgaver som madvognskørsel, håndtering af post, indsamling af medicin mv.



## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 20. januar 2016 (nr. 9149) (II)
  - Nævnet henviser indledningsvis til betragtning 17 i direktiv 2000/78, hvorefter der ikke er pligt til fortsat ansættelse af en person *”der ikke er kompetent, egned og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling”*
  - § 56 aftale var ikke en ”brugbar løsning”, idet en sådan ikke afhjælper, at medarbejderen ikke kan arbejde i fuldt omfang
  - Personlig assistent ej en mulighed, idet denne i så fald skulle udføre medarbejderens basisopgaver

# Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Ligebehandlingsnævnets afgørelse af 20. januar 2016 (nr. 9149) (III)
  - På grundlag af de lægelige oplysninger vurderede nævnet, at klager ikke længere kunne udføre de væsentlige funktioner i sit arbejde, som portør
  - Ej pligt til at omplacere portøren til jobfunktioner, der lå uden for det portørarbejde, han var ansat til

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Skibby Supermarked-sagen (U.2015.3827H) (I)
  - Afdelingslederen mente, at hun kunne varetage butikkens bogholderi
  - Afdelingslederen foreslog, at hun kunne overtage behandlingen af fakturaer, prissætning og skiltning fra alle de andre afdelingsledere
  - Afdelingslederen foreslog også, at hun kunne fungere som leder af postafdelingen og samtidig varetage forskellige administrative opgaver, herunder arbejdstidsplanlægning

# Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Skibby Supermarked-sagen (U.2015.3827H) (II)
  - Butikschefen forklarede, at det var muligt, at arbejdet med arbejdstidsplanlægning kunne have været kombineret med andet skånearbejde
  - Ejeren af supermarkedet forklarede, at han ikke havde overvejet muligheden for at tilbyde afdelingslederen deltidansættelse evt. som fleksjob
  - Ejeren af supermarkedet havde derimod tilbudt afdelingslederen at blive forflyttet til en stilling som leder af kasselinjen og kiosken

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Skibby Supermarked-sagen (U.2015.3827H) (III)
  - Højesteret fandt,
    - at tilbuddet om at blive leder af kasselinjen og kiosken ville indebære belastninger, som afdelingslederen ikke kunne klare, og det udgjorde derfor ikke en hensigtsmæssig tilpasningsforanstaltning
    - at afdelingslederen ikke havde de rette kompetencer til at varetage virksomhedens bogholderi
    - at supermarkedet ikke havde pligt til at oprette en ny stilling, der indebar, at afdelingslederen skulle overtage behandlingen af fakturaer, prissætning og skiltning fra alle afdelingerne (ny stilling)

# Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Skibby Supermarked-sagen (U.2015.3827H) (IV)
  - Højesteret fandt,
    - at supermarkedet imidlertid ikke havde godtgjort, at det ikke var muligt (eller ville være uforholdsmæssigt byrdefuldt) at omstrukturere arbejdsgangene, så der kunne skabes en stilling som leder af postafdelingen i kombination med administrative opgaver som fx udarbejdelse af arbejdsplaner (som afdelingslederen tidligere havde udarbejdet) – eventuelt som deltidsstilling eller fleksjob
    - at supermarkedet derfor ikke havde opfyldt sin pligt til at iværksætte hensigtsmæssige tilpasningsforanstaltninger

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Deltid som hensigtsmæssig foranstaltning (I)
  - Det følger af EU-Domstolens dom i Ring/Werge-sagen, at nedsættelse af arbejdstiden kan udgøre en hensigtsmæssig foranstaltning, men at omstændighederne kan gøre, at nedsat arbejdstid vil udgøre en uforholdsmæssig byrde for arbejdsgiver
  - U.2016.384V
    - Det ville udgøre en uforholdsmæssig stor byrde for en kommune at fortsætte ansættelsen af en sekretær, der alene kunne arbejde 18 timer om ugen
    - Sekretæren skulle fungere som personlig assistent for en leder, og det var nødvendigt, at opgaverne i stillingen blev varetaget af den samme person i minimum 25 timer om ugen

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Deltid som hensigtsmæssig foranstaltning (II)
  - U.2016.2463H – Ikast-Brande
    - Tilpasningsforpligtelsen rækker ikke så langt som til at opnormere antallet af medarbejdere for at kunne tilbyde en deltidsstilling til en medarbejder med et handicap
    - Der gælder ikke en pligt til omplacering til andre stillinger (der var ikke *”brug for hendes specialistfunktion i andre afdelinger”*)
    - Ej forpligtelse til at dele en fuldtidsstilling op i to deltidsstillinger, hvis der foreligger saglige, driftsmæssige grunde til ikke at gøre dette

*”Højesteret finder, at kommunens tilrettelæggelse af arbejdet i planafdelingen hviler på saglige hensyn, og finder ikke grundlag for at anfægte kommunens vurdering af, at det ikke var muligt at tilbyde A en deltidsstilling på 20 timer om ugen og samtidig leve op til kommunens mål med hensyn til serviceniveau over for borgere og virksomheder”*

---



## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Deltid som hensigtsmæssig foranstaltning (III)
  - Ændrer ØL-dom af 19. januar 2017 retstilstanden? (I)
    - Fleksjobansat servicekoordinator med en arbejdstid på 3 timer dagligt, der efter en årrække blev overflyttet til bogholderiet, hvorefter bogholderiopgaverne udgjorde 2/3 af arbejdstiden
    - Opsagt under henvisning til, at der var brug for ansættelse af en fuldtidsbogholder, hvorfor den fleksjobansatte medarbejders stilling blev nedlagt
    - Landsretten lagde til grund, at arbejdsgiver i forbindelse med organisationsændringen ikke havde undersøgt eller overvejet, om den fleksjobansatte medarbejder kunne omplaceres, tilføres nye opgaver, eller om forholdene eller arbejdet på anden vis kunne tilpasses, således at hun kunne fortsætte sin ansættelse i virksomheden, der ubestridt var i vækst

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Deltid som hensigtsmæssig foranstaltning (IV)
  - Ændrer ØL-dom af 19. januar 2017 tilstanden? (II)
    - De øvrige arbejdsopgaver, som medarbejderen efter overflytningen til bogholderiet var fortsat med at løse, blev flyttet til andre afdelinger

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Når domstolene vurderer, om forpligtelsen til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger er iagttaget:
  - Ved frifindelse af arbejdsgiver
    - *"Ikke grundlag for at tilsidesætte arbejdsgivers vurdering ..."*
  - Når arbejdsgiver dømmes
    - *"Arbejdsgiver har ikke godtgjort at have undersøgt eller overvejet "* diverse relevante hensigtsmæssige foranstaltninger

## Hensigtsmæssige foranstaltninger

- Hvordan navigerer arbejdsgiver bedst muligt med den nuværende retstilstand?

## Driftsmæssigt begrundede afskedigelser

- Under forudsætning af, at arbejdsgiver har iagttaget sin forpligtelse til at iværksætte hensigtsmæssige foranstaltninger, kan det være i orden at anvende kriterier, der rammer handicappede medarbejdere hårdest
  - Fx fleksibilitet, jf. U.2014.3592H (Region Sjælland)

## Driftsmæssigt begrundede afskedigelser

- Der vil i så fald i det højeste være tale om indirekte forskelsbehandling, hvilket kan legitimeres, hvis de anvendte kriterier er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opnå dette formål er hensigtsmæssige og nødvendige
  - U.2014.359H (Region Sjælland)
    - Viser, at der skal være tale om saglige udvælgelseskriterier, og arbejdsgiveren skal ved vurderingen af den driftsmæssige situation reelt have vurderet muligheden for fortsat at imødekomme medarbejderens behov for hensigtsmæssige foranstaltninger

## Driftsmæssigt begrundede afskedigelser

- U.2016.2265V (salgsassistent med sclerose i fleksjob i supermarked)
  - Vanskeligt at se, hvad det var for et kriterium, der havde dannet grundlag for udvælgelsen af den fleksjobansatte medarbejder (med 24 års anciennitet), som en af de medarbejdere, der bedst kunne undværes, og arbejdsgiver havde (allerede) derfor ikke løftet bevisbyrden for, at der ikke var sket forskelsbehandling på grund af handicap

## Nærtstående handicap

- U.2015.2530H (Hørsholm) (I)
  - Årsagen til opsigelsen var ikke sønnens handicap, men dagplejerens langvarige fravær, og der forelå derfor ikke direkte forskelsbehandling af dagplejeren
  - Der forelå ikke ulovlig indirekte forskelsbehandling, idet arbejdsgiver udelukkende havde inddraget saglige, driftsmæssige kriterier ved beslutningen om at opsiges netop dagplejeren med det handicappede barn
  - Højesteret udtalte imidlertid, at det juridiske spørgsmål om, hvorvidt beskyttelsen af medarbejdere, der er forældre til et handicappet barn, også omfatter indirekte forskelsbehandling, må afvente EU-Domstolens stillingtagen



## Nærtstående's handicap

- U.2015.2530H (Hørsholm) (II)
  - Den umiddelbare konsekvens af Højesterets dom?